

TE Verg Bescheid 2013/7/25 VKS-526450/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.07.2013

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §98 Abs7 und 8

BVergG 2006 §129

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** AG, ***, vertreten durch KESCHMANN Rechtsanwalts-GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Vergabe des Bauauftrages "5385 Schwachstrom; Krankenhaus Nord; 1210 Wien, Brünner Straße 68", durch die Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE PS KHN, Grinzinger Allee 3, 1190 Wien, diese vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin vom 28.6.2013 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007, in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 4, 12 Abs. 1 Z 3, 98 Abs. 7 und 8, 129 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11 Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, Absatz 7, WVRG 2007, in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 4, 12, Absatz eins, Ziffer 3, 98, Absatz 7 und 8, 129 BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE PS KHN (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Durchführung von Verkabelungs- und Elektroinstallationsarbeiten. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Das Angebotsende war der 19.12.2012, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Neben der Antragstellerin haben sich vier weitere Unternehmen am Vergabeverfahren durch rechtzeitige Abgabe eines Angebotes beteiligt. Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung ist die Antragstellerin mit ihrem Angebot an vierter Stelle gereiht.

Vorauszuschicken ist, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren die Antragsgegnerin am 26.2.2013 die Bieter verständigt hat zu beabsichtigen, den Zuschlag der preislich an erster Stelle liegenden Bieterin erteilen zu wollen. Diese Zuschlagsentscheidung wurde von der zweit- und der drittgereichten Bieterin angefochten. Mit Bescheid vom 23.4.2013, Zl. VKS - 196836/13, hat der Senat dem Nichtigerklärungsantrag der drittgereichten Bieterin stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt. Daraufhin hat die zweitgereichte Bieterin ihre Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückgezogen.

Im fortgesetzten Verfahren hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 14.6.2013 den Bietern, darunter auch der Antragstellerin, mitgeteilt, zu beabsichtigen, den Zuschlag der an erster Stelle gereihten Bieterin erteilen zu wollen. Gleichzeitig sind Ausscheidungsentscheidungen hinsichtlich der Angebote der zweit- und drittgereichten Bieterin ergangen. Diese Zuschlagsentscheidung wurde von der Antragstellerin und von der zweitgereichten Bieterin mit Anträgen auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung am 14.6.2013 angefochten. Die zweitgereichte Bieterin hat gleichzeitig einen Antrag auf Nichtigerklärung der sie betreffenden Ausscheidungsentscheidung gestellt.

Mit dem der Antragstellerin am 28.6.2013 zugegangenen E-Mail hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, deren Angebot auszuschneiden. Als Begründung dafür hat die Antragsgegnerin ausgeführt, das Angebot der

Antragstellerin weise in sechs Positionen nicht ausgefüllte Bieterlücken auf. Die von ihr namhaft gemachten Referenzprojekte könnten nicht berücksichtigt werden, weil sie nicht vom historischen Auftraggeber unterfertigt wären und in einer Bieterlücke sei ein Hersteller eingesetzt, der das in der betreffenden Position gefragte Produkt nicht herstelle.

Gegen diese Ausscheidungsentscheidung richtet sich der am 8.7.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen macht die Antragstellerin geltend, die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen, der Antragstellerin Gelegenheit zur Stellungnahme bzw. zur Aufklärung oder zur Mängelbehebung zu gewähren. Die Antragstellerin hätte die nunmehr behaupteten Ausscheidungsgründe beseitigen können, weil von vornherein unbehebbarer Mängel nicht vorliegen würden. Das Wesentliche der Rechtswidrigkeit ergibt sich auch in der Erschwerung des Zuganges zum Rechtsschutz betreffend die von ihr zuvor angefochtene Zuschlagsentscheidung. Die Antragstellerin müsse aufgrund der - rechtswidrigen und unzulässigen - Vorgangsweise der Antragsgegnerin weitere Gebühren und Anwaltskosten auf sich nehmen. Die Vorgangsweise der Antragsgegnerin sei rechtsmissbräuchlich und unzulässig, eine Ausscheidungsentscheidung nach Zuschlagsentscheidung könne von einer Auftraggeberin nicht mehr getroffen werden. Zu den von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründen führt die Antragstellerin aus, zu den angeführten Positionen sei die Gestaltung des Leistungsverzeichnisses irreführend. Die gerügten Positionen seien im elektronischen Leistungsverzeichnis mit "L" wie Ausschreiberlücken gekennzeichnet. Dass die Antragstellerin die geltend gemachten Bieterlücken nicht ausgefüllt habe, werde von ihr nicht bestritten. Hingegen werde bestritten, dass darin - noch dazu ohne kontradiktorisches Verfahren - ein unbehebbarer Mangel und damit ein Ausscheidungsgrund zu sehen sei. In der Nichtausfüllung der Bieterlücken könne kein unbehebbarer Mangel erblickt werden, der zum Ausscheiden führen müsse, weil aufgrund der Festlegung der technischen Spezifikationen im Leistungsverzeichnis und Preis der Leistung im Angebot es im Regelfall zu keiner materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung durch eventuelles Nachreichen von Angaben kommen könne. Die Antragsgegnerin habe gegen ihre Pflicht zur kontradiktorischen Erörterung von möglichen Ausscheidungsgründen im Zuge der Angebotsprüfung verstoßen. Zur Position OG 01LG19 3200E habe die Antragstellerin durch eine Zeilenverschiebung im Excelprogramm versehentlich "****" angegeben. Aus den von ihr mit dem Angebot vorgelegten Zertifikaten hätte auffallen müssen, dass im Bereich Kupfer *** angeboten werde. Die Antragsgegnerin, die wisse, dass "****" nur Messgeräte erzeuge, hätte auf einen Schreibfehler schließen und dementsprechend nachfragen müssen. Die Behauptung der Antragsgegnerin, dass die fehlende Unterschrift des historischen Auftraggebers bei den Referenzen ein unbehebbarer Mangel wäre, sei unhaltbar. Die Unterschriften hätten selbstverständlich nachgebracht werden können, wozu ebenso selbstverständlich die Antragsgegnerin dazu auffordern hätte müssen. Gegen diese Ausscheidungsentscheidung richtet sich der am 8.7.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen macht die Antragstellerin geltend, die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen, der Antragstellerin Gelegenheit zur Stellungnahme bzw. zur Aufklärung oder zur Mängelbehebung zu gewähren. Die Antragstellerin hätte die nunmehr behaupteten Ausscheidungsgründe beseitigen können, weil von vornherein unbehebbarer Mängel nicht vorliegen würden. Das Wesentliche der Rechtswidrigkeit ergibt sich auch in der Erschwerung des Zuganges zum Rechtsschutz betreffend die von ihr zuvor angefochtene Zuschlagsentscheidung. Die Antragstellerin müsse aufgrund der - rechtswidrigen und unzulässigen - Vorgangsweise der Antragsgegnerin weitere Gebühren und Anwaltskosten auf sich nehmen. Die Vorgangsweise der Antragsgegnerin sei rechtsmissbräuchlich und unzulässig, eine Ausscheidungsentscheidung nach Zuschlagsentscheidung könne von einer Auftraggeberin nicht mehr getroffen werden. Zu den von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründen führt die Antragstellerin aus, zu den angeführten Positionen sei die Gestaltung des Leistungsverzeichnisses irreführend. Die gerügten Positionen seien im elektronischen Leistungsverzeichnis mit "L" wie Ausschreiberlücken gekennzeichnet. Dass die Antragstellerin die geltend gemachten Bieterlücken nicht ausgefüllt habe, werde von ihr nicht bestritten. Hingegen werde bestritten, dass darin - noch dazu ohne kontradiktorisches Verfahren - ein unbehebbarer Mangel und damit ein Ausscheidungsgrund zu sehen sei. In der Nichtausfüllung der Bieterlücken könne kein unbehebbarer Mangel erblickt werden, der zum Ausscheiden führen müsse, weil aufgrund der Festlegung der technischen Spezifikationen im Leistungsverzeichnis und Preis der Leistung im Angebot es im Regelfall zu keiner materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung durch eventuelles Nachreichen von Angaben kommen könne. Die Antragsgegnerin habe gegen

