

TE Bvwg Erkenntnis 2021/7/23 W139 2240743-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.07.2021

Entscheidungsdatum

23.07.2021

Norm

BVergG 2018 §112
BVergG 2018 §12 Abs1 Z4
BVergG 2018 §125
BVergG 2018 §134
BVergG 2018 §141 Abs1 Z7
BVergG 2018 §2 Z15
BVergG 2018 §2 Z5
BVergG 2018 §20 Abs1
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergG 2018 §333
BVergG 2018 §334 Abs2
BVergG 2018 §342
BVergG 2018 §344 Abs1
BVergG 2018 §347 Abs1
BVergG 2018 §4 Abs1 Z2
BVergG 2018 §5
BVergG 2018 §78 Abs1
B-VG Art133 Abs4
B-VG Art133 Abs9
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W139 2240743-1/43E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Rebekka

GUTENTHALER als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite und Mag. Jirina RADY als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite über den Antrag der XXXX vertreten durch Huber Berchtold Rechtsanwälte GmbH, Getreidemarkt 14, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren „Elektroinstallationen, Neubau Tourismusschulen Salzburg-Klessheim (WKS – E-6/2020)“ der Auftraggeberin Wirtschaftskammer Salzburg, Julius-Raab-Platz 1, 5027 Salzburg, vertreten durch Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH, Sterneckstraße 35, 5020 Salzburg, zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, „das Bundesverwaltungsgericht möge die angefochtene Ausscheidensentscheidung vom 16.03.2021 wegen Rechtswidrigkeit für nichtig erklären“, wird abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 iVm Abs 9 B-VG nicht zulässig.

Text

Begründung:

I. Verfahrensgang:

1. Am 25.03.2021 stellte die Antragstellerin den gegenständlichen Nachprüfungsantrag auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung vom 16.03.2021, verbunden mit einem Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht sowie auf Gebührenersatz.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Auftraggeberin führe das Vergabeverfahren „Elektroinstallationen, Neubau Tourismusschulen Salzburg-Klessheim (WKS – E-6/2020“ als offenes Verfahren zur Beschaffung einer Bauleistung, der Herstellung der Elektroinstallationen für das Bauvorhaben Neubau Tourismusschulen Salzburg-Klessheim, durch. Die Vergabe erfolge nach dem Bestbieterprinzip. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein Angebot gelegt. Angefochten werde die Ausscheidensentscheidung vom 16.03.2021.

Die Antragstellerin habe ein evidentes Interesse am Abschluss des ausgeschriebenen Auftrags, da die Ausführung der hier ausgeschriebenen Leistungen in ihre zentrale Geschäftstätigkeit falle, was auch durch die Angebotslegung und Beantwortung der Aufklärungsfragen evident sei. Durch den Entgang des Auftrages wären die bisherigen Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren frustriert. Weiters erleide die Antragstellerin einen Schaden durch den Entgang eines Referenzprojekts für künftige Vergabeverfahren. Die Antragstellerin bezeichnete die Rechte, in denen sie sich verletzt erachte.

Der von der Auftraggeberin beabsichtigte Neubau für die Tourismusschulen Salzburg-Klessheim erfolge in einzelnen Gewerken. Verfahrensgegenständlich sei das Gewerk Elektroinstallationen. Die Antragstellerin verfüge über die entsprechende Gewerbeberechtigung Elektrotechnik (GISA-Zahl 17902304 und 20966393).

Im Leistungsverzeichnis seien bei bestimmten Positionen unechte Bieterlücken vorgesehen gewesen, bei welchen die Bieter kostengünstigere Alternativprodukte hätten anbieten dürfen, solange diese die Gleichwertigkeitskriterien erfüllen. Diesbezüglich sei eine Mustererklärung vorhanden gewesen. Für den Fall, dass ein Alternativprodukt nicht gleichwertig zum Leitprodukt wäre, habe der Bieter mit dieser Erklärung verbindlich festlegen können, dass das ausgeschriebene Leitprodukt „als angeboten“ gelte. Hiervon habe die Antragstellerin Gebrauch gemacht und in der geforderten Erklärung ihre Zustimmung erteilt.

Mit dem Angebot habe die Antragstellerin in folgenden Positionen alternative Erzeugnisse der Herstellerin XXXX angeboten:

? Position 110110 Z „LED Langfeldleuchte EB“

? Position 110111 Z „LED Langfeldleuchte – Einlege“

? Position 110112 Z „LED Langfeldleuchte abgehängt“

? Position 110115 Z „LED EB Reinraumleuchte 625x625 LED6000lm/840“

Die Antragstellerin habe die alternativ angebotenen Erzeugnisse in Absprache mit der Herstellerin ausgewählt und im Begleitschreiben nochmals ausdrücklich dargelegt, dass sie im Falle der Nicht-Gleichwertigkeit die Leitprodukte liefern würde:

„BEGLEITSCHREIBEN

1). Gemäß § 125 (7) Bundesvergabegesetz 2018 erklärt die Bieterin, XXXX, dass sämtliche angebotene Produkte gemäß Bieterlücken laut Ausschreibungsunterlagen den angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit entsprechen.

Sollten dennoch vereinzelte angebotene Produkte von den angeführten Kriterien wesentlich abweichen, erklärt hiermit die Bieterin, die XXXX selbige Produkte wie beispielhaft von der ausschreibenden Stelle im Leistungsverzeichnis angeführt ohne Preisänderung zu liefern.“

Am 22.12.2020 sei die Angebotsöffnung von acht eingelangten Angeboten erfolgt, wobei das Angebot der Antragstellerin preislich an erster Stelle gereiht gewesen sei. Die Abweichung zum preislich zweitgereihten Angebot betrage lediglich +1%. Alle Gesamtpreise würden im Unterschwellenbereich liegen.

Mit Schreiben vom 14.01.2021 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, die Datenblätter für einzelne Erzeugnisse und die Kalkulationsformblätter für einzelne Positionen nachzureichen. Die Antragstellerin habe die geforderten Unterlagen fristgerecht am 18.01.2021 an die Auftraggeberin übermittelt. Mit Schreiben vom 10.02.2021 sei die Antragstellerin zur Stellungnahme zur zwischenzeitig erfolgten Gleichwertigkeitsprüfung von alternativen Erzeugnissen aufgefordert worden. Hinsichtlich der Lohnkalkulation der Antragstellerin sei seitens der Auftraggeberin eine fiktive Vergleichsrechnung angestellt worden, welche zu höheren Lohnanteilen in einzelnen Positionen komme. Die Antragstellerin habe dazu im ersten Schritt die Vorhalte telefonisch aufgeklärt und im zweiten Schritt am 16.02.2021 fristgerecht eine umfangreiche schriftliche Stellungnahme übermittelt.

Am 16.03.2021 sei die nunmehr angefochtene Ausscheidensentscheidung mit folgenden Begründungen erfolgt: Die Antragstellerin werde vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, da sie sich einer schwerwiegenden Täuschung durch Übermittlung zumindest fahrlässig irreführende Informationen an die Auftraggeberin schuldig gemacht habe (§ 78 Abs 1 Z 10 und 11 BVergG); aufgrund eines Vorbehalts im Begleitschreiben läge ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor; die vertiefte Angebotsprüfung habe eine nicht plausible Preiszusammensetzung für den Lohnanteil bestimmter Positionen ergeben; sowie einige angebotene Erzeugnisse seien nicht gleichwertig zu den Leitprodukten und die Antragstellerin habe für diesen Fall erklärt, dass nicht die ausgeschriebenen Leitprodukte zur Ausführung gelangen würden.

