

# TE Lvwg Erkenntnis 2020/10/30 LVwG-851205/12/MS - 851253/2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.10.2020

## Entscheidungsdatum

30.10.2020

## Norm

§80 MinroG

§81 MinroG

§116 MinroG

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Wiesinger über die Nachprüfungsanträge der A KG, x, x, vertreten durch die H & P Rechtsanwälte GmbH, vom 04.09.2020 auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu auf Nichtigerklärung bestimmter Festlegungen bzw. Stellen der Ausschreibung (LVwG-840205) und vom 05.10.2020 auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu auf Nichtigerklärung bestimmter Festlegungen bzw. Stellen der Ausschreibung (LVwG-840209) im Vergabeverfahren der K U GmbH betreffend das Vorhaben „Neubau der x“

zu Recht:

I. Den Anträgen vom 04.09.2020 und vom 05.10.2020 auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung, dem Eventualantrag vom 04.09.2020 auf Nichtigerklärung der Position 01 00 00.80.02 z des Leistungsverzeichnisses, der Position 01 00 00.81 z des Leistungsverzeichnisses und sämtlicher Positionen des Leistungsverzeichnisses von Position 01 01 16.01 z bis zu Position 01 25 16.05.15 z, und dem Eventualantrag vom 05.10.2020 auf Nichtigerklärung der Position 01 00 00.80.02 z des Leistungs-verzeichnisses und sämtlicher Positionen des Leistungs-verzeichnisses von Position 01 01 16.01 z bis zu Position 01 25 16.05.15 z wird gemäß §§ 1, 2, 3 und 7 Oö. Vergaberechts-schutzgesetz 2006 nicht stattgegeben.

II. Die Auftraggeberin wird gemäß § 23 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 verpflichtet, der Antragstellerin die entrichteten Pauschal-gebühren in Höhe von 3.000 Euro (für Nachprüfungsverfahren und einstweilige Verfügung vom 04.09.2020) sowie Pauschalgebühren in Höhe von 1.600 Euro (für Nachprüfungsverfahren vom 05.10.2020), sohin insgesamt Pauschalgebühren in Höhe von gesamt 4.600 Euro, zu ersetzen.

III. Gegen diese Entscheidungen ist eine Revision unzulässig.

## Entscheidungsgründe

I.1. Mit Eingabe vom 04.09.2020 hat die A KG (im Folgenden auch „Antragstellerin“ genannt) einen Antrag auf

Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu auf Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung (Position 01 00 00.80.02 z des Leistungsverzeichnisses, Position 01 00 00.81 z des Leistungsverzeichnisses, sämtliche Positionen des Leistungsverzeichnisses von Position 01 01 16.01 z bis zu Position 01 25 16.05.15 z) sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dies betreffend das Vergabeverfahren „Neubau der x“. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 3.000 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin aus, dass sie sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere auf Durchführung eines gesetzeskonformen, dem BVergG 2018 entsprechenden Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung aller Bieter, Nichtdiskriminierung sowie Gewährleistung eines freien und lauterer Wettbewerbs, auf ein transparentes Vergabeverfahren, auf vergaberechtskonforme Ausschreibungsbedingungen, auf Vorbereitung der Ausschreibung nur durch Personen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen, erforderlichenfalls durch Beiziehung unbefangener Sachverständiger, auf Ausschreibungsbedingungen, die eine Ermittlung von Preisen ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken zulassen, auf Ausschreibungsbedingungen, die lediglich sachlich gerechtfertigte, neutrale und die Grundsätze des Vergaberechts einhaltende Anforderungen enthalten, auf Ausschreibungsbedingungen, die in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Herstellung oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die von einem bestimmten Unternehmer bereitgestellten Produkte oder Dienstleistungen charakterisiert, oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verweisen, wenn dadurch bestimmte Unternehmer oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, sowie auf Ausschreibungsbedingungen, die gesetzmäßige Eignungskriterien enthalten, verletzt erachte.

Unter der Überschrift „Angaben über das Interesse und einen drohenden Schaden“ führte die Antragstellerin aus, dass sich das Interesse der Antragstellerin daraus ergebe, dass die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen in ihrer zentralen Geschäftstätigkeit liege und sie an der Erbringung der nachgefragten Leistungen großes Interesse habe. Die Antragstellerin habe sich die Ausschreibungsunterlagen beschafft, um sich durch Legung eines Angebots am Vergabeverfahren zu beteiligen und strebe den Vertragsabschluss für die gegenständlichen Leistungen an. Die erfolgreiche Beteiligung am Vergabeverfahren werde aber durch die rechtswidrigen Inhalte der Ausschreibung unmöglich gemacht oder zumindest wesentlich erschwert. Der drohende Schaden liege neben dem Auftragsentgang auch im Verlust der Chance auf die Erlangung eines entsprechenden Referenzauftrages für künftige Vergabeverfahren. Aufgrund der bisherigen Anstrengungen der Antragstellerin zur Wahrung ihrer Rechtsposition seien Kosten in Höhe von zumindest 6.000 Euro angefallen. Durch die angeführten Rechtswidrigkeiten sei daher zumindest bereits ein Schaden in dieser Höhe entstanden.

Bezüglich der Rechtswidrigkeit wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass bereits die Vorbemerkung unter Position 01 00 00.80.02 z („Gleichwertigkeit“) nicht den gesetzlichen Anforderungen entspreche. Hier werde für sämtliche in Bieterlücken angeführte Erzeugnisse unabhängig davon, welche technischen Spezifikationen in der jeweiligen Position angeführt sind, auf allgemeiner Ebene ein weit überschießendes Maß an Gleichwertigkeitsanforderungen festgelegt: Sämtliche Erzeugnisse müssten hinsichtlich „Konstruktion samt technischen Daten, Funktion, formale Gestaltung, Wirtschaftlichkeit (Wartungsaufwand, Betriebs- und Folgekosten)“ den Leitproduktionen entsprechen. Wenn die gesamte Konstruktion samt technischer Daten, Funktion, formaler Gestaltung und Wirtschaftlichkeit keine Abweichungen aufweisen darf, sei es im Ergebnis denkunmöglich, ein gleichwertiges anderes Produkt anzubieten, da keinerlei Freiraum mehr verbleibe. Darüber hinaus seien insbesondere Wartungsaufwand sowie Betriebs- und Folgekosten weder im Leistungsverzeichnis zu den Leitprodukten, noch sonst in der Ausschreibung spezifiziert. Es sei daher weder erkennbar, noch in annähernd gesicherter Weise im Vergabeverfahren möglich, diese Gleichwertigkeit konkret festzustellen. Wartungsaufwand sowie Betriebs- und Folgekosten würden auch von der künftigen Verwendung durch die Auftraggeberin abhängen, die aber den Bietern nur in sehr geringem Ausmaß bekannt sein könne. Diese Anforderung der Gleichwertigkeit hinsichtlich Wartungsaufwand, Betriebs- und Folgekosten verstoße neben den gesetzlichen Anforderungen an eine neutrale Leistungsbeschreibung auch gegen die Verpflichtung des Auftraggebers, Angebote ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken zu ermöglichen, denn die Berücksichtigung von Wartungs-, Betriebs- und Folgekosten ohne jegliche Konkretisierung in der Ausschreibung sei nicht kalkulierbar. Aber auch ohne die Position 01 00 00.80.02 z („Gleichwertigkeit“) wäre das sonstige Leistungsverzeichnis ab Leistungsgruppe 01 01 - lediglich mit Ausnahme der Leistungsgruppe 01 26 „Dienstleistung“, daher also fast vollständig - rechtswidrig. In den Positionen dieser Leistungsgruppen 01 01 bis 01 25 würden in keiner annähernd neutralen Weise