ihre Pflicht zur kontradiktorischen Erörterung von möglichen Ausscheidungsgründen im Zuge der Angebotsprüfung verstoßen. Zur Position OG 01LG19 3200E habe die Antragstellerin durch eine Zeilenverschiebung im Excelprogramm versehentlich "****" angegeben. Aus den von ihr mit dem Angebot vorgelegten Zertifikaten hätte auffallen müssen, dass im Bereich Kupfer *** angeboten werde. Die Antragsgegnerin, die wisse, dass "****" nur Messgeräte erzeuge, hätte auf einen Schreibfehler schließen und dementsprechend nachfragen müssen. Die Behauptung der Antragsgegnerin, dass die fehlende Unterschrift des historischen Auftraggebers bei den Referenzen ein unbehebbarer Mangel wäre, sei unhaltbar. Die Unterschriften hätten selbstverständlich nachgebracht werden können, wozu ebenso selbstverständlich die Antragsgegnerin dazu auffordern hätte müssen.

In weiterer Folge nimmt die Antragstellerin zu dem von der Antragsgegnerin im Nichtigerklärungsverfahren VKS - 488792/13 erstatteten Schriftsatz vom 3.7.2013 Stellung, soweit darin eine mangelnde Antragslegitimation der Antragstellerin mit weiteren, in der gegenständlichen Ausscheidungsentscheidung nicht angeführten Gründen, geltend gemacht wird. Sie führt dazu aus, dass keine bzw. keine unbehebbarer Mängel vorliegen würden. Es treffe zwar zu, dass die Antragstellerin in der OG 02 LG13 als Hersteller und Type jeweils "****" angegeben habe, was ihr von der Antragsgegnerin als fehlende Hersteller-Angabe und daher fehlende Vorlage von Hersteller-Zertifikaten vorgeworfen werde. Dies soll nach Ansicht der Antragsgegnerin einen unbehebbarer Mangel darstellen, wohingegen dieser Umstand für die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht gelten solle. Die Antragstellerin habe überdies für sämtliche Kupfer- und LWL-Positionen Zertifikate vorgelegt, wenn auch in diesen beiden Positionen das Ausfüllen der Bieterlücken übersehen worden sei. In der Zusammenschau des gesamten Angebotskonvolutes hätte die Antragsgegnerin erkennen können, dass die Antragstellerin Produkte von *** bzw. *** angeboten und die entsprechenden Unteralgen vorgelegt habe. Keinesfalls hätte die Antragsgegnerin dies als unbehebbarer Mangel werten dürfen. Allfällige Unklarheiten hätte die Antragstellerin leicht aufklären können.

Ihre Antragslegitimation als viertgerahnte Bieterin ergebe sich daraus, dass - wie im Nichtigerklärungsverfahren gegen die Zuschlagsentscheidung ausführlich vorgebracht - die präsumtive Zuschlagsempfängerin die geforderten Zertifikate bzw. Schulungsnachweise nicht oder nicht mit einem Datum vor Ende der Angebotsfrist abgegeben habe und daher auszuschneiden sei. Dasselbe gelte für die Zweitgerahnte, sofern diese noch nicht ausgeschieden wurde, wäre auch sie auszuschneiden. Die drittgerahnte Bieterin sei ausgeschieden worden und habe dies nach Kenntnisstand der Antragstellerin nicht angefochten. Somit ergebe sich bei Zutreffen der von ihr geltend gemachten Rechtsverstöße, dass die Antragstellerin an erster Stelle und vor die präsumtive Zuschlagsempfängerin zu reihen wäre. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, was sie durch Legung eines gesetzes- und ausschreibungskonformen Angebotes hinreichend nachgewiesen habe. Sie sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen auch befugt. Die Antragstellerin erachtet sich durch die angefochtene Entscheidung in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes nach Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes, weil dieses mit keinem Ausscheidungsgrund belastet ist, Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes ohne die Antragstellerin in einem kontradiktorischen Verfahren mit den Ausscheidungsgründen konfrontiert zu haben, sowie Fassung der Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten und letztlich Zuschlagserteilung verletzt.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin drohten der Antragstellerin erhebliche Schäden an entgangenem Gewinn, Verlust von Deckungsbeiträgen, Kosten der Angebotslegung sowie Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren, die von ihr im einleitenden Schriftsatz näher aufgeschlüsselt werden. Dazu käme auch der Verlust eines für sie signifikanten Referenzprojektes.