Hinsichtlich des Ausschließungsgrundes gemäß § 78 Abs 1 Z 10 u 11 BVergG führte die Antragstellerin aus, dass die Auftraggeberin im Zuge der Angebotsprüfung festgestellt habe, dass die LED-Leuchte XXXX einen UGR-Wert von XXXX aufweise und damit nicht den geforderten UGR-Wert XXXX erfülle. Beim Erzeugnis XXXX sei festgestellt worden, dass die geforderte Lichtausbeute bei einer Lebensdauer von XXXX h nicht erreicht werde. Beide Produkte seien damit nicht gleichwertig zum Leitprodukt gewesen. Am 10.02.2021 sei die Antragstellerin diesbezüglich zur Stellungnahme aufgefordert worden, woraufhin sie sich an den Hersteller XXXX gewendet habe. Herr XXXX, XXXX der XXXX, habe sodann ua Datenblätter betreffend die beiden Erzeugnisse übermittelt, aus denen ersichtlich sei, dass die geforderten Mindestanforderungen erfüllt seien. Die Antragstellerin habe diese Datenblätter unverfälscht sodann an die Auftraggeberin weitergeleitet. Die Antragstellerin habe sich nicht einer falschen Auskunft hinsichtlich der Eignung schuldig gemacht. Der Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs 1 Z 11 BVergG setze eine fahrlässige Weitergabe von irreführenden Informationen an die Auftraggeberin voraus. Fahrlässigkeit setze eine Verletzung der objektiv gebotenen Sorgfalt voraus. Die Antragstellerin habe die Datenblätter der angebotenen alternativen Erzeugnisse direkt vom Hersteller angefordert, was dem höchsten Sorgfaltsmaßstab für einen Sachverständigen entspreche. Im Übrigen sei zum Nachweis der technischen Gleichwertigkeit entsprechend der RL 2014/24/EU darauf zu verweisen, dass von den Bietern die Vorlage von Belegen verlangt werden könne, deren Korrektheit von Dritten bestätigt worden sei. Daher seien auch „andere geeignete Nachweise, wie etwa eine technische Dokumentation des Herstellers“, zugelassen (74. EG der RL 2014/24/EU).

Betreffend den Vorbehalt im Begleitschreiben bzw. den Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen gab die

Antragstellerin an, dass sie entsprechend den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen in Teil C angekreuzt habe, dass sie die ausgeschriebenen Erzeugnisse im Falle eines nicht gleichwertigen Alternativ-Erzeugnisses anbiete. Gemäß dem dort zitierten § 125 Abs 7 letzter Satz BVergG gelte das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einer zu seinem Angebot gesonderten Erklärung erklärt habe, weshalb dies mit ausdrücklichem Verweis auf die gesetzliche Vorgabe von der Antragstellerin im Begleitschreiben festgehalten worden sei. Trotz der im Schreiben vom 16.02.2021 diesbezüglichen Bezugnahme der Antragstellerin verneine die Auftraggeberin jedoch weiterhin, ohne jedwede taugliche Begründung, im Wort „wesentlich“ des Begleitschreibens einen Vorbehalt zu erkennen. Es handle sich aber vielmehr um eine unsubstantiierte Behauptung einer Vergaberechtswidrigkeit. Wenn die Auftraggeberin die Verwendung des Wortes „wesentlich“ als klaren Ausdruck eines Vorbehaltes erkennen wolle, so erkenne sie der Bedeutung dieses Wortes offenkundig einen falschen Inhalt zu. Besonders auffällig sei diese Wortbedeutung, wenn im Falle von konkret verwendeten unechten Bieterlücken die Auftraggeberin sogar gesetzlich verpflichtet sei, die „maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit“ anzugeben. Die Adjektive „wesentlich“ und „maßgeblich“ seien Synonyme. Selbst bei strenger objektiver Betrachtungsweise der Wortwahl habe die Antragstellerin im Begleitschreiben die erforderliche Erklärung abgegeben, dass im Falle von nicht gleichwertigen alternativen Erzeugnissen die Leitprodukte angeboten seien. Das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin wegen alternativer Erzeugnisse, die von den maßgeblichen (wesentlichen) Kriterien der Gleichwertigkeit abweichen, sei daher nicht gerechtfertigt.

Die Auftraggeberin behaupte weiters, dass im Angebot der Antragstellerin nicht erklärbare niedrige Positionspreise ausgewiesen seien, resultierend aus viel zu gering angesetzten Bauzeiten für einzelne Positionen. Die Auftraggeberin habe dazu die Kalkulation der Antragstellerin mit der Kalkulationshilfe der XXXX verglichen. Es handle sich dabei um ein Unternehmen, das selbst nicht zur Erbringung von Elektroinstallationsarbeiten berechtigt sei, sondern umfassen deren Gewerbeberechtigungen die Datenverarbeitung, das Handelsgewerbe und die Werbeagentur. Da die XXXX Softwarelösungen, wie zB auch Kalkulationshilfen, anbiete, sei nicht erkennbar woher die Angaben für ihre Kalkulationshilfen bezogen werden und inwieweit diese für das gegenständliche Neubauprojekt Anwendung finden könnten. Eine Berücksichtigung der individuellen Kalkulationsansätze der Antragstellerin sei negiert worden. Nach der Rechtsprechung stehe der ausschließliche Rückgriff auf einen Preisspiegel im Widerspruch zu den Grundsätzen eines freien und lautereren Wettbewerbs. Es gelte somit der Grundsatz, dass sich der Angebotspreis im Wettbewerb ergebe und deswegen exakte Werte nicht festlegbar seien. Die Preisangemessenheit sei daher stets unter Bedachtnahme auf die konkret ausgeschriebene Leistung, auf die Möglichkeiten und Fähigkeiten des Bieters sowie auf dessen innerbetriebliche Erfahrungswerte zu beurteilen, weswegen die bloß allgemein gehaltenen Kalkulationshilfen dafür ungeeignet seien. Die Antragstellerin habe unter Berücksichtigung der Planunterlagen, ihren Zeitaufwand für das eingesetzte Personal kalkuliert und diese Ansätze der Auftraggeberin auch im Zuge der Aufklärung erläutert. Eine rechtskonforme Angebotsprüfung liege der Ausscheidensentscheidung nicht zugrunde. Es fehle bereits an einer konkreten Begründung, weshalb die Kalkulationsannahmen der Antragstellerin rechtswidrig sein sollten. Das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin wegen „nicht plausibler Einheitspreise“ im pauschalen Umfang sei daher nicht gerechtfertigt.

2. Am 30.03.2021 erteilte die Auftraggeberin zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und beantragte die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung.

3. Mit Schriftsatz vom 07.04.2021 nahm die Auftraggeberin zum gesamten Antragsvorbringen der Antragstellerin Stellung und führte aus, dass zu den Positionen 02110110 und 02110111 des Leistungsverzeichnisses Langfeldleuchten mit dem Kriterium Blendwert UGR XXXX gefordert gewesen seien. Die Prüfung der vom Bieter übermittelten Datenblätter habe ergeben, dass der UGR-Wert der angebotenen Leuchten im Datenblatt des Herstellers mit XXXX angegeben gewesen sei. Nach Aufforderung habe die Antragstellerin in der Stellungnahme vom 16.02.2021 erklärt, dass das ursprünglich übermittelte Datenblatt anstelle einer rechteckigen Leuchte eine quadratische Leuchte betroffen habe, das Datenblatt für die rechteckige Leuchte weise einen UGR XXXX aus, die Anforderung sei daher erfüllt. Eine Anfrage beim Hersteller und der vom Hersteller gegebene Verweis auf das im Internet verfügbare Datenblatt habe ergeben, dass der relevante Originaltext für die Leuchte „ XXXX “ eine Blendungsbewertung von UGR XXXX aufweise. Eine erneute Nachfrage beim Hersteller habe ergeben, dass niemals ein Datenblatt mit einem UGR-Wert von XXXX existiert habe.

Zu Position 02110115 LED LB des Leistungsverzeichnisses seien Reinraumleuchten mit den Kriterien Lichtausbeute

XXXX lm/W und Lebensdauer XXXX h gefordert gewesen. Das von der Antragstellerin angebotene Produkt habe ursprünglich eine Lebensdauer XXXX h bzw. XXXX h und eine Lichtausbeute XXXX lm/W ausgewiesen. Mit der Stellungnahme vom 16.02.2021 habe die Antragstellerin ein Datenblatt für das angebotene Erzeugnis „ XXXX “ vorgelegt, das eine Lichtausbeute von XXXX lm/W und eine Lebensdauer XXXX h ausgewiesen habe. Eine Rückfrage beim Hersteller habe ergeben, dass diese Werte für das Erzeugnis nicht zutreffen würden und das Originaldatenblatt eine Lichtausbeute von nur XXXX lm/W und eine Lebensdauer von nur XXXX h ausweise. Am 23.03.2021 habe der zuständige Mitarbeiter des Herstellers XXXX telefonisch dem Vertreter der Auftraggeberin mitgeteilt, dass der XXXX der Antragstellerin ihn angerufen und ihn betreffend die oben genannten Positionen gebeten habe, ihm Datenblätter zu übermitteln, welche auf Wunsch auf den UGR-Wert XXXX (Positionen 02110110 und 02110111) bzw. auf die Lichtausbeute XXXX lm/W und die Lebensdauer XXXX h (Position 02110115) abgeändert worden seien. Eine solche Leuchte zu den Positionen 02110110 und 02110111 gebe es noch nicht, er habe jedoch das offizielle Datenblatt vor dem Hintergrund abgeändert, dass eine solche Leuchte in Entwicklung sei.