Leistungsanforderungen beschrieben werden, sondern es würden vielmehr umfang- und detailreich Eigenschaften der jeweils vorgegebenen Leitprodukte angeführt werden, die ein Anbieten „gleichwertiger“ Produkte unmöglich machen. Zwar seien jeweils Bieterlücken vorgesehen, um „gleichwertige“ andere Produkte einzusetzen. Aber da einerseits die technischen Spezifikationen derart konkret auf das jeweilige Leitprodukt bezogen seien, andererseits andere Produkte nur bei Erfüllen all dieser Spezifikationen „gleichwertig“ wären, gebe es keine „gleichwertigen“ anderen Produkte. Statt gesetzeskonform die Leistungsanforderung zu beschreiben, würden in den auszureisenden Positionen der Leistungsgruppen 01 01 bis 01 25 tatsächlich die Leitprodukte in ihren spezifischen Eigenschaften beschrieben, und zwar weitgehend durch bloße Übernahme der Produktbeschreibungen der Hersteller. Gemäß § 106 Abs. 1 und 5 BVergG 2018 wäre das Leistungsverzeichnis bereits dann rechtswidrig, wenn die technischen Spezifikationen nicht allen Bewerbern und Bietern „den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewähren“ und den Wettbewerb auch nur „in ungerechtfertigter Weise behindern“ bzw. „bestimmte Unternehmer oder bestimmte Produkte begünstigen“. Im konkreten Fall werde aber der Wettbewerb und der gleiche Zugang zum Vergabeverfahren nicht nur behindert, sondern es werde den Bietern geradezu unmöglich gemacht, andere als die Leitprodukte anzubieten. Die Leitprodukte seien überdies in vielen Positionen auch schon in den Positionsüberschriften konkret festgelegt, sodass bei Anbieten jedes anderen Produkts das Ausscheiden des Angebots drohen würde, da es nicht dem Inhalt der Positionsbeschreibung entspräche. Die technischen Spezifikationen in den Leistungsgruppen 01 01 bis 01 25 sowie die Position 01 00 00.80.02 z („Gleichwertigkeit“) würden daher in keinsten Weise den Anforderungen des BVergG 2018 an eine neutrale, diskriminierungsfreie und den sonstigen Grundsätzen des Vergaberechts entsprechende Leistungsbeschreibung entsprechen. Da bei Wegdenken der rechtswidrigen Inhalte des Leistungsverzeichnisses keine verwendbare Leistungsbeschreibung mehr übrig bleibe, komme aus Sicht der Antragstellerin eine bloß partielle Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung nicht in Betracht, sondern sei die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären.

Bezüglich der Rechtswidrigkeit der Eignungsanforderungen bzw. Anforderungen gemäß Punkt C.4.3. der Ausschreibungsunterlagen und gemäß Position 01 00 00.81 z des Leistungsverzeichnisses wurde vorgebracht, dass die Position 01 00 00.81 z des Leistungsverzeichnisses Anforderungen enthalte, die ausdrücklich mit dem Angebot nachzuweisen seien und die inhaltlich betrachtet Eignungsanforderungen darstellen. Diese Anforderungen würden aber wesentlich von den Eignungskriterien gemäß Punkt C.4.3. der Ausschreibungsunterlagen abweichen. Es sei daher unklar, welche Eignungsanforderungen ein Bieter zu erfüllen habe. Überdies enthalte Position 01 00 00.81 z des Leistungsverzeichnisses lediglich vorzulegende Nachweise für Umsatz, Ausbildungsnachweis, Referenzen und personelle Ausstattung, ohne konkrete Mindestanforderungen festzulegen. Die Eignungsanforderungen der Ausschreibung, die erstens insgesamt widersprüchlich seien und die zweitens in der Position 01 00 00.81 z des Leistungsverzeichnisses keine Mindestanforderungen enthalten würden, würden daher nicht den gesetzlichen Anforderungen an eine transparente Ausschreibung entsprechen. Schließlich sei die Anforderung gemäß Position 01 00 00.81.05 z („Pflichtenheft“) für sich genommen bereits deshalb rechtswidrig, da sie unmöglich zu erfüllen sei.

I.2. Mit Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes vom 14.09.2020 wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insofern stattgegeben, als bis zur Entscheidung in diesem Nachprüfungsverfahren, längstens aber bis zum 04.11.2020, der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt und der Auftraggeberin die Angebotsöffnung untersagt wurde.

I.3. Die K U GmbH (im Folgenden auch „Auftraggeberin“ genannt) gab mit Eingabe vom 11.09.2020 bekannt, dass am 09.09.2020 den (potenziellen) Bietern (darunter die Antragstellerin) die berechtigten Ausschreibungsunterlagen, darunter das überarbeitete Leistungsverzeichnis, bereitgestellt wurden. Dabei seien die Doppelgleisigkeiten betreffend die Eignungsnachweise bereinigt, die Gleichwertigkeitsbeschreibung angepasst und das Leistungsverzeichnis um die antragstellerseitig bemängelten herstellereigenspezifischen Bezeichnungen (mit Ausnahme der Angabe der Leitprodukte) bereinigt worden. Die Antragstellerin bemängelte zusammengefasst die Beschreibung der Leistung, die Auftraggeberin könne dem jedenfalls nach erfolgter Überarbeitung des Leistungsverzeichnisses nicht folgen. Es sei den Bietern möglich, gleichwertige Produkte zu den angegebenen Referenzprodukten anzubieten. Die Beschreibung der Gleichwertigkeit erlaube Produktabweichungen in nicht relevanten Aspekten. Es fehle der Antragstellerin zusammengefasst zum einen aufgrund der Aktualisierung des Leistungsverzeichnisses die für die Antragslegitimation erforderliche Beschwerde, in jedem Fall sei der Nachprüfungsantrag auch inhaltlich unberechtigt.

I.4. In einer von der Antragstellerin daraufhin eingebrachten Stellungnahme führt die Antragstellerin kurz zusammengefasst im Wesentlichen aus, dass die Änderungen bei der Ausschreibung nicht geeignet seien, die

Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung zu beseitigen, und auch wesentliche Teile des Leistungsverzeichnisses unverändert geblieben seien.

I.5. Mit Eingabe vom 28.09.2020 gab die Auftraggeberin bekannt, dass die Auftraggeberin den Bietern am 24.09.2020 das im Hinblick auf die Bedenken der Antragstellerin nochmals nachgeschärfte bzw. adaptierte Leistungsverzeichnis über die ANKÖ-Plattform bereitgestellt habe.

I.6. Mit Eingabe vom 01.10.2020 führte die Antragstellerin aus, dass die neu vorgelegten Unterlagen nicht dazu geeignet seien, die gesetzlichen Anforderungen zu erfüllen.