Mit Schriftsatz vom 15.7.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst auf ihr Vorbringen im Schriftsatz vom 3.7.2013 im Verfahren VKS - 488792/13 verwiesen. Soweit die Antragstellerin geltend macht, die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen, vor ihrer Ausscheidungsentscheidung hinsichtlich der Ausscheidungsgründe ein kontradiktorisches Verfahren zu führen, macht die Antragsgegnerin geltend, ein solches sei nur dann geboten, wenn Unklarheit über einzelne Angaben im Angebot herrscht oder ein behebbbarer Mangel vorliege. Beide Gründe seien gegenständlich nicht gegeben. Mit einer "Aufklärung" hätte die Antragsgegnerin eine Angebotsänderung zugelassen. Eine Ausscheidungsentscheidung könne auch nach Zuschlagsentscheidung rechtskonform ergehen. Daraus würde sich kein Rechtsschutzdefizit ergeben. Ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden ist / wäre, sei ohnehin durch die Nachprüfungsbehörde bei Beurteilung der Antragslegitimation zur Stellung eines Nichtigerklärungsantrages zu prüfen. Selbst wenn man zu dem Schluss gelangen sollte, dass die Bekanntgabe der Ausscheidungsentscheidung nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung formal

rechtswidrig wäre, wäre diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht wesentlich. In diesem Fall wären die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 Z 2 WVRG 2007 für eine Nichtigserklärung der angefochtenen Entscheidung nicht gegeben. Mit Schriftsatz vom 15.7.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst auf ihr Vorbringen im Schriftsatz vom 3.7.2013 im Verfahren VKS - 488792/13 verwiesen. Soweit die Antragstellerin geltend macht, die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen, vor ihrer Ausscheidungsentscheidung hinsichtlich der Ausscheidungsgründe ein kontradiktorisches Verfahren zu führen, macht die Antragsgegnerin geltend, ein solches sei nur dann geboten, wenn Unklarheit über einzelne Angaben im Angebot herrscht oder ein behebbbarer Mangel vorliege. Beide Gründe seien gegenständlich nicht gegeben. Mit einer "Aufklärung" hätte die Antragsgegnerin eine Angebotsänderung zugelassen. Eine Ausscheidungsentscheidung könne auch nach Zuschlagsentscheidung rechtskonform ergehen. Daraus würde sich kein Rechtsschutzdefizit ergeben. Ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden ist / wäre, sei ohnehin durch die Nachprüfungsbehörde bei Beurteilung der Antragslegitimation zur Stellung eines Nichtigserklärungsantrages zu prüfen. Selbst wenn man zu dem Schluss gelangen sollte, dass die Bekanntgabe der Ausscheidungsentscheidung nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung formal rechtswidrig wäre, wäre diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht wesentlich. In diesem Fall wären die Voraussetzungen des Paragraph 26, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2007 für eine Nichtigserklärung der angefochtenen Entscheidung nicht gegeben.

Diese Stellungnahme wurde von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 23.7.2013 beantwortet und zu den Ausscheidungsgründen im Einzelnen ergänzend vorgebracht, dass sich die Angebotsprüfung nach Einsicht in die von der Antragsgegnerin vorgelegten Prüfprotokolle als unsachgemäß erweise, teilweise in sich widersprüchlich und lückenhaft wäre. Die Lücken in der Angebotsprüfung würden darauf schließen lassen, "dass der Zusammenhang zwischen den ausgeschriebenen Leistungen und den vorzulegenden Zertifikaten von der vergebenden Stelle nach wie vor nicht richtig erfasst" werde. Dazu enthält diese Stellungnahme zu den einzelnen von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründen eine jeweils ins Detail gehende Argumentation.

Seiner Entscheidung hat der Senat den eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt zugrunde gelegt. Weiters ist er vom unbedenklichen Inhalt des Vergabeaktes und der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien, die jeweils der anderen Seite mit der Gelegenheit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 25.7.2013 ausgegangen. Folgender weiterer Sachverhalt war als erwiesen anzunehmen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Durchführung von Verkabelungs- und Elektroinstallationsarbeiten. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden. Das Angebotsende war der 19.12.2012, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Neben der Antragstellerin haben sich vier weitere Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt. Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung ist die Antragstellerin mit ihrem Angebot an vierter Stelle gereiht. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Durchführung von Verkabelungs- und Elektroinstallationsarbeiten. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden. Das Angebotsende war der 19.12.2012, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Neben der Antragstellerin haben sich vier weitere Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt. Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung ist die Antragstellerin mit ihrem Angebot an vierter Stelle gereiht.

