

TE Bvwg Erkenntnis 2016/8/4 W134 2129113-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.08.2016

Entscheidungsdatum

04.08.2016

Norm

BVergG 2006 §101 Abs4

BVergG 2006 §106 Abs7

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2006 § 101 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W134 2129113-2/23E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Gabriele Lukassen als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Leopold-Franzens-Universität Innsbruck, Naturwissenschaftliches Institut, 6020 Innsbruck, Technikerstr. 25, 25a, 25b, Erneuerung Be- und Entlüftungsanlage Hörsäle, HKSL/MSR-Installationen", der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, aufgrund der Anträge der XXXX, vertreten durch XXXX, vom 30.06.2016 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 28.07.2016 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Gabriele Lukassen als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Leopold-Franzens-Universität Innsbruck, Naturwissenschaftliches Institut, 6020 Innsbruck, Technikerstr. 25, 25a, 25b, Erneuerung Be- und Entlüftungsanlage

Hörsäle, HKSL/MSR-Installationen", der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, aufgrund der Anträge der römisch 40, vertreten durch römisch 40, vom 30.06.2016 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 28.07.2016 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge ein Nachprüfungsverfahren durchführen und das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin sowie die Zuschlagsentscheidung zugunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wegen Rechtswidrigkeit für nichtig erklären" wird gemäß § 312 BVergG 2006 abgewiesen. römisch eins. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge ein Nachprüfungsverfahren durchführen und das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin sowie die Zuschlagsentscheidung zugunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wegen Rechtswidrigkeit für nichtig erklären" wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 abgewiesen.

II. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge der Auftraggeberin den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Gebühren binnen 14 Tagen ab Rechtskraft der Entscheidung auftragen" wird gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge der Auftraggeberin den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Gebühren binnen 14 Tagen ab Rechtskraft der Entscheidung auftragen" wird gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

Mit Schreiben vom 30.06.2016, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigklärung des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin sowie der Zuschlagsentscheidung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Die Auftraggeberin habe mit Schreiben vom 23.06.2016 mitgeteilt, dass sie beabsichtige, den Zuschlag der XXXX zu erteilen. Gleichzeitig habe die Auftraggeberin mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin nicht berücksichtigt werden könne, da es auszuschneiden sei. Die Auftraggeberin begründe die Ausscheidensentscheidung damit, dass bei bestimmten von der Antragstellerin angebotenen Produkten (Lüftungsgeräte sowie Zu- und Abluftgeräte) im Zuge der Prüfung festgestellt worden sei, dass eine Gleichwertigkeit im Vergleich zu den ausgeschriebenen Leitprodukten nicht gegeben sei. Diese Behauptung sei sowohl rechtlich als auch faktisch unrichtig. Die Auftraggeberin habe mit Schreiben vom 23.06.2016 mitgeteilt, dass sie beabsichtige, den Zuschlag der römisch 40 zu erteilen. Gleichzeitig habe die Auftraggeberin mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin nicht berücksichtigt werden könne, da es auszuschneiden sei. Die Auftraggeberin begründe die Ausscheidensentscheidung damit, dass bei bestimmten von der Antragstellerin angebotenen Produkten (Lüftungsgeräte sowie Zu- und Abluftgeräte) im Zuge der Prüfung festgestellt worden sei, dass eine Gleichwertigkeit im Vergleich zu den ausgeschriebenen Leitprodukten nicht gegeben sei. Diese Behauptung sei sowohl rechtlich als auch faktisch unrichtig.

Die Auftraggeberin sei verpflichtet, die Gleichwertigkeit der angebotenen Produkte ausschließlich anhand der von ihr in der Ausschreibung vorgegebenen Gleichwertigkeitskriterien zu prüfen. Gegen diese Verpflichtung habe die Auftraggeberin verstoßen, da sie die Gleichwertigkeitskriterien der Position 500100E der Obergruppe 03 nicht bzw. nicht korrekt angewendet habe.

Die Auftraggeberin weiche bei der Prüfung der Gleichwertigkeit der von der Antragstellerin angebotenen Produkte von ihrer eigenen Ausschreibung ab. Sie ziehe zur Prüfung der Gleichwertigkeit bis auf ein Mal (Abmessung der Geräte) keine Gleichwertigkeitskriterien heran, die in der Ausschreibung für die Prüfung der Gleichwertigkeit vorgegeben worden seien.