Mit Eingabe vom 05.10.2020 wurde von der Antragstellerin die Nachsendung bzw. Berichtigung der Ausschreibung vom 24.09.2020 bekämpft und die Nichtigklärung der angefochtenen Ausschreibung, in eventu bestimmter Teile der Ausschreibung beantragt. Die Antragstellerin bringt vor, dass sie sich im Recht auf Durchführung eines gesetzeskonformen, dem BVergG 2018 entsprechenden Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung aller Bieter, Nichtdiskriminierung sowie Gewährleistung eines freien und lautereren Wettbewerbs, auf ein transparentes Vergabeverfahren, auf vergaberechtskonforme Ausschreibungsbedingungen, auf Vorbereitung der Ausschreibung nur durch Personen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen, erforderlichenfalls durch Beiziehung unbefangener Sachverständiger, auf die Festlegung einer angemessenen Angebotsfrist, auf Ausschreibungsbedingungen, die eine Ermittlung von Preisen ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken zulassen, auf Ausschreibungsbedingungen, die lediglich sachlich gerechtfertigte, neutrale und die Grundsätze des Vergaberechts einhaltende Anforderungen enthalten, sowie auf Ausschreibungsbedingungen, die in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Herstellung oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die von einem bestimmten Unternehmer bereitgestellten Produkte oder Dienstleistungen charakterisiert, oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verweisen, wenn dadurch bestimmte Unternehmer oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, verletzt erachte. Das Interesse der Antragstellerin ergebe sich daraus, dass die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen in der zentralen Geschäftstätigkeit liege. Die Antragstellerin habe an der Erbringung der verfahrensgegenständlich nachgefragten Leistungen großes Interesse. Sie habe sich die Ausschreibungsunterlagen in der Absicht beschafft, sich durch die Legung eines Angebots am Vergabeverfahren zu beteiligen, und strebe nach erfolgreicher Beteiligung einen Vertragsabschluss für die gegenständlichen Leistungen an. Die erfolgreiche Beteiligung am Vergabeverfahren werde aber durch die rechtswidrigen Inhalte der Ausschreibungen unmöglich gemacht oder zumindest wesentlich erschwert. Der drohende Schaden liege neben dem Auftragsentgang auch im Verlust der Chance auf die Erlangung eines entsprechenden Referenzauftrages für künftige Vergabeverfahren. Nach der einschlägigen Judikatur sei ein dem Antragsteller drohender Schaden bereits dann gegeben, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren (erfolgreich) teilzunehmen, durch die behauptete Rechtsverletzung beeinträchtigt wird. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, werde im Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Der drohende Schaden sei nur dadurch zu verhindern, dass die Ausschreibung insgesamt oder zumindest die rechtswidrigen Bestimmungen für nichtig erklärt werden. Aufgrund der bisherigen Anstrengungen der Antragstellerin zur Wahrung ihrer Rechtsposition seien Kosten in Höhe von 6.000 Euro angefallen (Kosten für die Rechtsverfolgung und sonstige mit der Verfahrensteilnahme verbundene Kosten). Durch die näher ausgeführten Rechtswidrigkeiten sei daher zumindest bereits ein Schaden in dieser Höhe entstanden. Bestandteil des Schadens seien auch die für diesen Antrag entrichteten Pauschalgebühren. Als Vergabeverstöße werden eine zu kurze Verlängerung der Angebotsfrist (bis zum 15.10.2020) und die Rechtswidrigkeit der zur Verfügung gestellten Mengenzusammenfassung geltend gemacht. Zudem wird vorgebracht, dass zwar gegenüber dem Leistungsverzeichnis vom 09.09.2020 die dort enthaltene Auftraggeber-kommission zur Beurteilung der Gleichwertigkeit wieder gestrichen worden sei, aber die verbliebenen Inhalte nach wie vor höchst unklar wären. Ein Bieter müsse nicht nur die Möglichkeit haben, unter neutralen und diskriminierungsfreien Bedingungen an der Ausschreibung teilzunehmen, sondern auch, die Ausschreibungskonformität seines Angebots bereits bei Erstellung des Angebots verlässlich beurteilen zu können. Einige sehr plakative Verweise auf die Leitprodukte bzw. deren Herstellerangaben wären entfernt worden, all diese Änderungen stellten allerdings nicht mehr als bloße Kosmetik dar. Das inhaltliche Problem habe sich nicht geändert. Inhaltlich würden die Anforderungen nach wie vor derart spezifisch die Eigenschaften der Leitprodukte enthalten, dass sich an der Rechtswidrigkeit nichts geändert habe. Das Kernproblem hinsichtlich bestimmter Positionen sei daher nach wie vor das Gleiche: Nur das Leitprodukt erfülle alle Anforderungen. Daran

vermöge auch die Vorbemerkung in Position 00.80.02 Z nichts zu ändern. Eine allgemeine Vorbemerkung sei nicht dazu in der Lage, ein in den technischen Spezifikationen gesetzwidriges Leistungsverzeichnis zu reparieren. Sogar dann, wenn keine Leitprodukte angeführt wären, was gemäß § 106 Abs 5 BVergG 2018 eigentlich der Standardfall sein sollte, wäre das Problem unverändert gegeben, da keine anderen Produkte sämtliche Anforderungen erfüllen würden. Insgesamt seien die Produktbeschreibungen in den Positionen des Leistungsverzeichnisses (Leistungsgruppen 01 01 bis 01 25) nach wie vor derart einschränkend und den gesetzlichen Anforderungen widersprechend, dass nur eine vollständige Neufassung dieser Positionen die gesetzlichen Anforderungen erfüllen würde.

I.7. Mit Eingabe vom 09.10.2020 brachte die Auftraggeberin vor, dass die Ausschreibung am 23.06.2020 zur Veröffentlichung abgesendet und die berichtigte Fassung des Leistungsverzeichnisses am 24.09.2020 veröffentlicht worden sei. Demnach würden den Bietern drei volle Wochen zum Studium der Änderungen der Positionen des bekannten Leistungsverzeichnisses zur Verfügung stehen, diese Dauer sei als angemessen zu betrachten. Aufgrund dessen, dass die Antragstellerin mit diesem Nachprüfungsantrag auch die Ausschreibung in der Fassung vom 24.09.2020 wiederum anfechte, sei die Verlängerung der Angebotsfrist zwischenzeitig auch neuerlich nachgezogen worden. Sie sei mit Berichtigung vom 08.10.2020 auf den 05.11.2020 verlängert worden. Es sei nicht erklärbar, aus welchem Grund und mit welcher Intention die Antragstellerin auch das Leistungsverzeichnis in der aktualisierten Fassung vom 24.09.2020 wiederum bekämpfe. Tatsächlich würde es an der Antragstellerin liegen, darzulegen, was sie an der Spezifikation konkret bemängle, dazu finde sich jedoch kein Wort. Weder werde erwähnt, welche Beschreibung in der Position warum nicht neutral sein soll, noch wie die Beschreibung hätte aussehen sollen. Auch der Hinweis der Antragstellerin, es befänden sich darunter Beschreibungen, die auch in der Produktbeschreibung des Leitproduktes enthalten seien, stelle in Wirklichkeit keinerlei Begründung dar. Es ergebe sich daraus kein Rückschluss auf die Neutralität und Sachlichkeit der Beschreibung. Gegenständlich gehe es um eine Medientechnik. Produkte wie Kameras, Monitore, Projektoren, Kabeln und dergleichen würden über Hersteller hinweg gleiche Merkmale aufweisen. Die einzelnen Produkte würden sich über die Bauteile hinweg wiederholen, weshalb eine Zusammenfassung erstellt worden sei, in der die jeweiligen Produkte zusammengefasst sind. Diese Zusammenfassung sei indikativ, d.h. nicht verbindlich. Nicht verbindlich deshalb, weil naturgemäß ausschließlich das Leistungsverzeichnis mit den dort angegebenen Mengen zähle. Die Zusammenfassung sei eine bloße Hilfestellung. Die Auftraggeberin hätte nicht daran gedacht, dass dies missverstanden werden könne. Da dem offenkundig aber doch so sei, habe sie zwischenzeitig eine Klarstellung veröffentlicht.