Nachdem die (erste) Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 26.2.2013 über Nichtigserklärungsantrag der drittgereichten Bieterin mit Bescheid vom 23.4.2013 zu VKS - 196836/13 für nichtig erklärt worden ist, hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren fortgeführt. Mit Zuschlagsentscheidung vom 14.6.2013 hat die Antragsgegnerin den Bietern, darunter der Antragstellerin, die (zweite) Zuschlagsentscheidung zugunsten der erstgereichten Bieterin mitgeteilt. Diese Zuschlagsentscheidung wurde von der Antragstellerin am 24.6.2013 mit einem Antrag auf Nichtigserklärung zu VKS - 488792/13 angefochten. In diesem Verfahren hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 3.7.2013 deren Antragslegitimation - unabhängig von der Reihung - bestritten, weil die Antragstellerin sechs näher bezeichnete Bieterlücken nicht ausgefüllt hätte. Dazu ist auf den im Akt VKS - 488792/13 erliegenden Schriftsatz der

Antragsgegnerin zu verweisen, der auch der Antragstellerin zugeworfen ist, zumal beide Parteien auch Hauptparteien des Parallelverfahrens waren. Nachdem die Antragstellerin ihren Nichtigerklärungsantrag eingebracht hat, hat die Antragsgegnerin mit der gegenständlichen Ausscheidungsentscheidung vom 28.6.2013 geantwortet und darin vor allem geltend gemacht, dass es die Antragstellerin unterlassen habe, in sechs Leistungsgruppen enthaltene echte Bieterlücken auszufüllen, obwohl sie gezwungen gewesen wäre, das angebotene Produkt anzuführen. Der Text im Leistungsverzeichnis bei den näher bezeichneten Positionen weist kein Leitprodukt auf. Im Angebot der Antragstellerin sind in den Bieterlücken auch keine Beschreibungen der von ihr angebotenen Produkte enthalten. Dass die Antragstellerin die sechs von der Antragsgegnerin näher bezeichneten Bieterlücken nicht ordnungsgemäß ausgefüllt hat, wurde von ihr sowohl im einleitenden Schriftsatz als auch in der mündlichen Verhandlung vom 25.7.2013 (Protokoll Seite 3) zugestanden.

Dabei handelt es sich um folgende Positionen:

- -Strichaufzählung
OG00 LG09 ULG04 Pos 0402A Verrohrung "Auf-Putz" geschlossen
- -Strichaufzählung
OG01 LG06 ULG04 Pos 0400A Anreihverteilerschränke
- -Strichaufzählung
OG01 LG06 ULG05 Pos 0500A Verteilereinsätze
- -Strichaufzählung
OG01 LG09 ULG82 Pos 8200G Verbindungs-/Abzweig-/Durchgangsboxen

MKS

- -Strichaufzählung
OG01 LG19 ULG41 Pos 4100B IT-Verkabelungssystem LWL Faserunit
- -Strichaufzählung
OG02 LG08 ULG42 Pos 4200A Steuerleitungen LSOH

Hinsichtlich der ersten drei Positionen hat die Antragstellerin auch keine Bezug habenden Unterlagen mit ihrem Angebot vorgelegt (Protokoll Seite 3). Das Nichtausfüllen dieser Bieterlücken wurde von der Antragsgegnerin nicht zum Anlass genommen, die Antragstellerin darauf hinzuweisen bzw. von ihr Aufklärung zu verlangen.

Bei der Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen hat der Auftragnehmer die Verkabelungsrichtlinie der Antragsgegnerin einzuhalten. In dieser Verkabelungsrichtlinie sind keine Leitprodukte genannt sondern mehrere Hersteller oder gleichwertige Produkte angeführt, wobei der Verweis in der Verkabelungsrichtlinie auf diese Produkte lediglich einen Verweis auf die geforderte Qualität darstellt (Erklärung der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vom 25.7.2013, Protokoll Seite 4).

Die Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin als E-Mail am 28.6.2013 zugegangen. Der Antrag auf deren Nichtigerklärung ist am 8.7.2013 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 vorgeschriebenen Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Die Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin als E-Mail am 28.6.2013 zugegangen. Der Antrag auf deren Nichtigerklärung ist am 8.7.2013 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 vorgeschriebenen Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vor allem aufgrund des Inhaltes der Vergabeakten sowie des Vorbringens der Parteien. Auch aufgrund der Erklärungen der Antragstellerin war als erwiesen anzunehmen, dass sie die sechs in der angefochtenen Entscheidung angeführten Bieterlücken nicht ausgefüllt hat und zu den in der Ausscheidungsentscheidung angeführten ersten drei Positionen auch keinerlei Bezug habende Unterlagen angeschlossen hat. Bei seinen Feststellungen konnte der Senat auch auf den Inhalt des Aktes VKS - 488792/13 (Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung) Bezug nehmen, dessen Inhalt beiden Teilen als Parteien jenes Verfahrens bekannt ist. Sie haben sich in ihren Stellungnahmen auch wiederholt auf ihre Schriftsätze in diesem Nachprüfungsverfahren bezogen.

Dass hinsichtlich der nichtausgefüllten Bieterlücken die Antragsgegnerin ein Verbesserungsverfahren nicht geführt hat, ist unstrittig. Da gegenständlich darüber zu entscheiden war, ob die Ausscheidungsentscheidung gerechtfertigt ist

oder nicht, konnten Feststellungen zur Frage, ob die vor dem Angebot der Antragstellerin gereichten Bieter auszuscheiden gewesen wären, unterbleiben.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin nach § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich zur Durchführung von Verkabelungs- und Elektroinstallationsarbeiten. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt fünf Bieter durch rechtzeitige Legung eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als preislich an vierter Stelle liegend verlesen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich zur Durchführung von Verkabelungs- und Elektroinstallationsarbeiten. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt fünf Bieter durch rechtzeitige Legung eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als preislich an vierter Stelle liegend verlesen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Die angefochtene Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin im E-Mail Weg am 28.6.2013 zugegangen. Der am 8.7.2013 eingelangte Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung erweist sich im Ergebnis als nicht berechtigt. Die angefochtene Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin im E-Mail Weg am 28.6.2013 zugegangen. Der am 8.7.2013 eingelangte Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung erweist sich im Ergebnis als nicht berechtigt.

Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ist davon auszugehen, dass im Leistungsverzeichnis zahlreiche echte Bieterlücken enthalten sind, von denen beispielsweise jene sechs zu nennen sind, die in der angefochtenen Entscheidung angeführt werden.

Bieterlücken sind freie Zeilen oder Teile davon in einem Leistungsverzeichnis, in die ein Bieter das (die) von ihm angebotene (n) Produkt (e), Verfahren oder Leistungsmerkmal (e) einträgt (Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Vergaberecht², Rz 54 zu § 98). Nach § 98 Abs. 7 BVergG 2006 sollen unechte Bieterlücken (Bieterlücken mit Leitprodukt) die Ausnahme darstellen. Bei unechten Bieterlücken hat der Auftraggeber nach § 98 Abs. 8 BVergG 2006 zwingend den Zusatz "oder gleichwertig" anzugeben. Bei den in der angefochtenen Ausscheidungsentscheidung genannten sechs Positionen waren keine Leitprodukte angeführt. Vielmehr hatten die Bieter Erzeugnis und Type in die Zeile "Angeboten ...", des von ihnen vorgesehenen Produktes einzutragen. Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot in keiner dieser Positionen Angaben zu Erzeugnis oder Type getätigt, sie hat - was von ihr auch zugestanden wurde - die Bieterlücken nicht ausgefüllt. Bieterlücken sind freie Zeilen oder Teile davon in einem Leistungsverzeichnis, in die ein Bieter das (die) von ihm angebotene (n) Produkt (e), Verfahren oder Leistungsmerkmal (e) einträgt (Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Vergaberecht², Rz 54 zu Paragraph 98,). Nach Paragraph 98, Absatz 7, BVergG 2006 sollen unechte Bieterlücken (Bieterlücken mit Leitprodukt) die Ausnahme darstellen. Bei unechten Bieterlücken hat der Auftraggeber nach Paragraph 98, Absatz 8, BVergG 2006 zwingend den Zusatz "oder gleichwertig" anzugeben. Bei den in der angefochtenen Ausscheidungsentscheidung genannten sechs Positionen waren keine Leitprodukte angeführt. Vielmehr hatten die Bieter Erzeugnis und Type in die Zeile "Angeboten ...", des von ihnen vorgesehenen Produktes einzutragen. Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot in keiner dieser Positionen Angaben zu Erzeugnis

oder Type getätigt, sie hat - was von ihr auch zugestanden wurde - die Bieterlücken nicht ausgefüllt.

In der Praxis werden neben den "unechten" Bieterlücken auch solche ohne Leitprodukt ("echte Bieterlücken") verwendet. Der Auftraggeber kann auch ohne Nennung eines Leitproduktes im Fall einer Beschreibung der anzubietenden Leistung gemäß § 97 Abs. 2 oder 3 BVergG 2006 vom Bieter verlangen, dass dieser das angebotene Produkt oder die Leistung spezifiziert und bezeichnet: In der Praxis werden neben den "unechten" Bieterlücken auch solche ohne Leitprodukt ("echte Bieterlücken") verwendet. Der Auftraggeber kann auch ohne Nennung eines Leitproduktes im Fall einer Beschreibung der anzubietenden Leistung gemäß Paragraph 97, Absatz 2, oder 3 BVergG 2006 vom Bieter verlangen, dass dieser das angebotene Produkt oder die Leistung spezifiziert und bezeichnet:

Da die Ausschreibung dafür Raum vorsehen muss, handelt es sich um eine der Bieterlücke ähnliche Angabe. Sie wird auch als "echte Bieterlücke" bezeichnet. (idS auch BVA 11.8.2008, N/0075-BVA/07/2008-36, RPA-Slg 2008/40; 15.2.2010, N/0120-BVA/05/2009-52, Tunnel Amras, RPA 2010, 149 [Estermann] = ZVB 2010/68 [Hackl])" (BVA 27.9.2010, N/0071-BVA/10/2010-34).

Echte Bieterlücken sind dadurch erkennbar, dass der Auftraggeber kein konkretes Produkt bzw. kein konkretes Verfahren vorgibt, sondern sich auf eine mehr oder weniger konkrete Beschreibung der Qualität oder der technischen Spezifikation bzw. des Ablaufs der Leistung beschränkt. Die Bieter sind dann gehalten, ein(e) dieser Beschreibung entsprechende(s) Produkt bzw. Leistung anzubieten (Nordberg, Öhlinger, Konsequenzen nicht ausgefüllter Bieterlücken - ein Überblick, RPA 2008, 312).

Im Gegensatz zu unechten Bieterlücken ist das Angebot bei Nichtausfüllen von echten Bieterlücken (ohne Leitprodukt) nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden mit einem unbehebbareren Mangel behaftet und jedenfalls gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 auszuscheiden (BVA 26.11.2012; N/0095-BVA/01/2012-24; VKS Wien 23.8.2012, VKS - 7738/12). Im Gegensatz zu unechten Bieterlücken ist das Angebot bei Nichtausfüllen von echten Bieterlücken (ohne Leitprodukt) nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden mit einem unbehebbareren Mangel behaftet und jedenfalls gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuscheiden (BVA 26.11.2012; N/0095-BVA/01/2012-24; VKS Wien 23.8.2012, VKS - 7738/12).

Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt. Dies würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und den Transparenzgrundsatz verletzen (vgl. dazu VwGH 2003/04/0186 und EuGH Rs C- 87/94, Rz 56") (RV1171 BlgNR 22 GP 85). Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt. Dies würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und den Transparenzgrundsatz verletzen vergleiche dazu VwGH 2003/04/0186 und EuGH Rs C- 87/94, Rz 56") (RV1171 BlgNR 22 Gesetzgebungsperiode 85).