Zu Position 02111043 LED-EB Lichtkanal 4.000 mm bis 4.500 mm und 02111044 LED-EB Lichtkanal 5.000 mm bis 6.000 mm seien Lichtkanäle mit einem UGR-Wert XXXX gefordert gewesen. Die Antragstellerin habe das Erzeugnis XXXX angeboten und ein Datenblatt übermittelt, aus dem der UGR-Wert nicht ablesbar gewesen sei. Die Antragstellerin habe in der Stellungnahme vom 16.02.2021 erklärt, dass gemäß der Auskunft ihres Zulieferers der UGR-Wert XXXX erfüllt werden könne, denn bei Bestückung mittels mikrop Prismatischer Abdeckung könne der ansonsten gegebene UGR-Wert XXXX auf XXXX gesenkt werden. Die Überprüfung habe ergeben, dass für das genannte Produkt keine prismatischen Abdeckungen verfügbar seien, gleiches gelte für die Position 02111306 LED-Ringleuchte 1900. Auf Nachfrage beim Hersteller habe dieser bestätigt, dass die Produkte nicht mit einer mikrop Prismatischen Abdeckung, welche einen UGR XXXX erreiche, produziert werden könnten. Die Antragstellerin habe damit fahrlässig irreführende Informationen an die Auftraggeberin übermittelt, um die Zuschlagserteilung erheblich zu beeinflussen.

Zum Vorbehalt zum Angebotsschreiben führte die Auftraggeberin aus, dass die Antragstellerin mittels Formular zwar bestätigt habe, dass die ausgeschriebenen Erzeugnisse angeboten würden, für den Fall der Nichtgleichwertigkeit der angebotenen Erzeugnisse, jedoch habe die Antragstellerin in ihrem Begleitschreiben vom 20.12.2020 eine Einschränkung auf „wesentliche Abweichungen“ vorgenommen. Mit der Stellungnahme vom 16.02.2021 habe die Antragstellerin erneut zum Ausdruck gebracht, dass sie nur für den Fall der wesentlichen Abweichungen die ausgeschriebenen Erzeugnisse liefern werde, sodass die Antragstellerin ein von den Ausschreibungsbedingungen abweichendes Angebot abgegeben habe. Das Ausscheiden sei aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes geboten gewesen.

Die von der Antragstellerin angebotenen Erzeugnisse würden nicht die Gleichwertigkeitskriterien erfüllen. Zu Position 02110112 LED-Langfeldleuchte abgehängt sei ein UGR von XXXX und eine LED-Lebensdauer XXXX gefordert gewesen. Das übermittelte Datenblatt zum angebotenen Erzeugnis „ XXXX “ habe einen UGR-Wert XXXX aufgewiesen. Das in der Folge übermittelte Datenblatt betreffe die Leuchte „ XXXX , und weise einen UGR-Wert XXXX aber eine LED-Lebensdauer von XXXX auf, sodass das Erzeugnis bezüglich der LED-Lebensdauer nicht den Vorgaben für die Gleichwertigkeit entspreche. Die Antragstellerin habe auch nicht erklärt, dass sie das ausgeschriebene Erzeugnis liefern werde. Zu Position 05270107Z-PV Generator sei als Vorgabe XXXX Pa Schnee-Schwerlastmodul, XXXX Jahre Produktgarantie, XXXX Jahre Leistungsgarantie gefordert gewesen. Die Antragstellerin habe das Erzeugnis XXXX angeboten, welches nur über XXXX Jahre Produktgarantie, XXXX Jahre lineare Leistungsgarantie und XXXX höchste Belastungsfähigkeit bei geringem Modulgewicht verfüge. Die Antragstellerin habe nach Aufforderung damit argumentiert, dass die angegebenen XXXX Pa des Leitproduktes auf einem Flachdach selbst für das Leitprodukt nicht erreichbar seien. Das angebotene Erzeugnis sei für österreichische Schneelasten ausgelegt und geprüft worden. Richtig sei, dass die Produktgarantie und die Leistungsgarantie nicht den Vorgaben entsprechen würden, es sei jedoch zu hinterfragen, ob solch lange Garantien bei möglichen und jedenfalls nicht auszuschließenden Insolvenzen von PV-Firmen werthaltig seien. Es liege im Ermessen des Prüfers, ob diese Unterschiede in den Garantiebestimmungen tatsächlich wesentliche Kriterienabweichungen darstellen würden. Damit gestehe die Antragstellerin selbst zu, dass das angebotene Erzeugnis nicht den Gleichwertigkeitskriterien entspreche. Zudem bekräftige die Antragstellerin damit ihre zur Gleichwertigkeitsklausel im Begleitschreiben vom 20.12.2020 abgegebene Erklärung, wonach sie sich nur bei wesentlichen Abweichungen zur Lieferung des ausgeschriebenen Erzeugnisses verpflichtet habe.

Zur festgestellten nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führte die Auftraggeberin aus, dass bei der

Preisprüfung aufgefallen sei, dass das Angebot der Antragstellerin bei gleichartigen Leistungen in den Leistungsgruppen OG 02/LG 08, OG 02/LG 09, OG 02/LG 12, OG 02/LG 15, OG 04/LG 22 und OG 05/LG 27 nicht plausible bzw. nicht erklärbare niedrige Einzelpreise aufweise. Die enthaltenen Lohnanteile seien nicht erklärbar und auch betriebswirtschaftlich und erfahrungsgemäß nicht nachvollziehbar. Insbesondere ergebe sich aus den Vergleichen zu den Preisen der restlichen Bieter eine nicht plausible Preisbildung des Angebotes der Antragstellerin. Die Auftraggeberin habe die Kalkulationshilfe der XXXX verwendet. Die von der Antragstellerin bekanntgegebenen Bauzeiten lägen auch deutlich unter den Werten der Kalkulationshilfe. Bei bestimmten Preispositionen habe die Antragstellerin im Vergleich zu dem drittgerihten Bieter nur XXXX % der betriebswirtschaftlich erklärbaren Lohnkosten angesetzt. Aus den Aufstellungen ergebe sich, dass bei diesen Positionen der Lohnanteil um rund EUR XXXX niedriger sei als der betriebswirtschaftlich erklärbare Lohnanteil. Die Antragstellerin habe entweder nicht die kollektivvertraglichen Mindestlöhne oder nicht die für die sorgfältige Leistungserbringung erforderliche Bau-/Arbeitszeit angesetzt.

4. Mit Schriftsatz vom 13.04.2021 ersuchte die Antragstellerin um Übermittlung der im Schriftsatz der Auftraggeberin angeführten Beweismittel sowie um Fristerstreckung. Die Auftraggeberin verweise in der Stellungnahme auf mehrere Beweismittel, insbesondere auf schriftliche Auskünfte und einen Aktenvermerk, die den Straftatbestand einer Urkundenfälschung bzw. eines Betrugs nahelegen würden. Diese Beweismittel seien der Antragstellerin bislang nicht offengelegt worden.

5. Nach telefonischer Rücksprache mit der Vertreterin der Auftraggeberin am 15.04.2021 teilt diese mit, dass die Beilagen ./4, ./5, ./10 und ./11 der OZ 6 an die Antragstellerin übermittelt werden könnten, nicht aber die Beilage ./6. Am 15.04.2021 wurden die genannten Beilagen der Antragstellerin übermittelt und die Frist erstreckt.

6. Am 16.04.2021 wiederholte die Antragstellerin ihren Antrag auf Akteneinsicht und Übermittlung der fehlenden Beweismittel (Beilagen ./1 bis ./3, ./6 bis ./9 und ./12 bis ./14). Am 15.04.2021 habe die Antragstellerin lediglich vier Beilagen (4, 5, 10 und 11) des Schriftsatzes der Auftraggeberin erhalten. Insgesamt stütze die Auftraggeberin ihr Vorbringen gegen die Antragstellerin auf 14 Beilagen, womit für die Antragstellerin weitere zehn Beilagen unbekannt seien. Der VfGH habe diesbezüglich bereits entschieden, dass es nicht einer Partei überlassen werden dürfe, welche von ihr vorgelegten Unterlagen einer Geheimhaltung unterliegen würden. Bereits auf den ersten Blick seien zumindest die unbekanntenen Beweismittel Beilage ./5 und ./6 wesentlich für das Verfahren, weil mit diesen der Vorwurf einer Verfälschung von Datenblättern gegen den XXXX der Antragstellerin begründet werde. Eine Beschränkung der Akteneinsicht sei lediglich im gesetzlichen Umfang zulässig. Aufgrund des Vorbringens zu den nicht offengelegten Urkunden sei weder ein Betriebsgeheimnis noch ein begründetes Allgemeininteresse zu vermuten.