Die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages setze ein Interesse am Vertragsabschluss und einen drohenden oder bereits eingetretenen Schaden voraus. Diese Voraussetzungen seien kumulativ zu erfüllen. Ein Bieter habe jedenfalls keine Antragslegitimation, wenn sein Angebot für den Zuschlag nicht in Betracht komme. Bei einem Angebot, das auszuschneiden sei, weil etwa die Eignungskriterien nicht erreicht werden, stehe schon von vornherein fest, dass dem Bieter durch die geltend gemachte Rechtsverletzung kein Schaden entstanden sei oder drohen könne. Beim Eignungskriterium „Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“ (C.4.3.) sei vorliegend ein Mindestjahresumsatz der letzten drei Geschäftsjahre von 2.000.000 Euro vorgeschrieben. Die geschätzten Jahresumsätze der Antragstellerin würden beträchtlich unter dem in den Eignungskriterien festgelegten Mindestumsatz von 2.000.000 Euro liegen. Die Antragstellerin habe zu ihrem Interesse und drohenden Schaden vorgebracht, dass sie an der Erbringung der verfahrensgegenständlich nachgefragten Leistungen Interesse habe und sie nach dem Vergabeverfahren einen Vertragsabschluss mit dem Auftraggeber anstrebe. Sie habe den Nachprüfungsantrag weder im Rahmen einer Bietergemeinschaft gestellt, noch habe sie einen eignungsrelevanten Subunternehmer zur Erfüllung der Leistungsverpflichtung namhaft gemacht, welcher die geforderten Eignungskriterien erfüllen würde. Das Eignungskriterium „Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“ sei somit ihrem eigenen Vorbringen folgend nicht erfüllt. Dies habe zudem zur Folge, dass die Erfüllung des Eignungskriteriums „Technische Leistungsfähigkeit“ – genauer gesagt die geforderten zwei Referenzen im Umfang von jeweils 500.000 Euro – durch die Antragstellerin jedenfalls nicht erfüllt werden könne. Dass die Antragstellerin auch nicht aufzeigt bzw. auch gar nicht behauptet habe, dass sie die geforderte Betriebshaftpflichtversicherung erfülle, sei der Vollständigkeit halber festzuhalten. Da es sich beim Nachprüfungsantrag der Antragstellerin nicht um einen Antrag auf Nichtigerklärung einer Ausschreibung aufgrund behaupteter Maßen rechtswidriger Eignungsanforderungen handle, hätte sie die Eignung nachweisen müssen, weshalb der Nachprüfungsantrag mangels Antragslegitimation zurückzuweisen wäre.

I.8. In der mündlichen Verhandlung wurde von der Antragstellerin ergänzend vorgebracht, dass Verweise auf

bestimmte Hersteller oder Produkte (Leitprodukte) nur ausnahmsweise zulässig seien, sämtliche Positionen der Leistungsgruppen 0101 – 0125 solche Leitprodukte enthalten würden und keine sachlichen Gründe dafür ersichtlich seien, dass die Leistung ohne Angabe von Leitprodukten nicht entsprechend beschrieben hätte werden können. Die Angaben der Leitprodukte wären daher unzulässig.

I.9. In der mündlichen Verhandlung und in weiteren Schriftsätzen wurde von der Antragstellerin ergänzend betreffend die Antragslegitimation im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin bei Behebung der Ausschreibungsunterlagen frühzeitig Gespräche zur Verstärkung der Leistungsfähigkeit entweder durch die Bildung von Bietergemeinschaften oder durch Subunternehmer aufgenommen habe. Es sei die Bildung einer Bietergemeinschaft vereinbart, die auch die Erfüllung der Eignungsanforderungen sicherstelle. Der Nachprüfungsantrag hätte nicht als Bietergemeinschaft eingebracht werden können, da zu diesem Zeitpunkt eine solche noch nicht endgültig vereinbart gewesen wäre. Die nunmehr mit der K & M GmbH vereinbarte Bietergemeinschaft erfülle die Eignungskriterien der Ausschreibung.

I.10. Von Seiten der Auftraggeberin wurde im Hinblick auf dieses Vorbringen der Antragstellerin erwidert, dass mit dem Antrag auf Nichtigerklärung konkret zu plausibilisieren sei, warum bei Nichterteilung des Auftrages ein Schaden denkmöglich eintreten kann. Dies setze auch voraus, dass ein Antragsteller zu diesem Zeitpunkt schon wissen muss, wer die Eignungsanforderungen erfülle, so er diese nicht mit dem Nachprüfungsantrag anfecht, ein nachträglicher pauschaler Hinweis genüge dem nicht. Im Übrigen sei der Antragstellerin mit dem Hinweis auf das Eingehen einer Bietergemeinschaft nicht geholfen. Die Mitglieder einer Bietergemeinschaft könnten nur alle zusammen eine im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrages getroffene Entscheidung anfechten. Demnach wäre – sofern eine Bietergemeinschaft vorliegt – nur die Bieter- bzw. gegebenenfalls Bewerbergemeinschaft als solche (vertreten durch alle Mitglieder) antragslegitimiert. Darüber hinaus sei es auch denkmöglich, dass eine nachträglich geschlossene Bietergemeinschaft die im Zeitpunkt der Antragstellung fehlende Antragslegitimation heile.

II.1. Vom Landesverwaltungsgericht wird in Ergänzung zu Punkt I. folgender Sachverhalt als erwiesen angenommen:

Die Vergabe des Auftrages „Neubau der x“ wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Nummer x bekannt gemacht, wobei die Bekanntmachung am 23.06.2020 versendet wurde. Die Bekanntmachung selbst erfolgte am 25.06.2020 (Zeitpunkt der Verfügbarkeit der Ausschreibungsunterlagen für die interessierten Bieter). Gegenstand der Ausschreibung ist die Lieferung, Verlegeplanung, Montage und Inbetriebnahme von zu liefernden medientechnischen Anlagen und Ausstattungen (Audio, Video, etc.) für das Bibliotheks-, das Büro-, das Lehr- und das Laborgebäude des C der x. Als Angebotsende wurde ursprünglich der 14.09.2020 festgelegt. Auftraggeberin des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens ist die K U GmbH, das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich geführt. Am 09.09.2020 erfolgte eine Nachsendung bzw. Berichtigung der Ausschreibung, insbesondere wurde den Bietern ein anderes Leistungsverzeichnis zur Verfügung gestellt. Dieses Leistungsverzeichnis vom 09.09.2020 wurde in der Folge von der Auftraggeberin wieder zurückgenommen. Am 24.09.2020 erfolgte von der Auftraggeberin eine Berichtigung bzw. Nachsendung, beinhaltend die Ausschreibungsunterlagen vom 24.09.2020, das Leistungsverzeichnis vom 24.09.2020 und eine Mengenzusammenfassung, wobei die Angebotsfrist bis 15.10.2020 verlängert wurde. Die ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen und die Ausschreibungsunterlagen vom 24.09.2020 weisen unter anderem folgenden gleichlautenden Inhalt auf (übereinstimmende Angaben bzw. übereinstimmendes Vorbringen von Auftraggeberin und Antragstellerin; Bekanntmachungen; Ausschreibungsunterlagen):

„B ANGEBOTSSCHREIBEN

[...]