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist "bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbareren Mängeln darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde" (VwGH 26.2.20013, 2001/04/0037, VwSlg 16031 A/2003 = OJZ 2004/55 A [VwGH A] = wbi 2003/262 = ZfVB 2004/784 = ZVB 2003/69 [G. Gruber] = ZVB-LSK 2003/70). Der VwGH zieht die Grenze zwischen behebbaren und unbehebbareren Mängeln bei der materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung, die auch in einem längeren Zeitraum zur Erstellung des Angebotes bestehen kann (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186, Ansprechpartner Tunnelbau, RdW 2004/317 [Öhler] = RPA 2004, 92 [Latzenhofer] = ZVB 2004/102 [G. Gruber] = ZVB-LSK 2004/80 = ZVBLSK 2004/81).

Wenn der Bieter noch nach Angebotsöffnung zwischen mehreren Möglichkeiten wählen kann, die Bieterlücke auszufüllen, liegt ein unbehebbarer Mangel vor" (BVA 15.2.2010, N/0120-BVA/05/2009-52, Tunnel Amras, RPA 2010, 149 [Estermann] = ZVB 2010/68 [Hackl], Unterstreichung durch den Zitierenden).

Auch wenn die Preise der entsprechenden Positionen im Angebot bereits angeführt werden, würde bei nicht ausgefüllten Bieterlücken ohne Angabe eines Leitproduktes die Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung führen" (BVA 26.11.2012, N/0095-BVA/04/2012-24=ZVB 2013/4, Unterstreichung durch den Zitierenden).

Im vorliegenden Fall bekäme die Antragstellerin durch die Verbesserung [durch Ausfüllen der unechten Bieterlücken], die inhaltlich eine Ergänzung ihres Angebots darstellt, eine längere Frist für die Erstellung ihres - vollständigen -

Angebots. Weiters hat sie es in der Hand, in Kenntnis der Angebotspreise der anderen Bieter den Wert ihres Angebots zu beeinflussen. Der Mangel ist daher unbehebbar (BVA 10.11.2009, N/0109-BVA/08/2009-52, RdW 2010/99 = ZVB 2010/18 [Grasböck]: UVS Steiermark 19.4.2007, 44.7-1/2007; VKS Wien 4.7.2003, VKS-4497/03)" (BVA 27.9.2010, N/0071/BVA/10/2010-34, Unterstreichungen durch den Zitierenden).

Durch Unterlassen des Ausfüllens der Bieterlücken wird der Angebotsinhalt in keiner Weise konkretisiert. Der insbesondere im offenen Verfahren lediglich auf Basis des Angebotes (ohne nachträgliche Verhandlungen) zu ermittelnde Vertragsinhalt wäre im Hinblick auf den hier in der echten Bieterlücke geforderten, vom Bieter zu ergänzenden Leistungsinhalt gänzlich unbestimmt. Eine Prüfung der Tauglichkeit der angebotenen Leistung, der Preisangemessenheit (VKS Wien 1.7.2005, VKS-1826/05 = RPA 2005, 246 [Kurz]) und des Angebotes ausschließlich auf Basis des Angebotes wäre unmöglich.

Die Summe der nicht ausgefüllten Bieterlücken stellt jedenfalls einen unbehebbarer Mangel dar.

Die Unbehebbarkeit dieses Mangels ergibt sich dabei bereits aus der der Antragstellerin länger zur Verfügung stehenden Zeit für die Konkretisierung des Angebotsinhaltes, der laut höchstgerichtlicher Judikatur einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil darstellt.

In der OG 02 LG 13 Signal- und Meldegeräte (mehrere Positionen) sind etwa 70 Positionen mit echten Bieterlücken enthalten, in denen Fabrikat und Type einzutragen waren. In diesen Bieterlücken hat die Antragstellerin in ihrem Angebot sowohl beim Fabrikat als auch beim Typ jeweils nur den Passus "****" eingetragen. Der Hersteller *** hat in seinem Lieferprogramm mehrere Typen Lichttrufsysteme IP, die den geforderten Spezifikationen entsprechen. Nach den Eintragungen der Antragstellerin kann bei diesen Positionen nicht nachvollzogen werden, welche konkreten Geräte durch die Bieterin in diesen Positionen angeboten werden.

Nun hat die Antragstellerin im Wesentlichen vorgebracht, die Antragsgegnerin wäre hinsichtlich der nicht ausgefüllten Bieterlücken verpflichtet gewesen, ihr diesen Umstand als möglichen Ausscheidungsgrund vorzuhalten und mit ihr darüber ein kontradiktorisches Aufklärungsverfahren abzuführen.

Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass ein kontradiktorisches Aufklärungsverfahren nach § 126 Abs. 1 BVergG 2006 nur dann geboten ist, wenn hinsichtlich des Angebotes Unklarheit herrscht oder ein behebbarer Mangel vorliegt. Eine Unklarheit betreffend das Angebot der Antragstellerin, die aufzuklären gewesen wäre, ist gegenständlich nicht zu erkennen. Aus dem Angebot ergab sich keinerlei Hinweis, dass die Antragstellerin die Bieterlücken mit irgendeinem Inhalt ausfüllen wollte, der nicht explizit in der Bieterlücke enthalten war. Der Standpunkt der Antragstellerin, sie habe ohnedies entsprechende Unterlagen mit dem Angebot abgegeben, sodass die Antragsgegnerin daraus schließen hätte können, welche Produkte tatsächlich angeboten werden, ist wenig zielführend, da nach den Festlegungen in der Ausschreibung, aber auch im Sinne der oben dargestellten Judikatur, die entsprechenden echten Bieterlücken auszufüllen gewesen wären. Hätten sich nach entsprechenden Eintragungen in den Bieterlücken Unklarheiten oder Zweifel für die vergebende Stelle ergeben, wäre sie verpflichtet gewesen, ein entsprechendes kontradiktorisches Aufklärungsverfahren durchzuführen. Eine derartige "Unklarheit bei Eintragungen in die echten Bieterlücken war gegenständlich beim Angebot der Antragstellerin jedoch nicht gegeben. Das Nichtausfüllen einer echten Bieterlücke stellt einen unbehebbarer Mangel dar" (vgl. VKS - 488792/13 u.a.). Durch das Nichtausfüllen der sechs echten Bieterlücken handelt es sich beim Angebot der Antragstellerin um ein im Ergebnis unzulässiges Teilangebot und damit um unbehebbarer Mängel (VKS - 23.8.2012, VKS - 7738/12 u.a.). Bei festgestellten unbehebbarer Mängeln wäre eine Aufklärung sinnlos und würde nur einer rechtswidrigen Änderung Vorschub leisten (S/A/F/T/BVergG2, Rz 9 zu § 126). Da eine Unklarheit betreffend das Angebot der Antragstellerin - die aufzuklären gewesen wäre - gegenständlich nicht vorliegt, war die Antragsgegnerin zu dem von der Antragstellerin geforderten kontradiktorischen Aufklärungsverfahren nicht verpflichtet. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass ein kontradiktorisches Aufklärungsverfahren nach Paragraph 126, Absatz eins, BVergG 2006 nur dann geboten ist, wenn hinsichtlich des Angebotes Unklarheit herrscht oder ein behebbarer Mangel vorliegt. Eine Unklarheit betreffend das Angebot der Antragstellerin, die aufzuklären gewesen wäre, ist gegenständlich nicht zu erkennen. Aus dem Angebot ergab sich keinerlei Hinweis, dass die Antragstellerin die Bieterlücken mit irgendeinem Inhalt ausfüllen wollte, der nicht explizit in der Bieterlücke enthalten war. Der Standpunkt der Antragstellerin, sie habe ohnedies entsprechende Unterlagen mit dem Angebot abgegeben, sodass die Antragsgegnerin daraus schließen hätte können, welche Produkte tatsächlich angeboten werden, ist wenig zielführend, da nach den Festlegungen in der Ausschreibung, aber auch im

Sinne der oben dargestellten Judikatur, die entsprechenden echten Bieterlücken auszufüllen gewesen wären. Hätten sich nach entsprechenden Eintragungen in den Bieterlücken Unklarheiten oder Zweifel für die vergebende Stelle ergeben, wäre sie verpflichtet gewesen, ein entsprechendes kontradiktorisches Aufklärungsverfahren durchzuführen. Eine derartige "Unklarheit bei Eintragungen in die echten Bieterlücken war gegenständlich beim Angebot der Antragstellerin jedoch nicht gegeben. Das Nichtausfüllen einer echten Bieterlücke stellt einen unbehebbarer Mangel dar" vergleiche VKS - 488792/13 u.a.). Durch das Nichtausfüllen der sechs echten Bieterlücken handelt es sich beim Angebot der Antragstellerin um ein im Ergebnis unzulässiges Teilangebot und damit um unbehebbarer Mängel (VKS - 23.8.2012, VKS - 7738/12 u.a.). Bei festgestellten unbehebbarer Mängeln wäre eine Aufklärung sinnlos und würde nur einer rechtswidrigen Änderung Vorschub leisten (S/A/F/T/BVergG2, Rz 9 zu Paragraph 126,). Da eine Unklarheit betreffend das Angebot der Antragstellerin - die aufzuklären gewesen wäre - gegenständlich nicht vorliegt, war die Antragsgegnerin zu dem von der Antragstellerin geforderten kontradiktorischen Aufklärungsverfahren nicht verpflichtet.

Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang ausführt, die Antragsgegnerin habe ihr Leistungsverzeichnis "irreführend" gestaltet, weil (echte) Bieterlückenpositionen teilweise von ihrem eigenen Kalkulationsprogramm nicht erkannt worden wären, ist dieser Umstand für das gegenständliche Verfahren bedeutungslos. Zunächst ist die Antragstellerin darauf zu verweisen, dass sie diese von ihr behaupteten Mängel im Leistungsverzeichnis rechtzeitig im Wege der Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen geltend hätte machen müssen. Letztlich ist aber die Antragstellerin darauf zu verweisen, dass die Abgabe eines vollständigen und den Ausschreibungsbestimmungen entsprechenden Angebotes in ihrem Verantwortungsbereich liegt.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist die Bekanntgabe einer Ausscheidungsentscheidung nach einer Zuschlagsentscheidung grundsätzlich nicht unzulässig. Dazu ist aus den Vergabeakten festzustellen, dass die Antragsgegnerin die Gründe, die sie in der angefochtenen Ausscheidungsentscheidung anführt, nicht durch Wiederaufnahme der Angebotsprüfung geltend gemacht hat, sondern diese bereits vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung von ihr festgestellt wurden. Überdies handelt es sich um die gleichen Ausscheidungsgründe, die die Antragsgegnerin im Verfahren VKS - 488792/13 in ihrer Stellungnahme vom 3.7.2013 zur mangelnden Antragslegitimation der Antragstellerin geltend gemacht hat. Zu einem kontradiktorischen Vorhalteverfahren wäre nach Ansicht des Senates die Antragsgegnerin vor Erlassung ihrer Ausscheidungsentscheidung nur dann verpflichtet gewesen, wenn sie nach Zuschlagsentscheidung die Angebotsprüfung wieder aufgenommen hätte, um einen Nichtigkeitsantrag gegen eine zuvor erlassene Zuschlagsentscheidung zu verhindern oder zu erschweren, und dabei Gründe geltend macht, die im Zuge eines Aufklärungsverfahrens der Bieterin vorzuhalten gewesen wären, weil es sich um behobene Mängel handelt. Liegen hingegen unbehebbarer, offenkundige Mängel im Angebot vor, kann eine Ausscheidungsentscheidung - wie vorliegend - auch nach einer Zuschlagsentscheidung ergehen. Gegenständlich hat die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung noch vor Mitteilung der Ausscheidungsentscheidung am 24.6.2013 angefochten, die Ausscheidungsentscheidung ist am 28.6.2013 ergangen. Da es sich bei den Gründen, die für die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin angezogen wurden, um unbehebbarer Mängel handelt, war die Antragsgegnerin - wie bereits ausgeführt - nicht verpflichtet, diesbezüglich ein kontradiktorisches Aufklärungsverfahren zu führen.