7. Nach erneuter Rücksprache mit der Vertreterin der Auftraggeberin wurde die Beilage ./6 am 21.04.2021 der Antragstellerin übermittelt und die Frist erstreckt.

8. Mit Schriftsatz vom 22.04.2021 teilte die Antragstellerin mit, dass hinsichtlich der übermittelten Beilage ./6 umfassende Recherchen über den Hergang und den Gesprächsinhalt erforderlich seien. Aufgrund der COVID-Maßnahmen sei eine rasche Erörterung mit den erforderlichen Personen in der Kürze noch nicht möglich gewesen. Die Antragstellerin ersuche daher höflich, die Frist zur Replik auf die Stellungnahme der Auftraggeberin auf Montag, den 26.04.2021, 12:00 Uhr, zu verlängern.

9. Mit Schriftsatz vom 26.04.2021 replizierte die Antragstellerin und führte zum Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs 1 Z 10 BVergG aus, dass weder aus der Ausscheidensentscheidung vom 16.03.2021 noch aus dem Vorbringen in der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 07.04.2021 ein konkreter Vorwurf über die „Erteilung von Auskünften betreffend die Eignung“ erkennbar sei. Im Ergebnis sei daher ein Ausschluss der Antragstellerin vom Vergabeverfahren gemäß § 78 Abs 1 Z 10 BVergG nicht zu begründen.

Zu Punkt 1 und 2 der Stellungnahme der Auftraggeberin (Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs 1 Z 11 lit c BVergG) behaupte die Auftraggeberin, dass die Antragstellerin verfälschte Datenblätter des Herstellers XXXX für die Erzeugnisse XXXX und XXXX beigebracht hätte. Als Beweis dafür sei eine Telefonnotiz über ein Gespräch zwischen dem Rechtsvertreter der Auftraggeberin und XXXX, vorgelegt worden, wonach ihn der XXXX der Antragstellerin um eine Änderung der gegenständlichen Datenblätter ersucht habe, damit diese den Vorgaben der Ausschreibung entsprechen würden. Diese Behauptung sei eine Unterstellung und unrichtig.

Aus dem internen E-Mail-Verlauf der XXXX zwischen deren Mitarbeitern, XXXX und XXXX, ergebe sich folgender

Hergang: Am Montag, den 15.02.2021, 10:20 Uhr, habe sich XXXX an XXXX mit dem Ersuchen um Hilfe und Rückruf gewendet. Am Montag, den 15.02.2021, 13:25:41 Uhr, sei das Datenblatt von XXXX und am Montag, den 15.02.2021, 13:45:55 Uhr jenes von XXXX mittels der Software XXXX abgeändert worden. Am Montag, den 15.02.2021, 13:47 Uhr, seien die veränderten Datenblätter von XXXX an XXXX mit dem Beisatz „Anbei die Datenblätter laut deinen Vorgaben“ übermittelt worden. Am Dienstag, den 16.02.2021, 08:28 Uhr, seien die Datenblätter sodann von XXXX an den XXXX der Antragstellerin übermittelt worden. Der XXXX der Antragstellerin habe die Datenblätter unverändert im Zuge der dritten Aufklärung am Mittwoch, den 17.02.2021, 12:22 Uhr, der Auftraggeberin übermittelt.

Herr XXXX habe gegenüber dem Vertreter der Antragstellerin bestätigt, dass er in einem Telefonat mit der ausschreibenden Stelle nicht behauptet habe, der XXXX der Antragstellerin hätte die Abänderung der Datenblätter gewünscht oder gar beauftragt. Zusammenfassend seien die Datenblätter vom Hersteller selbst abgeändert worden. Der Hersteller habe damit erklärt, dass die Produkte entsprechend den geänderten Kennzahlen und damit ausschreibungskonform hergestellt werden könnten. Zum Beweis hierfür werde ausdrücklich die Einvernahme des Zeugen XXXX beantragt.

Zu Punkt 3 der Stellungnahme der Auftraggeberin (Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs 1 Z 11 lit c BVergG) führte die Antragstellerin aus, dass die Auftraggeberin geltend mache, dass die Antragstellerin für die Positionen XXXX alternative Erzeugnisse angeboten hätte, welche nicht den geforderten UGR-Wert von XXXX (Unified Glare Rating = Blendwert) aufweisen würden. Es sei zutreffend, dass die Antragstellerin für diese unechten Bieterlücken Erzeugnisse des Herstellers XXXX angeboten habe. Der Antragstellerin sei bekannt, dass zB die XXXX .auftragsbezogen mikroprismatische Abdeckungen für LED-Leuchten von Drittherstellern erzeugen würden und damit spezifische Blendwerte für Standardprodukte erreicht werden könnten. Daher habe die Antragstellerin erklärt, dass der UGR-Wert XXXX möglich sei und bei Bestückung mittels mikroprismatischer Abdeckung erreicht werde. Einen Nachweis der XXXX über die konkrete Lieferung einer geeigneten mikroprismatischen Abdeckung für das alternative Erzeugnis habe in der Kürze nicht beigebracht werden können. Wenn die Antragstellerin ausschreibungskonform auf die Möglichkeit einer mikroprismatischen Abdeckung hinweise, könne eine „irreführende Information“ gemäß § 78 Abs 1 Z 11 lit c BVergG nicht vorliegen.

Im Zuge der nachfolgenden technischen Angebotsprüfung habe die Auftraggeberin beim Hersteller XXXX die Auskunft erhalten, dass dieser keine mikroprismatischen Abdeckungen liefern könne, mit welchen ein UGR-Wert XXXX erreicht werden könne. Ob spezialisierte Drittanbieter derartige mikroprismatische Abdeckungen herstellen könnten, sei offenkundig nicht geprüft worden. Der Antragstellerin könne allenfalls der Vorwurf gemacht werden, dass sie in der Kürze der Aufklärungsfrist die Gleichwertigkeit der Erzeugnisse des Herstellers XXXX nicht durch eine Urkunde eines Dritten nachgewiesen habe.

Die Antragstellerin habe nicht mittels fahrlässiger irreführender Informationen den Zuschlag erheblich beeinflussen wollen, zumal die Auskunft der Antragstellerin – ohne entsprechenden Nachweis eines Herstellers – gar nicht geeignet gewesen sei, einen Einfluss auf die Zuschlagserteilung zu entfalten (EuGH 04.05.2017 Rs C-387/14 esaprojekt, Rz 78). Würde man der Auftraggeberin aber dennoch folgen, so wäre dem 74. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU und dem Art 43 Abs 1 letzter Satz bzw Art 44 Abs 2 leg cit der Boden entzogen; die Entscheidung der Auftraggeberin stehe insofern im Widerspruch mit der RL 2014/24/EU. Außerdem sehe § 125 Abs 7 BVergG gerade für den Fall von Bieterlücken die Möglichkeit vor, dass bei einem nicht gleichwertigen Erzeugnis das Leitprodukt zu liefern sei. Ein nicht gleichwertiges Erzeugnis stelle daher ex lege keine „irreführende Information“ dar, sondern verpflichte zur Lieferung des Leitproduktes. Eine Irreführung sei somit faktisch gar nicht möglich gewesen.

Die Auftraggeberin habe bis jetzt keinen konkreten Tatbestand angegeben, welcher nach ihrer Ansicht die Ausscheidensentscheidung begründen solle. Die Auftraggeberin behaupte, dass die Antragstellerin nicht erklärbare niedrige Positionspreise angeboten hätte und eine nicht plausible Preisbildung des Angebots vorliege. Ergänzend werde vorgebracht, dass die Antragstellerin auf langjährig beschäftigtes Personal zurückgreife und daher ihre Kalkulation auf begründeten innerbetrieblichen Erfahrungsansätzen beruhe. Es handle sich um Standardpositionen, welche sich anhand von bereits abgeschlossenen Aufträgen kalkulieren lassen würden und nur mehr an die speziellen Gegebenheiten der zukünftigen Baustelle angepasst werden müssten. Dagegen seien die von der Auftraggeberin zur Ausscheidensentscheidung herangezogenen „Kalkulationshilfen“ wenig plausibel. Es gehe aus diesen „Kalkulationshilfen“ auch nicht hervor, ob diese auf kleinvolumigen Aufträgen oder großflächigen Bürobauten, Industriebauten, Sanierungen oder Neubauten etc beruhen würden. Die „Kalkulationshilfen“ würden in keinem

Zusammenhang mit der ausgeschriebenen Leistung stehen. Die Begründung sei daher nicht ausreichend, um die Ausscheidensentscheidung zu tragen.