Als weiteren Grund, warum angeblich die von der Antragstellerin angebotenen Geräte nicht gleichwertig sein sollen,

führe die Auftraggeberin die Gesamtlänge bzw. Breite einzelner Geräte an. Bei der Abmessung der Geräte handle es sich um ein Gleichwertigkeitskriterium, welches in der Ausschreibung für die Geräte der Positionen 50.01 vorgegeben worden sei.

Unrichtig sei, dass die Antragstellerin Geräte mit im Vergleich zur Ausschreibung unterschiedlichen Abmessungen angeboten habe. Die Antragstellerin habe nach Aufforderung der Auftraggeberin die Gerätedatenblätter an die Auftraggeberin übermittelt. Bei den in den allgemeinen Datenblättern hinsichtlich der Abmessungen enthaltenen Daten handle es sich um Katalogmaße. Der Abmessung der Geräte komme bei derartigen Geräten eine vollkommen untergeordnete Bedeutung zu. Deshalb werde von Geräteherstellern in die Datenblätter Katalogmaße aufgenommen. Tatsächlich würden Lüftungsgeräte sowie Zuluft- und Abluftgeräte vom jeweiligen Hersteller immer als Sonderanfertigung produziert. Sämtliche der von der Antragstellerin angebotenen Lüftungs- sowie Zu- und Abluftgeräte würden der jeweiligen Einbausituation des Bauvorhabens entsprechenden Größe angepasst produziert. Die Antragstellerin habe genau diese Geräte angeboten. Sollte sich im Zuge der Naturmaßnahme herausstellen, dass die jeweiligen Geräte in exakt der Größe laut Ausschreibung geliefert werden müssten, so würden die Geräte in dieser Größe produziert und eingebaut. Hätte die Auftraggeberin im Zuge der Angebotsprüfung in diesem Punkt um Aufklärung ersucht, was sie nicht gemacht habe, hätte die Antragstellerin diesen Punkt umgehend aufklären können.

Zusammengefasst sei festzuhalten, dass die angebotenen Produkte der Antragstellerin jedenfalls als gleichwertige Produkte im Sinne der Vorgaben der Ausschreibung zu qualifizieren seien. Die von der Auftraggeberin herangezogenen Kriterien für die Prüfung der Gleichwertigkeit fänden in der vorliegenden Ausschreibung (bis auf die Abmessungen) keine Deckung und dürften daher für die Beurteilung der Gleichwertigkeit nicht herangezogen werden. Die angebotenen Geräte, bei denen nunmehr die Gleichwertigkeit bezweifelt werde, würden in Größen, die der jeweiligen Einbausituation des Bauvorhabens entsprächen, geliefert und erfüllten daher dieses Kriterium.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 04.07.2016 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 21.04.2016 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei mit Fax vom 23.06.2016 ausgeschieden worden. Die Zuschlagsentscheidung sei ebenfalls mit Fax vom 23.06.2016 erfolgt.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 06.07.2016, W134 2129113-1/2E, wurde der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 06.07.2016 hat diese im Wesentlichen vorgebracht, dass die von der Antragstellerin vorgelegten Datenblätter nicht den in der Ausschreibung vorgegebenen Abmessungen entsprechen würde.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 25.07.2016 hat diese im Wesentlichen zur Thematik Abmessungen der Lüftungsgeräte vorgebracht, dass die Lüftungsgeräte den Anforderungen der Ökodesign Verordnung 1253/2014 entsprechen müssten. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 25.07.2016 hat diese im Wesentlichen zur Thematik Abmessungen der Lüftungsgeräte vorgebracht, dass die Lüftungsgeräte den Anforderungen der Ökodesign Verordnung 1253 aus 2014, entsprechen müssten.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 25.07.2016 hat diese im Wesentlichen vorgebracht, dass in der bestandsfesten Ausschreibung im Detail festgelegt worden sei, welche verpflichtenden Abmessungen für die Lüftungsgeräte vorgegeben seien. In Beilage 2 wurde eine beispielhafte Gegenüberstellung der Abmessungen der Lüftungsgeräte laut Leistungsverzeichnis und laut Angebot der Antragstellerin übermittelt. Weiters wurde vorgebracht, dass die Antragstellerin in der LV Position 62.05 00P Z die Bieterlückenangabe "Geberit/Mapress" gemacht habe. Geberit sei die Herstellerbezeichnung. Dieser Hersteller habe unter anderem Versorgungsleitungen mit der Bezeichnung "Mapress" im Sortiment. Unter dieser Bezeichnung würden vom Hersteller verschiedene Produktausführungen/Typen geführt, insbesondere würden darunter sowohl Ausführungen in Edelstahl, C-Stahl als auch in Kupfer fallen. Die diesbezüglich notwendige nähere Spezifizierung des Produkts mittels Typenbezeichnung fehle dem Angebot der Antragstellerin jedoch, was einen unbehebbarer Mangel mit zwingender Ausscheidenssanktion darstelle.