Ausschreibungsgegenstand / Bauvorhaben:

Neubau der x

MC I./ 5.03 MEDIEN-TECHNIK

[...]

B.2 Unserem Angebot liegen sämtliche Ausschreibungsunterlagen (Teil A bis J) zu Grunde, insbesondere auch die darin enthaltenen Vertragsbestimmungen. Unsere eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nicht Bestandteil des Angebotes und werden nicht Vertragsbestandteil.

B.3 Die folgenden angekreuzten Unterlagen sind mit dem Angebot als dessen Bestandteil abzugeben. Diese Unterlagen legen wir mit dem Angebot vor. Die nicht angekreuzten Unterlagen werden wir dem Auftraggeber über gesonderte Aufforderung unverzüglich innerhalb der in der Aufforderung festgelegten Frist vorlegen.

[...]

X A Ausschreibungsdeckblatt ausgefüllt

X B Angebotsschreiben ausgefüllt und rechtsgültig unterfertigt

C Vergabebestimmungen

D Vertragsbestimmungen

E Leistungsverzeichnis

F Pläne und Gutachten

G Bauzeitplan und Termine/Fristen

X H Formblätter Eignungsnachweise und sonstige Eignungsnachweise

J Sonstige Ausschreibungsunterlagen

Lang-LV (Teil E Leistungsverzeichnis ausgefüllt mit Preisen und Bieterlücken)

X Kurz-LV ausgedruckt [...]

X Kurz-LV als Datenträger [...]

Kalkulationsformblätter K2, K3, K4 gemäß ÖN B 2061

Kalkulationsformblätter K7 [...]

Kalkulationsformblätter K7 für alle Positionen

X Eignungsnachweise

Bestätigung Baustellenbesichtigung

Sonstiges:

[...]

(der folgende Punkt gilt nur, wenn vom Bieter hier angekreuzt)

B.9 Wenn die von uns in den Bieterlücken des Leistungsverzeichnisses von uns genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene (im Leistungsverzeichnis exemplarisch genannte) Erzeugnis als angeboten.

[...]

C VERGABEBESTIMMUNGEN

[...]

C.1.2 Termin, Ort, Form und Inhalt der Angebote

[...]

Die abzugebenden Angebote bestehen aus den in Punkt B.3 angekreuzten Unterlagen.

[...]

C.1.6 Technische Spezifikationen

Soweit in den technischen Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses auf Normen, Zulassungen oder Spezifikationen im Sinn des § 106 BVergG Bezug genommen wird, gelten diese jeweils mit dem Zusatz ‚oder gleichwertig‘. Sollte der Bieter seinem Angebot andere Normen, Zulassungen oder Spezifikationen zu Grunde legen, so hat er dies in einem Begleitschreiben zum Angebot bekannt zu geben und die Gleichwertigkeit auf Aufforderung des Auftraggebers zu belegen. Mangels einer solchen Mitteilung im Begleitschreiben zum Angebot gelten im Auftragsfall die im Leistungsverzeichnis genannten Normen, Zulassungen oder Spezifikationen.

[...]

#### C.1.8 Leitprodukte

Im Leistungsverzeichnis genannte Erzeugnisse sind als beispielhafte Erzeugnisse (Leitprodukt) zu verstehen, sofern in der betreffenden Position eine Bieterlücke für die Angabe eines anderen Erzeugnisses vorgesehen ist. Solche Leitprodukte gelten – auch wenn nicht ausdrücklich angeführt – stets mit dem Zusatz ‚oder gleichwertig‘, sodass der Bieter in der betreffenden Bieterlücke ein gleichwertiges Erzeugnis anbieten kann, wobei ihm der Nachweis der Gleichwertigkeit obliegt.

Als Kriterien der Gleichwertigkeit gelten kumulativ

- die bei den jeweiligen Positionen angeführten Spezifikationen
- die Eigenschaften des Leitprodukts, soweit diese Eigenschaften in der jeweiligen Position genannt sind
- der Planungsstand: Ein angebotenes Erzeugnis ist nicht gleichwertig, wenn dessen Ausführung die Änderung von vorhandenen Plänen, Berechnungen oder sonstigen Unterlagen mit sich bringt und mit dieser Änderung ein Zeit- oder Kostenaufwand verbunden wäre.
- die Systemreinheit: Ein angebotenes Erzeugnis ist nicht gleichwertig, wenn dessen Ausführung dazu führen würde, dass für gleichartige Anlagen oder Bauteile Erzeugnisse unterschiedlicher Hersteller eingesetzt werden und dies bei Verwendung des Leitproduktes nicht zutrifft.

Wenn das vom Bieter angegebene Erzeugnis nicht gleichwertig ist oder dessen Gleichwertigkeit vom Bieter nicht nachgewiesen wird, so gilt das Leitprodukt als angeboten, sofern der Bieter dies durch Ankreuzen des Punktes B.9 oder in einem Begleitschreiben erklärt hat. Wenn der Bieter eine solche Erklärung abgegeben hat, diesem Bieter der Auftrag erteilt wird und nach Auftragserteilung Uneinigkeit über die Gleichwertigkeit besteht, hat der AN die Gleichwertigkeit auf eigene Kosten nachzuweisen und zwar durch Vorlage eines Gutachtens einer akkreditierten Konformitätsbewertungsstelle, worin ausdrücklich bestätigt wird, dass die Gleichwertigkeit gegeben ist und alle oben angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit uneingeschränkt erfüllt sind. Als Nachweis der Gleichwertigkeit gilt auch, wenn der AN den AG ersucht, statt einer akkreditierten Konformitätsbewertungsstelle selbst einen Sachverständigen auszuwählen und zu beauftragen, der AN sich vorab verpflichtet, die Kosten dieses Sachverständigen zu ersetzen und der Sachverständige die Gleichwertigkeit bestätigt. Das angegebene Erzeugnis gilt jedenfalls dann als nicht gleichwertig, wenn kein Nachweis gemäß obigen Bestimmungen vorgelegt wird.

[...]

#### C.1.12 Bietergemeinschaften

Bietergemeinschaften sind zulässig. [...]

#### C.4 Eignungskriterien ([...])

##### C.4.1 Allgemeines

Der gesamte Punkt C.4 gilt nur im Fall eines offenen Verfahrens oder einer Direktvergabe mit Bekanntmachung (nach Maßgabe der Sonderregeln in Punkt C.2).

Die Bieter müssen spätestens zum Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist über die zur Leistungserbringung erforderliche Eignung verfügen.

Die in den folgenden Punkten verlangten Eignungsnachweise können auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten beigebracht werden, sofern diesem die vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen in der vom Auftraggeber gewünschten Aktualität vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind (z.B. ANKÖ).

Wenn der Bieter die im Folgenden festgelegten Eignungsnachweise nicht bereits mit dem Angebot vorlegt, hat er gemäß B.10 zu erklären, dass er die in dieser Ausschreibung verlangten Eignungskriterien erfüllt und die in der Ausschreibung festgelegten Eignungsnachweise auf Aufforderung des Auftraggebers unverzüglich beibringen kann. Ein

Angebot wird ausgeschieden, wenn der Bieter die in einer solchen Aufforderung genannten Nachweise nicht innerhalb der in der Aufforderung gesetzten Frist vollständig beibringt, wobei die in der Aufforderung gesetzte Frist auch nur einen Werktag betragen kann.