Im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung zum objektiven Erklärungswert des Begleitschreibens werde ergänzend vorgebracht, dass im Leistungsverzeichnis als Teil der bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen unechte Bieterlücken vorgegeben gewesen seien. In jeder dieser Positionen habe die Auftraggeberin ein beispielhaftes Leitprodukt genannt und dem Bieter unter Einhaltung bestimmter Gleichwertigkeitskriterien die Möglichkeit überlassen, ein gleichwertiges Alternativprodukt anzubieten. Es werde erneut auf die Erklärung im Formular „Angebotsschreiben, Teil C, Seite 2“ verwiesen. Die Antragstellerin verwende in Vergabeverfahren für die Erklärung gemäß § 125 Abs 7 BVergG (früher § 106 Abs 7 BVergG 2006) nachweislich stets seit dem Jahr 2015 die Formulierung im Begleitschreiben des gegenständlichen Verfahrens. Zum Beweis dafür lege die Antragstellerin 13 gleichlautende Bietererklärungen im Zeitraum der letzten sechs Jahre vor. In jedem der vertraulich genannten Vergabeverfahren sei die standardisierte Bietererklärung von den Auftraggeberinnen durchwegs so verstanden worden, dass im Falle einer Nicht-Gleichwertigkeit eines alternativen Erzeugnisses das vorgegebene Leitprodukt geliefert werde. Wenn also andere (institutionelle) öffentliche Auftraggeber im Zuge der Angebotsprüfung mehrfach eine gängige Erklärung gemäß § 125 Abs 7 BVergG erkannt hätten, entspreche dies auch dem objektiven Erklärungswert. Die anderslautende „Allein-Meinung“ der Auftraggeberin könne damit nicht auf einem objektiven Erklärungswert gründen. Die Auftraggeberin habe im konkreten Fall eine Interpretation in unvertretbarer Weise vorgenommen.

Es wurden weitere Anträge auf Zeugeneinvernahmen gestellt.

10. Mit Schriftsatz 28.04.2021 übermittelte die Antragstellerin eine eidesstattliche Erklärung von Herrn XXXX vom 27.04.2021 zum Nachweis dafür, dass der Ausschlussstatbestand gemäß § 78 Abs. 1 Z 11 lit c BVergG nicht vorliege. Die Datenblätter seien somit nicht auf Wunsch des XXXX der Antragstellerin abgeändert worden. Eine solche Aussage sei nie getätigt worden, weshalb der Inhalt des Beweismittels Beilage ./6 der Auftraggeberin unrichtig sei.

11. Mit Schriftsatz vom 29.04.2021 replizierte die Auftraggeberin und führte hinsichtlich der verfälschten Produktdatenblätter aus, dass die von der Antragstellerin zu den Positionen 02.11.0110 bis 02.11.0112 angebotenen Produkte weder zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch heute den UGR-Wert XXXX erfüllen würden. Die Behauptung des XXXX der Antragstellerin XXXX, dass das ursprünglich übermittelte Datenblatt anstelle einer rechteckigen eine quadratische Leuchte betroffen habe, sei vorsätzlich wahrheitswidrig erfolgt. Sowohl das ursprüngliche, als auch das „neue“ (verfälschte) Datenblatt würden ein und dieselbe rechteckige Leuchte betreffen. Das Datenblatt sei über seine Veranlassung verfälscht worden. Der XXXX der Antragstellerin hätte offenlegen müssen, dass der Hersteller über seine Veranlassung im Datenblatt den UGR-Wert geändert habe. Zumindest hätte XXXX auffallen müssen, dass eine Verfälschung erfolgt sei. Die Antragstellerin habe es zu vertreten, dass ihr Erfüllungsgehilfe verfälschte, unrichtige und irreführende Informationen zur Verfügung gestellt habe. Auch hinsichtlich der Position 02.11.1306 LED-Ringleuchte 1900 habe XXXX wahrheitswidrige Behauptungen aufgestellt, womit er den falschen Eindruck erweckt habe, dass der Hersteller die Ringleuchte optional mit Opalabdeckung oder Mikroprismenabdeckung ausstatte und sohin diese Ringleuchte das Erzeugnis eines einzigen Herstellers sei. XXXX hätte offenlegen müssen, dass er beabsichtige die vom Hersteller erzeugte Leuchte so umzubauen, dass die Originalabdeckung durch die von einem XXXX Hersteller von Leuchtenabdeckungen hergestellte Abdeckung ersetzt werde. Weder der Leuchtenlieferant noch der XXXX Hersteller hätten der Antragstellerin jemals die Auskunft erteilt, dass die Leuchte einen UGR-Wert von XXXX erfülle. Eine solche Auskunftserteilung habe die Antragstellerin nicht nachgewiesen.

12. In der mündlichen Verhandlung am 30.04.2021 führte die Antragstellerin hinsichtlich der Position 02.11.1306 LED-Ringleuchte aus, dass seitens des Herstellers sehr wohl und nachweislich ein UGR-Wert bei Mikroprismenabdeckung von XXXX bekanntgegeben worden sei. Der Hersteller XXXX stelle zudem gar keine Ringleuchte her, sodass das Vorbringen in der letzten Stellungnahme der Auftraggeberin hinsichtlich dieser Ausführungen unrichtig sei. Die Antragstellerin habe als alternatives Erzeugnis Produkte des Herstellers XXXX angeboten. Die Auftraggeberin entgegnete, dass auch das Datenblatt dieses Produktes nicht den geforderten UGR-Wert von XXXX aufweise.

Die Antragstellerin verwies auf diverse Stellen im Prüfbericht der Auftraggeberin, worin die Eurobeträge nicht mit den Beträgen des tatsächlichen Angebotes übereinstimmen würden. Beispielsweise sei bei Position, OG 2/LG 15 im Prüfbericht der Eurobetrag des Angebots in Höhe von XXXX angegeben. Auf S. 76 des Kurzleistungsverzeichnisses

werde diese Leistungsgruppe von der Antragstellerin mit EUR XXXX angeboten. Die Differenz von nahezu EUR XXXX sei nicht erklärlich. Noch gravierender sei die Differenz in der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 07.04.2021, wo angeführt worden sei, dass die Antragstellerin für die Position OG 02/LG 08 einen Lohnanteil vom EUR XXXX angeboten hätte, tatsächlich habe die Antragstellerin EUR XXXX hierfür angeboten. Zu den aufgezeigten Differenzen gab die Auftraggeberin an, dass diese Abweichungen für die im Gegenstand zu lösenden Rechtsfragen nicht entscheidend seien. Die Lohnanteile seien nur für die als wesentlich gekennzeichneten Positionen und als Auszug im Schriftsatz festgehalten worden. Die Antragstellerin führte weiters aus, dass der Bericht der Angebotsprüfung objektiv nachvollziehbar sein müsse, anderenfalls sei die Angebotsprüfung nicht abgeschlossen und eine darauf beruhende Entscheidung rechtswidrig. Die Auftraggeberin führte diesbezüglich aus, dass die erste Tabelle (Rohr- und Tragsysteme) nur die wesentlichen Positionen betreffe. Die zweite Tabelle OG 2, Sicherheitsbeleuchtung, betreffe die Summe der Lohnanteile der wesentlichen Positionen der gesamten OG 2. Die nächste Tabelle OG 5/LG 27 betreffe die Summe der wesentlichen Positionen der gesamten OG 5. Die Tabelle zu OG 05/LG 27 – Stromerzeugungsanlagen – betreffe korrekterweise den Lohnanteil sämtlicher wesentlicher Positionen des LV. Die Auftraggeberin korrigierte, dass bei der zweiten Tabelle die Überschrift richtig lauten sollte: „OG 02 – wesentliche Positionen“, die Überschrift der dritten Tabelle sollte lauten: „Gesamtes LV – wesentliche Positionen“. Auf S. 13 des Schriftsatzes vom 07.04.2021 sollte die Überschrift der ersten Tabelle lauten: „OG 02, LG 08 – nur wesentliche Positionen“, die Überschrift Tabelle 2: „OG 02 LG 09 – nur wesentliche Positionen“, die Überschrift der dritten Tabelle: „Gesamte OG 02 – nur wesentliche Positionen“ und die Überschrift der vierten Tabelle: „Gesamtes LV – nur wesentliche Positionen“. Der Preisspiegel beruhe auf den Erfahrungen des Prüfers und seien die Preise der Antragstellerin mit jenen der Mitbewerber verglichen worden. Bei der Kalkulationshilfe handle es sich um ein Regelwerk der Techniker. Die Angebotsprüfung sei durch die XXXX, konkret von XXXX, erfolgt.