Am 28.07.2016 fand darüber eine mündliche Verhandlung im Bundesverwaltungsgericht statt. Dabei wurde im Wesentlichen folgendes vorgebracht:

"RI: Ich möchte mit dem Punkt III. des Schriftsatzes der AG vom 25.07. (mangelhafte Bieterlückenangaben) beginnen."RI: Ich möchte mit dem Punkt römisch drei. des Schriftsatzes der AG vom 25.07. (mangelhafte Bieterlückenangaben) beginnen.

Unstrittig ist die Bieterlückenangabe "Geberit/Mapress" der AST.

RI: Woher weiß die AG was genau mit der Bieterlückenangabe "Geberit/Mapress" gemeint ist?

XXXX Richtig ist, dass unter der reinen Bezeichnung "Geberit/Mapress" Edelstahlrohre, C-Stahlrohre und Kupferrohre geliefert werden könnten. In Zusammenschau mit der Position 02620500P Z die die Lieferung von Edelstahlrohren vorsieht, geht klar hervor, dass nur das System "Geberit/Mapress" (Edelstahlrohr) angeboten sein kann weshalb auch eine nachträgliche Beeinflussung des Wettbewerbs ausgeschlossen ist. Auch ein nachträgliches Wahlrecht durch den Bieter bzw. den AG ist ausgeschlossen. Diesen Umstand hätte die AST - wäre die AG den Bestimmungen in der Ausschreibung sowie den gesetzlichen Vorgaben gemäß § 98, 106 und 123 ff nachgekommen - auch aufklären können. Zur Vorgehensweise bei der Aufklärung wird auf das Schreiben Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen S. 4 Punkt 2. Bieterlücken verwiesen. Derrömisch 40 Richtig ist, dass unter der reinen Bezeichnung "Geberit/Mapress" Edelstahlrohre, C-Stahlrohre und Kupferrohre geliefert werden könnten. In Zusammenschau mit der Position 02620500P Z die die Lieferung von Edelstahlrohren vorsieht, geht klar hervor, dass nur das System "Geberit/Mapress" (Edelstahlrohr) angeboten sein kann weshalb auch eine nachträgliche Beeinflussung des Wettbewerbs ausgeschlossen ist. Auch ein nachträgliches Wahlrecht durch den Bieter bzw. den AG ist ausgeschlossen. Diesen Umstand hätte die AST - wäre die AG den Bestimmungen in der Ausschreibung sowie den gesetzlichen Vorgaben gemäß Paragraph 98, 106 und 123 ff nachgekommen - auch aufklären können. Zur Vorgehensweise bei der Aufklärung wird auf das Schreiben Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen S. 4 Punkt 2. Bieterlücken verwiesen. Der

3. Satz des ersten Absatzes der lautet: "Wenn die vom Bieter genannten Fabrikate, Typen, Erzeugnisse, Systeme oder Materialien nach erfolgter Aufklärung und sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt gemäß § 106 Abs. 7 BVergG 2006 das ausgeschriebene Leitprodukt als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat." Die AST hat in ihrem Begleitschreiben keine derartige Erklärung abgegeben. Dennoch ergibt sich aus der oben zitierten Bestimmung der Ausschreibung, dass die AG - bevor sie ein Angebot ausscheidet - ein Aufklärungsverfahren durchzuführen hat.3. Satz des ersten Absatzes der lautet: "Wenn die vom Bieter genannten Fabrikate, Typen, Erzeugnisse, Systeme oder Materialien nach erfolgter Aufklärung und sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt gemäß Paragraph 106, Absatz 7, BVergG 2006 das ausgeschriebene Leitprodukt als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat." Die AST hat in ihrem Begleitschreiben keine derartige Erklärung abgegeben. Dennoch ergibt sich aus der oben zitierten Bestimmung der Ausschreibung, dass die AG - bevor sie ein Angebot ausscheidet - ein Aufklärungsverfahren durchzuführen hat.