Die von den Bietern vorzulegenden Eignungsnachweise und zu erfüllenden Eignungskriterien (Mindestanforderungen) sind im Folgenden festgelegt.

#### C.4.2 Eignungsnachweise

Zum Nachweis der Eignung werden folgende Eignungsnachweise festgelegt:

[...]

Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:

X Erklärung über den Gesamtumsatz für die letzten drei Geschäftsjahre oder für einen kürzeren Tätigkeitszeitraum, falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht (gemäß Formblatt H.1)

[...]

X Nachweis einer Betriebshaftpflichtversicherung

[...]

X Bonitätsauskunft des Kreditschutzverbandes von 1870 oder einer gleichwertigen Ratingeinrichtung

Technische Leistungsfähigkeit:

X eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten wesentlichen Bauleistungen (Referenzen) unter Verwendung des Formblattes in H.2 sowie – über gesonderte Aufforderung – Bestätigungen der aufgelisteten Referenzen durch die jeweiligen Referenzbeauftragten gemäß Formblatt in H.3

[...]

#### C.4.3 Eignungskriterien

[...]

Finanzielle und Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

[...]

Der Bieter muss mindestens folgende Umsätze erbracht haben:

Durchschnittlicher Mindest-Gesamtjahresumsatz der letzten drei Geschäftsjahre von EUR 2.000.000,00

[...]

Der Bieter muss mindestens über folgende Betriebshaftpflichtversicherung verfügen

Deckungssumme mindestens EUR 1.000.000,00

[...]

Technische Leistungsfähigkeit

[...]

Der Bieter muss mindestens über Referenzen mit folgenden Anforderungen hinsichtlich Inhalt und Umfang verfügen (Mindestreferenzen):

[...]

Derartige Referenzen müssen zumindest in folgendem Umfang vorliegen:

x Anzahl dieser Referenzen mindestens: 2

x Summe der Schlussrechnungssummen dieser Referenzen netto mindestens: EUR 500.000,00

#### D VERTRAGSBESTIMMUNGEN

[...]

5.1.3 Reihenfolge der Vertragsbestandteile – wird ersetzt wie folgt:

Bestandteile des Vertrages sind folgende Unterlagen in nachstehender Reihenfolge:

1. Zuschlagserteilung
2. Vom Bieter im Rahmen des Vergabeverfahrens nach Angebotslegung schriftlich (Protokoll oder Aufklärungsschreiben) gegebene Aufklärung
3. A Ausschreibungsdeckblatt
4. B Angebotsschreiben
5. D Vertragsbestimmungen
6. E Leistungsverzeichnis
7. F Pläne und Gutachten
8. G Bauzeitplan und Termine/Fristen
9. J Sonstige Ausschreibungsunterlagen
10. C Vergabebestimmungen
11. die für die Baustelle maßgebliche Fremdfirmen-Ordnung (abrufbar unter [www.x.at](http://www.x.at))
12. alle in Betracht kommenden, im ÖNORMEN-Verzeichnis enthaltenen Normen technischen Inhalts;
13. alle ÖNORMEN [...];
14. die ÖNORM A 2060
15. die ÖNORM B 1600 und die ÖNORM B 1601

wobei der Stand der Technik jedenfalls einzuhalten ist.

Innerhalb des Leistungsverzeichnisses gilt nachstehende Reihenfolge:

1. Positionstext
2. zusätzliche Vorbemerkungen zur jeweiligen Unterleistungsgruppe
3. ständige Vorbemerkungen zur jeweiligen Unterleistungsgruppe
4. zusätzliche Vorbemerkungen zur jeweiligen Leistungsgruppe
5. ständige Vorbemerkungen zur jeweiligen Leistungsgruppe.

Bei Widersprüchen zwischen zwei oder mehr der oben aufgezählten Vertragsbestandteile gilt vorrangig der vorgereichte Vertragsbestandteil. Der vorgereichte Vertragsbestandteil verdrängt die nachgereichte Vertragsgrundlage im widersprechenden Teil.

Im Fall von Berichtigungen von Ausschreibungsunterlagen gilt die berichtigte Fassung vorrangig gegenüber der ursprünglichen Fassung. Im Fall mehrerer Berichtigungen gilt jeweils vorrangig die zuletzt vor Ende der Angebotsfrist erfolgte Berichtigung.

[...].

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Das ursprüngliche Leistungsverzeichnis hatte unter anderem folgenden Inhalt (LV):

„01 Neubau x (M F L)

01 00 Medientechnik

01 00 00 Allgemeine Bestimmungen

01 00 00.80 z spezielle Vorbemerkungen

[...]

01 00 00.80.02 z Gleichwertigkeit

Den Nachweis der Gleichwertigkeit zu in Bieterlücken angeführten Erzeugnissen hat der AN zu führen, wobei als Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit gelten:

Konstruktion samt technischen Daten, Funktion, formale Gestaltung, Wirtschaftlichkeit (Wartungsaufwand, Betriebs- und Folgekosten). Falls der Nachweis der Gleichwertigkeit nicht erbracht wird oder vom AN keine anderen oder keine Produkte in Bieterlücken eingesetzt sind, gelten die im Leistungsverzeichnis vom Ausschreiber namentlich angeführten Erzeugnisse zum Angebotspreis als vereinbart. Erfordern die angebotenen Erzeugnisse das Ändern von Pläne und/oder von Berechnungen, die zum Zeitpunkt des Zuschlages vorhanden sind, so kann der AG auf das Ausführen der beispielhaft angeführten Erzeugnisse bestehen. Der AG kann seine Zustimmung unter der Bedingung erklären, dass der AN die Kosten der Planänderungen übernimmt.

[...]

01 00 00.80 spezielle Vorbemerkungen

01 00 00.81 z Zusätzlicher Nachweis

Zum Nachweis der qualifizierten Leistungserbringung sind dem Angebot folgende Unterlagen beizulegen:

01 00 00.81.01 z Umsatz spartenspezifisch

Angabe des spartenspezifischen Umsatzes (im Hinblick auf den Angebotsgegenstand Medientechnik) der letzten drei Jahre. Dieser Nachweis ist dem Angebot zwingend beizulegen.

01 00 00.81.02 z Ausbildungsnachweis

Ausbildungsnachweis und/oder Bescheinigung über die berufliche Befähigung des Unternehmers oder der Führungskräfte des Unternehmens, insbesondere der für die Ausführung der Arbeiten verantwortlichen Personen. [...].

01 00 00.81.03 z Referenzliste

Referenzliste der in den letzten 3 Jahren erbrachten Leistungen, über deren Ausführung mit Angabe des Ortes, der Zeit und des Wertes der Leistungserfüllung sowie des Namens des Auftraggeber; so fern davon Leistungen in Arbeitsgemeinschaft erbracht wurden, ist der Anteil des Unternehmers an der Leistungserbringung anzugeben. Leistungserbringung anzugeben. Eine Referenz wird nur dann gewertet, wenn diese im Umfang und Ausmaß vergleichbar mit dem gegenständlichen Projekt ist und vom jeweiligen Auftraggeber bestätigt wird. Es ist mit einer Überprüfung der angegebenen Referenzen zu rechnen.

01 00 00.81.04 z Personelle Ausstattung

Angaben über die personelle Ausstattung, über die der Unternehmer bei der Ausführung der Leistung verfügen wird.