Die Antragstellerin monierte, dass das nunmehr geänderte Vorbringen nicht mehr zum Angebotsprüfbericht passe. Das Angebot der Antragstellerin sei in nicht nachvollziehbarer Weise mit irgendeinem Angebot, nicht mit jenen der zweit- und drittgerihten Bietern, verglichen worden. Die Auftraggeberin gab an, dass die Preise positionsweise verglichen worden seien.

Die Auftraggeberin brachte ergänzend vor, dass nach erneuter Rücksprache mit XXXX von der Firma XXXX bestätigt worden sei, dass es entgegen den Bestätigungen von XXXX, beim Produkt XXXX keinen UGR-Wert XXXX gebe. Es gebe lediglich einen neuen Typ des Produktes XXXX, welcher die Anforderungen erfülle. Die Antragstellerin verwies diesbezüglich erneut auf die abgegebene Erklärung gemäß § 125 Abs. 7 BVergG und auf ihre Ausführungen zum Begriff „wesentlich“. Das Bundesvergabegesetz spreche von „maßgeblichen Kriterien“, sodass unter Heranziehung der allgemeinen Wortbegrifflichkeit des DUDEN, das gesetzmäßige „maßgeblich“, exakt der allgemeinen Begrifflichkeit des DUDEN für den von der Antragstellerin verwendeten Ausdruck „wesentlich“ entspreche. Die Antragstellerin unterscheide nicht zwischen wesentlichen oder unwesentlichen Abweichungen. Zudem habe sie explizit erklärt, dass für den Fall der Nichtgleichwertigkeit der angebotenen Produkte die ausgeschriebenen Erzeugnisse als angeboten gelten würden. Die Auftraggeberin führte aus, dass die Klausel des § 125 Abs. 7 BVergG eine Erklärungsvermutung des Bieters aufstelle, dieser Erklärungsvermutung habe die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 16.02.2021 widersprochen, indem sie angebotene Erzeugnisse für gleichwertig erklärt habe, trotz Vorhalt der Nichtgleichwertigkeit, das betreffe insbesondere die Position 12, „PV-Generator“ (Position 05270107Z). Die Antragstellerin entgegnete, dass der Gesetzgeber in den erläuternden Bemerkungen zu § 125 Abs. 7 BVergG nicht von einer Erklärungsvermutung spreche. Die Erklärung sei damit ebenso wie das Angebot bzw. als Inhalt des Angebotes, verbindlich. Ein Abweichen von derartigen Erklärungen nach Angebotsöffnung würde zum Ausscheiden führen, weshalb die Antragstellerin auch in keinster Weise eine solche Änderung vorgenommen habe. Es liege im Ermessen des Angebotsprüfers, ob ein Produkt als Gleichwertigkeit anzusehen sei. Wenn dieser zum Ergebnis komme, dass das alternative Erzeugnis nicht gleichwertig sei, habe die Antragstellerin gemäß § 125 BVergG erklärt, das Leitprodukt zu liefern. Unter „wesentlichen Kriterienabweichungen“ verstehe die Antragstellerin jedes Abweichen von den Vorgaben der Auftraggeberin.

Hinsichtlich der Datenblätter verwies die Antragstellerin auf die Angaben der Hersteller. Die Informationen zu den Positionen 02111043 und 02111044 seien vom XXXX Hersteller gekommen. Dieser stelle jedoch selbst keine Leuchten, sondern nur die Abdeckungen her.

Festgestellt wurde im Rahmen der mündlichen Verhandlung, dass ein seitens der vorsitzenden Richterin nach einer

Internetrecherche ausgedrucktes Datenblatt betreffend: XXXX von XXXX , unter Leuchtentyp: „quadratische LED-Einbauleuchte“ ausweist. Eine in der Verhandlung vorgenommene Internetrecherche ergab für diese Leuchte ein Datenblatt, bei dem ein rechteckiger Leuchtentyp ausgewiesen wird. Bei beiden Datenblättern wird die gleiche Seriennummer XXXX dargestellt. Die Auftraggeberin verwies darauf, dass in beiden Datenblättern ein UGR-Wert „XXXX“ ausgewiesen werde.

Hinsichtlich der geänderten Datenblätter führte der XXXX der Antragstellerin aus, dass er mit Herrn XXXX hauptsächlich über die UG-Werte und die verbesserte Effizienz gesprochen habe. Er gab explizit an, Herrn XXXX nicht um die Abänderung der Datenblätter gebeten zu haben. Herr XXXX habe ihm mitgeteilt, dass er die Angelegenheit mit dem Werk abklären werde, ob die Vorgaben erreichbar seien. Gegebenenfalls werde er dann die Datenblätter übermitteln. Nach Erhalt der geänderten Datenblätter habe die Antragstellerin auf die Angaben des Erzeugers vertraut sowie darauf, dass diese Leuchten auch aktuell verfügbar seien. Die Technik im LED-Bereich ändere sich sehr schnell.

Die Auftraggeberin beantragte die zeugenschaftliche Einvernahme von Herrn XXXX . Die Verhandlung wurde vertagt.

13. Mit Schriftsatz vom 11.05.2021 übermittelte die Auftraggeberin diverse Unterlagen darunter die berichtigten Seiten 10 und 13 der Stellungnahme vom 07.04.2021. Die Auftraggeberin ziehe ihr Vorbringen zu Pkt. 5 der Eingabe vom 29.04.2021 (Stellungnahme zur Replik der Antragstellerin) zurück, zumal diesbezüglich ein Irrtum unterlaufen sei. Die irreführende Vorgangsweise der Antragstellerin betreffe das Produkt XXXX . Die Auskunft des XXXX der Antragstellerin zu genanntem Produkt sei irreführend im Sinne des § 78 Abs. 1 Z 11 lit c BVergG 2018, da er den Eindruck erweckt habe, dass das Produkt vom Erzeuger auch mit mikroprismatischer Abdeckung geliefert werde. Die Antragstellerin hätte offenlegen müssen, dass sie beabsichtige für den in XXXX erzeugten Lichtkanal eine mikroprismatische Abdeckung von einem XXXX Hersteller zu kaufen und einen, aus beiden Erzeugnissen zusammengesetzten Lichtkanal zu liefern.

Weiters übermittelte die Auftraggeberin einen Auszug aus der von der XXXX herausgegebenen Kalkulationshilfe. Weiters könne der Zeuge XXXX aus eigener Erfahrung bestätigen, dass mit den von der Antragstellerin angegebenen Montagezeiten nicht das Auslangen gefunden werden könne. Er habe die Lehre und die Meisterprüfung im Fachbereich Elektroinstallationen erfolgreich abgeschlossen. Er sei 8 Jahre lang in der Montage tätig gewesen.

14. Am 12.05.2021 wurde die mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht fortgesetzt. Die Antragstellerin replizierte auf die Urkundenvorlage der Auftraggeberin vom 11.05.2021 und führte aus, dass Lichtkanäle per se nicht von einem Produzenten vollständig hergestellt würden. Auch der Hersteller XXXX verwende z.B. Vorschaltgeräte anderer Hersteller in seinen Produkten. Es sei weiters unrichtig, dass die Antragstellerin für die Position 0090604C eine Montagedauer von XXXX je Laufmeter angeboten hätte. Die Antragstellerin habe XXXX für die Verlegung von XXXX Meter Panzerrohr verrechnet, was sich aus der dritten Aufklärung vom 03.02.2020 ergebe. Die Antragstellerin habe für die Position 090604F nicht eine Montagedauer von XXXX je Laufmeter angeboten, sondern richtigerweise XXXX für die Verlegung von XXXX Meter Panzerrohr kalkuliert. Das neue Vorbringen der Auftraggeberin widerspreche abermals den Angebotspreisen der Antragstellerin. Die Abweichungen seien nicht nachvollziehbar. Die vorgelegte Kalkulationshilfe stehe in keinem Zusammenhang mit dem konkreten Vorbringen. Ein Rückgriff auf derartige allgemeine Kalkulationshilfen entspreche nicht den gesetzlichen Erfordernissen. Es sei auch nicht erkennbar, auf welcher Kalkulationsgrundlagen die erwähnten Bauzeiten beruhen würden, weiters wären maximale Kalkulationswerte wiedergegeben. Die Antragstellerin habe die Bauzeiten anhand vergleichbarer Bauvorhaben, wie z.B. XXXX kalkuliert. Im gegenständlichen offenen Verfahren im freien Wettbewerb sei ein Vergleich mit Maximalwerten fehl am Platz.