XXXX Die Ausführungen der AST werden bestritten. Wie die AST selbst vorbringt, handelt es sich bei der Bieterlückenangabe "Geberit/Mapress" lediglich um eine Angabe des Herstellers (Geberit) und eines Systems des Herstellers (Mapress) und um keine eindeutige Spezifikation eines Typs und eines Erzeugnisses. Es steht somit fest, dass aus dem objektiven Erklärungswert des Angebots der AST keine eindeutig Bieterlückenangabe zu entnehmen ist. Die von der AST vorgebrachte Interpretation, wonach es sich aus dem Positionstext ergebe, was angeboten sei, ist unzulässig, gemäß ständiger Rechtsprechung der Vergabenachprüfungsinstanzen insbesondere des BVwG liegt vielmehr ein unbehebbarer Mangel des Angebots vor, weshalb eine Aufklärung unzulässig ist. Die von der AST vorgebrachte Angebotsbestimmung Punkt 2 ist vor diesen Hintergrund jedenfalls vergaberechtskonform zu verstehen und kann sich eine Aufklärung und sachverständige Prüfung nur auf ein bereits im Angebot eindeutig spezifiziertes Erzeugnis beziehen. Zum angeblichen bestehenden oder nicht bestehenden Wahlrecht sei auf die ständige Rechtsprechung verwiesen.römisch 40 Die Ausführungen der AST werden bestritten. Wie die AST selbst vorbringt, handelt es sich bei der Bieterlückenangabe "Geberit/Mapress" lediglich um eine Angabe des Herstellers (Geberit) und eines Systems des Herstellers (Mapress) und um keine eindeutige Spezifikation eines Typs und eines Erzeugnisses. Es

steht somit fest, dass aus dem objektiven Erklärungswert des Angebots der AST keine eindeutig Bieterlückenangabe zu entnehmen ist. Die von der AST vorgebrachte Interpretation, wonach es sich aus dem Positionstext ergebe, was angeboten sei, ist unzulässig, gemäß ständiger Rechtsprechung der Vergabenachprüfungsinstanzen insbesondere des BVwG liegt vielmehr ein unbehebbarer Mangel des Angebots vor, weshalb eine Aufklärung unzulässig ist. Die von der AST vorgebrachte Angebotsbestimmung Punkt 2 ist vor diesen Hintergrund jedenfalls vergaberechtskonform zu verstehen und kann sich eine Aufklärung und sachverständige Prüfung nur auf ein bereits im Angebot eindeutig spezifiziertes Erzeugnis beziehen. Zum angeblichen bestehenden oder nicht bestehenden Wahlrecht sei auf die ständige Rechtsprechung verwiesen.

Der Senat nimmt unter Beteiligung der Parteien im Internet Einblick in die Homepage der Firma Geberit. [Anmerkung: Es folgen im Verhandlungsprotokoll 3 Screenshots der Homepage der Firma Geberit betreffend "Geberit Mapress Kupfer", "Geberit Mapress Edelstahl" und "Geberit Mapress C-Stahl"; diese zeigen für das jeweilige Material das entsprechende Sortiment.]

XXXX Bei Bieterlücken geht es um das - durch die gesicherte Rechtsprechung bestätigte und ausjudizierte - einfache Grundprinzip, dass der AG weiß, was angeboten ist. Eine Auslegung dahingehend, wie es die AST offenbar verstanden wissen will, würde im Übrigen auch zu Lasten all jener Bieter gehen, die vollständige und eindeutige Bieterlückenangaben in ihrem Angebot machen. In der LV Position 04 römisch 40 Bei Bieterlücken geht es um das - durch die gesicherte Rechtsprechung bestätigte und ausjudizierte - einfache Grundprinzip, dass der AG weiß, was angeboten ist. Eine Auslegung dahingehend, wie es die AST offenbar verstanden wissen will, würde im Übrigen auch zu Lasten all jener Bieter gehen, die vollständige und eindeutige Bieterlückenangaben in ihrem Angebot machen. In der LV Position 04

67.10 00P Z ist die Bieterlücke von der AST ebenfalls mit "Geberit/Mapress" ausgefüllt.