01 00 00.81.05 z Pflichtenheft

Ein Pflichtenheft ist zu erstellen und mit dem AG abzustimmen. Normen und Standard: VDI 2519

[...]"

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Das Leistungsverzeichnis vom 24.09.2020 hat unter anderem folgenden Inhalt (LV vom 24.09.2020):

„01 Neubau x (M F L)

01 00 Medientechnik

01 00 00 Allgemeine Bestimmungen

01 00 00.80 z spezielle Vorbemerkungen

[...]

01 00 00.80.02 z Gleichwertigkeit

Es gilt Punkt C.1.8 der Ausschreibungsunterlage mit folgender Maßgabe:

Als Kriterien der Gleichwertigkeit gelten anstelle der unter C.1.8. erster und zweiter Gliederungsstrich angeführten Kriterien (i.e. ‚die bei den jeweiligen Positionen angeführten Spezifikationen‘; ‚die Eigenschaften des Leitprodukts,

soweit [...] genannt sind) folgende Kriterien der Gleichwertigkeit, die ein Erzeugnis, so nicht das angegebenen Leitprodukt angeboten wird, zu erfüllen hat:

Erfüllung der ausgeschriebenen Funktionsanforderungen

Erfüllung der ausgeschriebenen technischen Daten bzw. technischen Anforderungen sowie der angeführten Leistungsmerkmale

Erfüllung des funktionalen Zwecks der fertigen Gesamtleistung insgesamt

Die Gleichwertigkeitskriterien des dritten und vierten Gliederungsstriches des Punktes C.1.8 („Planungsstand“ und „Systemreinheit“) bleiben unverändert in Geltung.

In den Positionen des LVs angeführte bloße konstruktive oder gestalterische Details, die zur Erfüllung der funktionalen Anforderungen sowie der Kriterien Systemreinheit und Planungsstand nicht relevant sind, dürfen auch abweichend ausgestaltet angeboten werden. Dies betrifft etwa Abmessungen, Größen- bzw. Gewichtsangaben oder die konkrete Verortung von Schnittstellen/Anschlüssen.

Bei Bedenken, ob Gleichwertigkeit besteht, wird der AG den Bieter zum Nachweis der Gleichwertigkeit auffordern. Dem Bieter steht es ungeachtet dessen frei, bereits mit dem Angebot Nachweise vorzulegen.

Im Übrigen bleibt C.1.8 unberührt.

[...]

01 00 00.80 spezielle Vorbemerkungen

01 00 00.81 z Zusätzlicher Nachweis

01 00 00.81.05 z Pflichtenheft

Ein Pflichtenheft ist nach Auftragserteilung zu erstellen und mit dem AG abzustimmen. Normen und Standard: VDI 2519

01 00 00.81

[...]“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Mit Berichtigung vom 08.10.2020 wurde bekannt gegeben, dass die Angebotsfrist auf den 05.11.2020 verlängert wird, weiters wurde folgende zusätzliche Information gegeben: „Da im laufenden Nachprüfungsverfahren vom anfechtenden Bieter die Bereitstellung der Mengenzusammenfassung (indikativ) durch die Auftraggeberin kritisiert worden ist, stellt die AG hiermit klar, dass für die Mengen ausschließlich das Leistungsverzeichnis (Langtext) gilt. Die Mengenzusammenfassung soll den Bietern bloß als unverbindliche (=indikative) Hilfestellung dazu dienen, in welcher Anzahl die jeweiligen Produkte über die Bauteile hinweg produktweise zusammengefasst vorkommen“ (Bekanntmachungsformular vom 08.10.2020).

Sowohl im ursprünglichen Leistungsverzeichnis als auch im Leistungsverzeichnis vom 24.09.2020 wird in den Gruppen 0101 bis 0125 jeweils ein „Leitprodukt“ angeführt. Zumindest mehrere der ausgeschriebenen Positionen hätten auch ohne Anführung der Leitprodukte hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden können. Im Leistungsverzeichnis vom 24.09.2020 hat sich in nahezu allen Positionen etwas geändert im Vergleich zum ursprünglichen Leistungsverzeichnis (LV; Angaben Steiniger in der mündlichen Verhandlung). Allein, also ohne Eingehen einer Bietergemeinschaft, würde die Antragstellerin nicht alle Eignungsanforderungen der gegenständlichen Ausschreibung erfüllen. Im Zeitpunkt der Einbringung der Nachprüfungsanträge ist von der Antragstellerin noch keine Bietergemeinschaft endgültig vereinbart gewesen, die Bildung einer konkreten Bietergemeinschaft wurde von der Antragstellerin erst nach Einbringung der Nachprüfungsanträge vereinbart (Angaben GF der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung; Angaben der Antragstellerin).

II.2. Der festgestellte Sacherhalt ergibt sich vor allem aus den jeweils in Klammer angeführten Beweisergebnissen. Soweit der Inhalt von Eingaben bzw. Unterlagen festgestellt wurde, ergibt sich dieser aus den jeweiligen Eingaben bzw. Unterlagen. Dass die Antragstellerin allein, also ohne Bietergemeinschaft, nicht alle Eignungsanforderungen erfüllt, gab der Geschäftsführer der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung an. Dafür, dass zumindest mehrere der

ausgeschriebenen Positionen auch ohne Anführung der Leitprodukte hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben hätten werden können, spricht einerseits die Aussage von Herrn S in der mündlichen Verhandlung, welcher auf die Frage des Verhandlungsleiters, ob die ausgeschriebenen Produkte bzw. Leistungen ohne Anführung der Leitprodukte nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden können, angab, dass es mehrere Möglichkeiten gebe, wenn ich ein technisches Leistungsverzeichnis erstelle. Im Übrigen wurde von der Auftraggeberin (trotz des Vorbringens der Antragstellerin) nicht einmal substantiiert behauptet, dass (bzw. weswegen) die Anführung von Leitprodukten in allen Positionen erforderlich wäre.

Zum Antrag der Antragstellerin auf Einholung eines Sachverständigengutachtens ist auszuführen, dass dies nicht erforderlich war. Ob bzw. inwieweit aufgrund der technischen Spezifikationen das Anbieten anderer gleichwertiger Produkte gegenüber den angeführten Leitprodukten möglich wäre, kann schon aus den unter Punkt III.8. genannten Gründen im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben. Ob die Festlegung von neutralen technischen Spezifikationen, die das Anbieten unterschiedlicher Produkte gewährleisten, möglich gewesen wäre, war ebenfalls nicht entscheidungswesentlich (siehe unten III.8.). Dass hinsichtlich mehrerer Positionen die Leistung auch ohne Angabe von Leitprodukten möglich gewesen wäre, konnte schon aufgrund der bisherigen Verfahrensergebnisse festgestellt werden, sodass auch insofern die Einholung des Gutachtens unterbleiben konnte. Die beantragte Einholung eines Sachverständigengutachtens war somit nicht erforderlich.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 2 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens und die dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen im Rahmen der vom Antragsteller bzw. von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Gemäß § 3 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 kann ein Unternehmer bzw. eine Unternehmerin bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ein Interesse am Abschluss eines den bundesgesetzlichen Bestimmungen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrags behauptet wird und durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß § 7 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat das Landesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers bzw. einer Auftraggeberin für nichtig zu erklären, wenn sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller bzw. die Antragstellerin in dem von ihm bzw. von ihr nach § 5 Abs. 1 Z 5 Oö. VergRSG 2006 geltend gemachten Recht verletzt und diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Gemäß § 5 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat ein Nachprüfungsantrag unter anderem jedenfalls Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller bzw. die Antragstellerin zu enthalten.