Die Auftraggeberin führte aus, dass das Vorbringen unrichtig sei. Der Ausstatter XXXX liefere sehr wohl für die von ihm hergestellten Lichtkanäle die Abdeckungen, er liefere allerdings nicht die mikroprismatischen Abdeckungen. Die Berechnungen seien richtig. Es handle sich auch nicht um Maximalbauzeiten.

Der XXXX der Antragstellerin führte aus, dass er Herrn XXXX das E-Mail betreffend die in Frage gestellten Gleichwertigkeiten übermittelt habe, dieser habe ihm mitgeteilt, dass er sich darum kümmern werde. Nachdem Herr XXXX die neuen Datenblätter übermittelt habe, sei nicht darüber gesprochen worden, weshalb andere Daten im Datenblatt aufscheinen würden. Sie hätten erst am 25.03.2021 darüber gesprochen, dass es sich um ein Produkt-

Update handle. Betreffend die Positionen 02111043 und 02111044 habe es keinen direkten Kontakt mit der Firma XXXX gegeben. Die Antragstellerin wisse jedoch von der Firma XXXX dass der UGR Wert XXXX bei mikrop Prismatischen Abdeckung erreicht werden könne.

Die Antragstellerin führte ergänzend aus, dass die Auftraggeberin offenbar erst mit Anfang Mai 2021 die Angebotsprüfung vervollständigt habe und zu einem anderen Ergebnis gekommen sei, wonach die Gleichwertigkeit, insbesondere hinsichtlich der UGR-Werte, nicht nachgewiesen wäre. In diesem Fall sei gemäß § 125 Abs. 7 letzter Satz BVergG vorzugehen. Im Übrigen könne aus den neuerlich vorgelegten Unterlagen nicht abgeleitet werden, dass die Auftraggeberin irreführende Informationen erteilt hätte und im Sinne des § 78 Z 11 BVergG vorzugehen wäre.

Der Zeuge XXXX führte zusammengefasst aus, dass er im Namen der Auftraggeberin eine Anfrage an den Hersteller in XXXX gerichtet habe. Herr XXXX habe ihm telefonisch mitgeteilt, dass sie die Änderungen im Datenblatt durchgeführt hätten, da es der XXXX der Antragstellerin so gewollt habe, es werde etwa 3-6 Monaten dauern, bis es diese Produkte gebe, da sie in der Entwicklung seien. Den Aktenvermerk betreffend das Gespräch habe der Zeuge etwa eine halbe Stunde nach dem Telefonat verfasst.

Der Zeuge XXXX , Angestellter bei der XXXX , gab zusammengefasst an, dass es keine direkte Geschäftsbeziehung zwischen XXXX und der Antragstellerin gebe. Beim Telefonat am Montag, 16.02.2021, mit der Antragstellerin (Herrn XXXX) habe er mitgeteilt, dass die Leuchten gemäß den Anforderungen gebaut werden könnten. In der Sonderfertigungsabteilung könnten Leuchten auf Kundenwunsch in den Abmessungen und den technischen Bereichen abgeändert werden. Der Zeuge habe die bestehenden Datenblätter mit jenen Daten, die die Antragstellerin angefragt habe, geändert. Das Produkt XXXX sei mittlerweile, mit den von der Antragstellerin geforderten Daten, am Markt erhältlich und sei bestell- und lieferbar. Im Anschluss an das Gespräch, habe der Zeuge mit der zuständigen Abteilung telefoniert und habe die Rückmeldung erhalten, dass die Änderungen machbar seien. Er habe den Kollegen anschließend gebeten, die Datenblätter zu ändern. Was in den Datenblättern ausgewiesen sei, könne die Firma XXXX herstellen und liefern. Herr XXXX habe den Zeugen dezidiert nicht darum gebeten, ein Datenblatt zu ändern, sondern es sei die Entscheidung des Zeugen selbst gewesen, zumal es in der Kürze nicht möglich gewesen sei, ein abgeändertes Datenblatt von der Sonderanfertigung zu bekommen. Die Datenblätter der Sonderanfertigungen seien nicht öffentlich zugänglich. Der Vorgang betreffend die Anfrage der Antragstellerin betreffend Abweichungen von einem Standardprodukt sei kein besonderer Fall, sondern eine übliche Vorgehensweise. Im Falle einer Sonderanfertigung werde immer versucht, eine Basisleuchte abzuändern. Das heißt, es komme zum Angebot und zu einem Musterbau der betreffenden Leuchte, welche dem Architekten/Planer/Endverbraucher zur Verfügung gestellt werde. Dann wenn alles abgeklärt sei, gehe man in die Produktion. Der Zeuge übernehme für die Zusicherung einer Sonderanfertigung auch die Verantwortung. Gegenüber Herrn XXXX habe der Zeuge klar zum Ausdruck gebracht, dass er den Vorschlag der Sonderfertigung gemacht habe. Er habe nicht gesagt, dass ihn die Antragstellerin um die Anpassungen gebeten habe. Die Datenblätter seien ausdrücklich nicht gefälscht, sondern angepasst worden. Bei der Leuchte XXXX sei unterdessen die dritte Generation (bezeichnet mit G3) verfügbar, die zweite Generation sei ein Auslaufmodell. Bei der Leuchte XXXX gebe es noch keine neue Generation. Sonderanfertigungen würden nach der Produktion im Datenblatt mit dem Kürzel „SOF“ versehen. Aufgrund der kurzen Zeit sei dieser Vorgang in diesem Fall nicht möglich gewesen.

Die Antragstellerin führte über Befragen weiters aus, dass sie insofern, als sie mit Schreiben vom 16.02.2021 auf das Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin geantwortet und mit diesem Schreiben die angepassten Datenblätter vorgelegt habe, kein nachträgliches, abgeändertes Angebot gelegt habe. Es handle sich nur um die Aufklärung zu den Bieterlücken. Die angepassten Datenblätter seien nachgereicht worden, um die Gleichwertigkeitskriterien näher zu spezifizieren. In der Bieterlücke selbst seien keine Daten anzugeben gewesen, sondern sei lediglich das Produkt selbst anzuführen. Die ursprünglichen Datenblätter würden ebenfalls vom Hersteller stammen, allerdings handle es sich dabei um die Standardprodukte, welche eben nicht durch Sonderanfertigung an die Erfordernisse der Ausschreibung angepasst seien. Vor Angebotslegung sei von der Firma XXXX ein Angebot unter Vorlage des Leistungsverzeichnisses eingeholt worden. Es sei naheliegend, dass die Frage der Angebotsänderung auftauche. Wenn die Auftraggeberin aber bereits im ersten Schritt die Nichtgleichwertigkeit festgestellt hätte, wäre eine Aufklärung nicht mehr erforderlich gewesen und nach vergaberechtlichen Grundsätzen auch nicht tunlich. Es hätte das Leitprodukt gezogen werden müssen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen, der bezugnehmenden Beilagen, der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Wirtschaftskammer Salzburg (= Auftraggeberin) schrieb im November 2020 die gegenständliche Leistung unter der Bezeichnung „Wirtschaftskammer Salzburg – Elektroinstallationen – Neubau Tourismusschulen Salzburg-Klessheim“ in einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Den Leistungsgegenstand bildet die Herstellung der Elektroinstallationen für das Bauvorhaben Neubau Tourismusschulen Salzburg-Klessheim.

Die Ausschreibung blieb unangefochten.