XXXX In Erwiderung des Vorbringens der Antragsgegnerin halte ich fest, dass behebbare Angebotsmängel nicht zu Lasten anderer Bieter gehen und im Übrigen muss man sich vergegenwärtigen, dass am Ende eines Vergabeverfahrens der Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages steht. Sollte allenfalls ein Zivilgericht das Angebot der AST in den genannten Bieterlücken zu beurteilen haben hinsichtlich der Frage aus welchem Material die angebotenen Rohre sein müssen, würde es jedenfalls zu dem Ergebnis kommen, dass sich aus einer Gesamtschau der Vertragsdokumente, insbesondere des Leistungsverzeichnisses unzweifelhaft ergibt, dass von der AST Edelstahlrohre des Herstellers Geberit, System Mapress, angeboten wurden. römisch 40 In Erwiderung des Vorbringens der Antragsgegnerin halte ich fest, dass behebbare Angebotsmängel nicht zu Lasten anderer Bieter gehen und im Übrigen muss man sich vergegenwärtigen, dass am Ende eines Vergabeverfahrens der Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages steht. Sollte allenfalls ein Zivilgericht das Angebot der AST in den genannten Bieterlücken zu beurteilen haben hinsichtlich der Frage aus welchem Material die angebotenen Rohre sein müssen, würde es jedenfalls zu dem Ergebnis kommen, dass sich aus einer Gesamtschau der Vertragsdokumente, insbesondere des Leistungsverzeichnisses unzweifelhaft ergibt, dass von der AST Edelstahlrohre des Herstellers Geberit, System Mapress, angeboten wurden.

XXXX Das Vorbringen wird bestritten. römisch 40 Das Vorbringen wird bestritten.

RI: Wir kommen nun zum Punkt I. des Schreibens der AG vom 25.07. (Abmessungen) RI: Wir kommen nun zum Punkt römisch eins. des Schreibens der AG vom 25.07. (Abmessungen).

RI fragt die AST: Sind bei den Abmessungen im Punkt 500161 Außenabmessungen Ihrer Meinung nach vorgegeben?

XXXX Meiner Meinung nach sind in der Ausschreibung in der Position 500161 und in allen anderen Positionen des Punktes I. des Schreibens der AG vom 25.07. Außenabmessungen gemeint. römisch 40 Meiner Meinung nach sind in der Ausschreibung in der Position 500161 und in allen anderen Positionen des Punktes römisch eins. des Schreibens der AG vom 25.07. Außenabmessungen gemeint.

RI fragt die AST: Entsprechen die Abmessungen in den oben genannten Positionen Ihres Angebotes diesen Ausschreibungsbestimmungen?

XXXX Ja, weil unter Abmessungen jene Vorgaben, die sich aus der ErP Richtlinie ergeben, gemeint sind. Diese Abmessungen werden jedenfalls eingehalten. Die ErP Richtlinie ist deshalb von Relevanz, weil ihre Einhaltung beispielsweise in Position 50155Z zwingend gefordert ist und die Nichteinhaltung einen ausdrücklich genannten

Ausscheidungsgrund darstellt. Im Übrigen verweisen wir auf unser bisheriges Vorbringen, wonach die von uns angebotenen Geräte nach vorangehender Aufnahme von Naturmaßen entsprechend der Situation vor Ort produziert werden. Dies hätten wir der AG auch mitgeteilt, hätte sie ein entsprechendes Aufklärungsersuchen gestellt. Diesbezüglich verweist die AST auf die ständige Rechtsprechung wonach Aufklärungsersuchen unmissverständlich formuliert werden müssen, sodass die aufzuklärenden Umstände bzw. der jeweils zu behebende Mangel klar zu erkennen sind. Andernfalls ist ein Bieter nochmals zur Aufklärung aufzufordern. römisch 40 Ja, weil unter Abmessungen jene Vorgaben, die sich aus der ErP Richtlinie ergeben, gemeint sind. Diese Abmessungen werden jedenfalls eingehalten. Die ErP Richtlinie ist deshalb von Relevanz, weil ihre Einhaltung beispielsweise in Position 50155Z zwingend gefordert ist und die Nichteinhaltung einen ausdrücklich genannten Ausscheidungsgrund darstellt. Im Übrigen verweisen wir auf unser bisheriges Vorbringen, wonach die von uns angebotenen Geräte nach vorangehender Aufnahme von Naturmaßen entsprechend der Situation vor Ort produziert werden. Dies hätten wir der AG auch mitgeteilt, hätte sie ein entsprechendes Aufklärungsersuchen gestellt. Diesbezüglich verweist die AST auf die ständige Rechtsprechung wonach Aufklärungsersuchen unmissverständlich formuliert werden müssen, sodass die aufzuklärenden Umstände bzw. der jeweils zu behebende Mangel klar zu erkennen sind. Andernfalls ist ein Bieter nochmals zur Aufklärung aufzufordern.