Auch aus der Bestimmung des § 129 Abs. 1 BVergG 2006 ist für die Antragstellerin nichts zu gewinnen. Nach Ansicht des Senates handelt es sich bei dieser Bestimmung um die Ausscheidung von Angeboten, die dem für den Zuschlag in Aussicht genommen Angebot vorgereicht sind. Danach sind vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung jene Angebote auszuschneiden, die die im § 129 Abs. 1 BVergG 2006 angeführten Ausscheidungsgründe aufweisen. Wollte man den Standpunkt der Antragstellerin übernehmen, wäre jeder Auftraggeber verpflichtet, auch jene Angebote, die dem Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, nachgereicht sind, zu prüfen und gegebenenfalls auszuschneiden. Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin auch darauf, dass aus der Bekanntgabe der Ausscheidungsentscheidung, nachdem die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung angefochten hat, für diese kein Rechtsschutzdefizit gegeben sein kann. Ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden ist / war, war ohnedies durch die Nachprüfungsbehörde bei Beurteilung der Antragslegitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung zu prüfen. Die Gründe, aus denen die Antragsgegnerin die Antragslegitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung bestritten hat, hat sie im Parallelverfahren in ihrer Stellungnahme vom 3.7.2013 ausführlich dargelegt; diese Ausscheidungsgründe sind auch in der angefochtenen Ausscheidungsentscheidung vom

28.6.2013 angeführt. Jedenfalls war daher darüber zu befinden, ob das Angebot der Antragstellerin mit Ausscheidungsgründen behaftet ist und deckt sich insoweit das Thema dieser beiden Verfahren. Wenn auch im Verfahren VKS - 488792/13 die Antragstellerin ihren Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 14.6.2013 am 25.7.2013 zurückgezogen hat, wäre die Nachprüfungsbehörde in beiden Verfahren, da es sich um dieselben Ausschlussgründe handelt, zum gleichen Ergebnis gelangt. Auch aus der Bestimmung des Paragraph 129, Absatz eins, BVergG 2006 ist für die Antragstellerin nichts zu gewinnen. Nach Ansicht des Senates handelt es sich bei dieser Bestimmung um die Ausscheidung von Angeboten, die dem für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebot vorgereicht sind. Danach sind vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung jene Angebote auszuschneiden, die die im Paragraph 129, Absatz eins, BVergG 2006 angeführten Ausscheidungsgründe aufweisen. Wollte man den Standpunkt der Antragstellerin übernehmen, wäre jeder Auftraggeber verpflichtet, auch jene Angebote, die dem Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, nachgereicht sind, zu prüfen und gegebenenfalls auszuschneiden. Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin auch darauf, dass aus der Bekanntgabe der Ausscheidungsentscheidung, nachdem die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung angefochten hat, für diese kein Rechtsschutzdefizit gegeben sein kann. Ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden ist / war, war ohnedies durch die Nachprüfungsbehörde bei Beurteilung der Antragslegitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung zu prüfen. Die Gründe, aus denen die Antragsgegnerin die Antragslegitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung bestritten hat, hat sie im Parallelverfahren in ihrer Stellungnahme vom 3.7.2013 ausführlich dargelegt; diese Ausscheidungsgründe sind auch in der angefochtenen Ausscheidungsentscheidung vom 28.6.2013 angeführt. Jedenfalls war daher darüber zu befinden, ob das Angebot der Antragstellerin mit Ausscheidungsgründen behaftet ist und deckt sich insoweit das Thema dieser beiden Verfahren. Wenn auch im Verfahren VKS - 488792/13 die Antragstellerin ihren Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 14.6.2013 am 25.7.2013 zurückgezogen hat, wäre die Nachprüfungsbehörde in beiden Verfahren, da es sich um dieselben Ausschlussgründe handelt, zum gleichen Ergebnis gelangt.

In ihrem Schriftsatz vom 23.7.2013 hat die Antragstellerin auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 4.7.2013, Rs C-100/12-Fastweb, verwiesen und geltend gemacht, dass aus den dort angeführten Gründen ihr Angebot nicht ausgeschlossen werden dürfte, zumal die Ausscheidungsgründe auch im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegeben wären. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist aus der von ihr angezogenen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für sie nichts zu gewinnen. Gleichartige Ausscheidungsgründe hinsichtlich des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liegen nach der Aktenlage und den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens VKS - 488388/13, nicht vor. In diesem Verfahren hat der Senat mit Bescheid vom 25.7.2013 (bei dessen Verkündung der Rechtsvertreter der Antragstellerin anwesend gewesen ist), den Antrag einer anderen Bieterin auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin bezüglich einer anderen Bieterin abgewiesen und deren Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückgewiesen. Daraufhin hat die Antragstellerin in dem am selben Tage nachfolgend abgeführten Verfahren zu VKS - 488792/13 ihren Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückgezogen. Im gegenständlichen Verfahren war ausschließlich zu prüfen, ob die Ausscheidungsentscheidung rechtswidrig war, nicht aber auch die Zuschlagsentscheidung.

Aus all diesen Gründen war - ohne dass auf die sonst geltend gemachten Rechtswidrigkeiten mehr eingegangen werden konnte - der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung vom 28.6.2013 abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Ausscheidungsentscheidung; Abweisung; Nichtausfüllen echter Bieterlücken unbehebbarer Mangel;
Ausscheidungsentscheidung nach Zuschlagsentscheidung grundsätzlich nicht unzu- lässig;

Zuletzt aktualisiert am

08.01.2014

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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