Die Ausschreibungsunterlagen lauten auszugsweise wie folgt:

Teil A - ALLGEMEINE INFORMATION UND AUSSCHREIBUNGSBEDINGUNGEN:

„[...]“

12. Gleichwertigkeit von Produkten und Erzeugnissen:

Der AG kann die Gleichwertigkeit der vom Bieter im Verzeichnis der Bieterlücken angegebenen Produkte/Erzeugnisse vor Zuschlagserteilung prüfen. Wenn der AG vor Zuschlagserteilung die Gleichwertigkeit der in den Bieterlücken angegebenen Erzeugnisse prüft, hat der Bieter die Nachweise der Gleichwertigkeit innerhalb von 5 Werktagen vorzulegen. Die Nachweise der Gleichwertigkeit sind auf geeignete Weise wie z.B. Produktdatenblätter, Prospekte undgl und soweit tunlich auch durch Bemusterung beizubringen. Ergibt die Prüfung des AG keine Gleichwertigkeit des angebotenen Erzeugnisses und hat der Bieter im Angebotsschreiben nicht angegeben, dass – für den Fall, dass die Prüfung der Gleichwertigkeit durch den AG keine Gleichwertigkeit ergibt – das ausgeschriebene Erzeugnis als angeboten gilt (§ 125 Abs. 7 BVergG 2018), so wird das Angebot ausgeschieden. Wenn der AG die Gleichwertigkeit der Erzeugnisse vor Zuschlagserteilung nicht prüft, so gelten die im Werkvertrag Pkt. XIII. vorgesehenen Bestimmungen.

[...]“

TEIL B AUSSCHREIBUNGS-LEISTUNGSVERZEICHNIS:

Position 02 110110 Z:

„LED Langfeldleuchte EB

LED Deckeneinbauleuchte

Modulare LED Deckeneinbauleuchte mit Linsenoptik.

Gesamtleistung: 36,8 W, DALI steuerbare Leuchte (DALI only) mit LED-Konverter,

LED-Lebensdauer 50000 h bis zu einem Lichtstromrückgang auf 85 % des Anfangswertes.

Farborttoleranz (initial MacAdam): 3. Leuchten Lichtstrom: 4980 lm, Leuchten Lichtausbeute: XXXX lm/W.

Farbwiedergabe Ra > 80, Farbtemperatur 4000 K. Symmetrisch breit abstrahlende Leuchte. Lichtlenkung über quadratische Linsenoptik entblendete Lichtverteilung mit UGR XXXX und L65 < 1000 cd/m² gemäß EN 12464:2011, geringe Schmutzempfindlichkeit und einfache Reinigung, flaches Leuchtengehäuse aus Stahlblech lackiert in weiß,

Installation als nivellierbare Leuchte für gesägte Deckenöffnungen und Moduldecken mit verdecktem oder sichtbaren Trägersystem, Leuchte halogenfrei verdrahtet

Abmessungen: 1248 x 310 x 74 mm

kplt. fertig montiert und angeschlossen inkl. aller Klein- und Befestigungsmaterialien

wie z.B Fabrikat Zumtobel Mirel EVO NIV LED 4980m

Fabrikat:

Typ:“

Position 02 110111 Z:

„LED Langfeldleuchte - Einlege

Modulare LED Deckeneinbauleuchte mit Linsenoptik.

Leuchten Leistung: 36,8 W, DALI steuerbare Leuchte (DALI only) mit LED-Konverter; LED-Lebensdauer 50000 h bis zu einem Lichtstromrückgang auf 85 % des Anfangswertes.

Farbtoleranz (initial MacAdam): 3. Leuchten Lichtstrom: 4980 lm, Leuchten Lichtausbeute: XXXX lm/W.

Farbwiedergabe Ra > 80, Farbtemperatur 3000 K. Symmetrisch breit abstrahlende Leuchte.

Lichtlenkung über quadratische Linsenoptik entblendete Lichtverteilung mit UGR XXXX und L65 < 1000 cd/m² gemäß EN 12464:2011; geringe Schmutzempfindlichkeit und einfache Reinigung;

Leuchte mit elektrischem Anschluss von außen;

Installation als reine Einlegeleuchte für Moduldecken mit sichtbaren Trägersystem; Gehäuse aus Stahlblech in Farbe weiß. Leuchte halogenfrei verdrahtet

Abmessungen: 1248 x 310 x 38 mm

kplt. fertig montiert und angeschlossen

inkl. aller Klein- und Befestigungsmaterialien

wie z.B Fabrikat Zumtobel Mirel EVO LAY LED 4980lm

Fabrikat:

Typ:“

Position 02 110115 Z:

„LED EB Reinraumleuchte 625x625 LED6000lm/840

Angegeben ist Art und Leistung des Leuchtmittels.

Quadratische Reinraumleuchte Einbau

DALI steuerbare Leuchte (DALI only) mit LED-Konverter. LED-Lebensdauer 50000 h bis zu einem Lichtstromrückgang auf 90 % des Anfangswertes.

Leuchten Lichtstrom: 5980 lm,

Leuchten Lichtausbeute: XXXX lm/W.

Farbwiedergabe Ra > 80,

Farbtemperatur 4000 K.

Einbaugehäuse aus Stahlblech weiß beschichtet (resistent gegen Öldämpfe, chemische Einflüsse, Desinfektions- und Reinigungsmittel.

Entblendung (UGR < 19)

Abdeckung aus Aluminium-Profil eloxiert sowie eingebetteter ESG-Einscheibensicherheitsglas-Scheibe mit innenliegenden Schnappverschlüssen. 4-Punkt Befestigung über im Lieferumfang der Leuchte enthaltenes Nivellierset.

Umgebungstemperatur: -20°C bis +30°C;

Daten: Modul: 625; Abmessungen: 623 x 623 x 106 mm. Abmessungen Deckenausschnitt: 609 x 602 x 136 mm; Schutzart: IP65 (Deckenseitig: IP54)

kplt. fertig montiert und angeschlossen

inkl. aller Klein- und Befestigungsmaterialien

Beispielhaftes Fabrikat:CLEAN A-MP LED6000-840 M625Q LDO oder gleichwertig.

Fabrikat:

Type:“

Position 05 270107 Z:

„PV-Generator W

Module:

Zu verwenden sind technisch ausgereifte monokristalline PV-Module eines anerkannten Qualitätsherstellers (vorzugsweise "Made in the EU"). Auf die Einhaltung der Schutzklasse II ist zu achten. Alle Module müssen über ein entsprechendes Anschlusskabel verfügen, welcher mit einem qualitativ hochwertigen und für die Photovoltaikanlage zugelassenen Steckverbinder vorkonfektioniert sind. Gleiches Qualitätskriterium wird auch für die Anschlussdosen vorausgesetzt. Die technischen Daten aus den Flashlisten sind in der Anlagendokumentation anzuführen.

Gesamtleistung: ca. 150,00kWp

Anzahl Module: 455

Leistung/Modul: 330Wp

Größe/Modul: 1,70x1m

Die Modulanzahl und Aufständering lt. Plan sind bindend einzuhalten, eine Änderung der Modulleistung kann sofern die Mindestnennleistung der Anlage eingehalten wird, akzeptiert werden.

Zur Leistungsoptimierung der PV-Anlage, sowie zur Ermöglichung einer Einzelmodulabschaltung, sind Leistungsoptimierer auf Modulebene zu verwenden.

Mindestanforderungen Module:

- monokristallines Silizium • Modulwirkungsgrad >19%
- positive Leistungstoleranz -0/+4,99Wp • 3 Bypassdioden
- 5 Bus Bars
- 20 Jahre Produktgarantie und XXXX Jahre lineare Leistungsgarantie
- Prüfzertifikate nach Norm IEC 61215 –IEC 61730 in der aktuell gültigen Norm 2016³
- Schneelasten erhöhte Stabilität bis max. Prüflast XXXX Pascal²
- Antiflex-beschichtetes Solarglas
- Prüfzertifikate 2016³

Beispielhaftes Fabrikat: Sonnenstrom Fabrik 330 Wp PERC60 Glas/Glas oder gleichwertiges.

- Benötigte Fläche Länge x Breite in m:

- Benötigte Modulstückzahl:

- Angebotene Nennleistung in kWp:

- Zelltechnologie nach Wahl des AN:

- Ertragsprognose in kWh pro Jahr:

- Angebotenes Produkt:"

Teil C - ANGEBOTSSCHREIBEN:

„[...]“

B.

[...]

2. Der Bieter erklärt gemäß § 125 (7) BVergG 2018: Wenn die Prüfung durch den AG ergibt, dass das in der Bieterlücke als gleichwertig angebotene Erzeugnis nicht gleichwertig ist, so gilt das ausgeschriebene Erzeugnis als angeboten.

🐦 Ja1

🐦 Nein1

[...]

1 Zutreffendes bitte ankreuzen; erfolgt keine Angabe, so gilt dies als Erklärung des Bieters, dass das ausgeschriebene Erzeugnis nicht angeboten wird.

[...]“

Die Antragstellerin beteiligte sich an diesem Vergabeverfahren durch Angebotslegung und gab im Leistungsverzeichnis in den Positionen 02 110110 Z und 02 110111 Z jeweils das Fabrikat „XXXX “ und in der Position 02

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at