III.2. Eine Berichtigung ist eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist und somit eine – von der Ausschreibung eigenständige – gesondert anfechtbare Entscheidung (Moick/Gföhler, BVergG 2018 § 2 E 59). Sowohl der Nachprüfungsantrag vom 04.09.2020 (LVwG-840205) als auch der Nachprüfungsantrag vom 05.10.2020 (LVwG-840209) richtet sich daher gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen.

III.3. Die Antragstellerin macht als Rechtswidrigkeiten im Nachprüfungsantrag vom 04.09.2020 die Rechtswidrigkeit der Eignungsanforderungen sowie die Rechtswidrigkeit der technischen Vorgaben und Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses geltend. Im Nachprüfungsantrag vom 05.10.2020 macht die Antragstellerin als Rechtswidrigkeit neben der Rechtswidrigkeit der technischen Vorgaben und Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses die zu kurze Verlängerung der Angebotsfrist und die Rechtswidrigkeit der zur Verfügung gestellten Mengenzusammenfassung geltend.

III.4. Zur geltend gemachten Rechtswidrigkeit der Eignungsanforderungen mit Nachprüfungsantrag vom 04.09.2020 (LVwG-840205):

Die Antragstellerin brachte in diesem Zusammenhang im Wesentlichen vor, dass die Regelungen innerhalb der Ausschreibungsunterlagen widersprüchlich seien, im Leistungsverzeichnis keine Mindestanforderungen enthalten

seien und die Anforderung gemäß Position 01 00 00.81.05 z („Pflichtenheft“) unmöglich zu erfüllen sei. Die Antragstellerin ist mit diesem Vorbringen zumindest insofern im Recht, als es einem Bieter nicht möglich wäre, als Eignungsnachweis („Zum Nachweis der qualifizierten Leistungserbringung“) bereits mit „dem Angebot“ ein Pflichtenheft vorzulegen, welches „mit dem AG abzustimmen“ ist (zumal diese Abstimmung im offenen Verfahren vor Angebotsabgabe nicht möglich wäre). Diese rechtswidrige Festlegung im ursprünglichen Leistungsverzeichnis machte eine erfolgreiche Beteiligung am Vergabeverfahren daher unmöglich, die von der Antragstellerin vorgebrachte Rechtswidrigkeit war daher jedenfalls insoweit gegeben.

Die Position 00.81 des ursprünglichen Leistungsverzeichnisses wurde nach Einbringung des Nachprüfungsantrages vom 04.09.2020 allerdings mit dem Leistungsverzeichnis vom 24.09.2020 berichtigt und im Ergebnis derart geändert, dass die dort (im Leistungsverzeichnis) ursprünglich angeführten Eignungsanforderungen gestrichen wurden. Damit wurden die in Zusammenhang mit den Eignungsanforderungen von der Antragstellerin vorgebrachten Vergaberechtswidrigkeiten beseitigt. Die Antragstellerin wurde daher insofern klaglos gestellt und es besteht diesbezüglich – wie die Antragstellerin im Schriftsatz vom 01.10.2020 selbst vorbringt – keine Beschwer mehr.

Gemäß § 23 Oö. VergRSG 2006 hat der Antragsteller bzw. die Antragstellerin, der bzw. die vor dem Landesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegt, Anspruch auf Ersatz der gemäß § 22 Oö. VergRSG 2006 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber bzw. die Auftraggeberin. Der Antragsteller bzw. die Antragstellerin hat ferner Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren, wenn er bzw. sie während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Da im vorliegenden Fall dem Antrag auf einstweilige Verfügung (zumindest teilweise) stattgegeben wurde und die Antragstellerin während des anhängigen Verfahrens betreffend den Nachprüfungsantrag vom 04.09.2020 – wie oben dargelegt – zumindest teilweise klaglos gestellt wurde, ist die Auftraggeberin schon insofern zum Ersatz der gemäß § 22 Oö. VergRSG 2006 entrichteten Gebühren zu verpflichten.

III.5. Zur geltend gemachten Rechtswidrigkeit der verlängerten Angebotsfrist mit Nachprüfungsantrag vom 05.10.2020 (LVwG-840209):

Die Antragstellerin bringt im Wesentlichen vor, dass die aufgrund der Berichtigung erfolgte Verlängerung der Angebotsfrist bis zum 15.10.2020 in den Ausschreibungsunterlagen vom 24.09.2020 zu kurz sei. Die Bieter müssten das gesamte neue Leistungsverzeichnis mit mehreren hundert Seiten mit dem ursprünglichen Leistungsverzeichnis vergleichen, um die Sicherheit zu haben, ein ausschreibungskonformes Angebot zu kalkulieren und zu legen. Es sei auch nicht nachvollziehbar, warum der Auftraggeber die Änderungen nicht in einem Änderungsmodus ersichtlich machte.

Gemäß § 71 Abs. 1 BVergG 2018 beträgt beim offenen Verfahren die vom öffentlichen Auftraggeber festzusetzende Frist für den Eingang der Angebote (Angebotsfrist) mindestens 30 Tage. Die gemäß § 71 BVergG 2018 festgesetzte Angebotsfrist ist nach § 72 BVergG 2018 bei einer Berichtigung der Ausschreibung zu verlängern, wenn die Berichtigung für die Erstellung der Angebote wesentlich ist. Die Verlängerung der Frist muss dabei in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der geänderten Information stehen. Erfolgt daher eine umfassende Änderung im Leistungsverzeichnis, die nahezu jede Position einer Ausschreibung betrifft, so wird wohl regelmäßig auch eine Verlängerung in einem größeren Ausmaß (wohl vielfach auch nahe der Mindestfrist) erforderlich sein. Im vorliegenden Fall erscheint angesichts des Umfangs des Leistungsverzeichnisses von mehreren hundert Seiten und des Umstandes, dass ein „neues“ Leistungsverzeichnis übermittelt wurde, welches in fast jeder Position Änderungen enthält (welche aber nicht gekennzeichnet wurden), das Vorbringen der Antragstellerin durchaus nachvollziehbar. Hinzu kommt, dass nicht nur in fast jeder Position des Leistungsverzeichnisses Änderungen vorgenommen wurden, sondern darüber hinaus auch die Bestimmung zur Gleichwertigkeit (Position 01 00 00.80.02 z des Leistungsverzeichnisses) wesentlich verändert wurde. Da aber in jeder Position in den Gruppen 0101 bis 0125 jeweils ein „Leitprodukt“ angeführt ist, bedeutet dies im Ergebnis, dass für Bieter nunmehr bei nahezu jeder Position auch unter dem Gesichtspunkt der geänderten Gleichwertigkeitskriterien geänderte Voraussetzungen für die Angebotserstellung bestehen. Bei dieser besonderen Konstellation kann nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes der Antragstellerin nicht entgegen getreten werden, wenn sie die Verlängerung der Angebotsfrist bis zum 15.10.2020 (aufgrund der Berichtigung vom 24.09.2020) nicht für ausreichend erachtet. Allerdings hat die Auftraggeberin die Angebotsfrist nach Einbringung des Nachprüfungsantrages nochmals verlängert, u

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Oberösterreich LVwg Oberösterreich, <http://www.lvwg-ooe.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)