RI: Ich wiederhole meine oben gestellte Frage und konkretisiere diese. Welche Abmessungen haben Sie im Punkt 500161 angeboten?

XXXX Wenn das Gericht Abmessungen im Sinne von Außenabmessungen interpretiert verweise ich auf die von der AG vorgelegte Beilage 2. Die in Beilage 2 genannten Abmessungen insbesondere laut Angebot römisch 40 Wenn das Gericht Abmessungen im Sinne von Außenabmessungen interpretiert verweise ich auf die von der AG vorgelegte Beilage 2. Die in Beilage 2 genannten Abmessungen insbesondere laut Angebot

XXXX sind richtig wiedergegeben wie sich aus Beilage 1 auch ergibt. Die AST geht im Übrigen davon aus, dass kein Bieter die Abmessungen in Punkt 50.01.99A einhalten kann, da dies unter gleichzeitiger Einhaltung der ErP Richtlinie technisch nicht möglich ist. römisch 40 sind richtig wiedergegeben wie sich aus Beilage 1 auch ergibt. Die AST geht im Übrigen davon aus, dass kein Bieter die Abmessungen in Punkt 50.01.99A einhalten kann, da dies unter gleichzeitiger Einhaltung der ErP Richtlinie technisch nicht möglich ist.

XXXX Das Verlangen nach zwingender Einhaltung der ErP Richtlinien wird nicht bestritten, ist aber nur eine der Vorgaben der bestandsfesten Ausschreibung. Die Abmessungen jedoch eine zusätzliche eigenständige Festlegung der bestandsfesten Ausschreibung. Der ErP Richtlinie sind keine Aussagen über Abmessungen zu entnehmen. Einzig maßgeblich ist die bestandsfeste Ausschreibung, Abmessungen sind Abmessungen, dies ist sowohl als Gleichwertigkeitskriterium als auch im Positionstext des LV so ausdrücklich bezeichnet. Wenn die AST vorbringt, dass die Abmessungen angeblich von keinem Bieter eingehalten werden können, dann widerspricht sie ihrem eigenen Vorbringen, wonach die Geräte gemäß der Ausschreibung ohnehin individuell gefertigt werden. Im Übrigen wird auf das bereits erstattete Vorbringen der Antragsgegnerin verwiesen. römisch 40 Das Verlangen nach zwingender Einhaltung der ErP Richtlinien wird nicht bestritten, ist aber nur eine der Vorgaben der bestandsfesten Ausschreibung. Die Abmessungen jedoch eine zusätzliche eigenständige Festlegung der bestandsfesten Ausschreibung. Der ErP Richtlinie sind keine Aussagen über Abmessungen zu entnehmen. Einzig maßgeblich ist die bestandsfeste Ausschreibung, Abmessungen sind Abmessungen, dies ist sowohl als Gleichwertigkeitskriterium als auch im Positionstext des LV so ausdrücklich bezeichnet. Wenn die AST vorbringt, dass die Abmessungen angeblich von keinem Bieter eingehalten werden können, dann widerspricht sie ihrem eigenen Vorbringen, wonach die Geräte gemäß der Ausschreibung ohnehin individuell gefertigt werden. Im Übrigen wird auf das bereits erstattete Vorbringen der Antragsgegnerin verwiesen.

RI fragt den AG: Haben die Bieter entsprechend der Ausschreibung die Abmessungen der im Punkt I. ihres Schreibens vom 25.07. genannten Positionen entsprechend der ErP Richtlinie selbst zu berechnen? RI fragt den AG: Haben die Bieter entsprechend der Ausschreibung die Abmessungen der im Punkt römisch eins. ihres Schreibens vom 25.07. genannten Positionen entsprechend der ErP Richtlinie selbst zu berechnen?

XXXX Nein, die Bieter haben die Abmessungen entsprechend den in den genannten Positionen genannten Angaben über die Abmessungen samt technischen Vorgaben einzuhalten, wobei es sich dabei um Außenabmessungen handelt. Eigene Berechnungen betreffend die Abmessungen sind vom Bieter nicht anzustellen. römisch 40 Nein, die Bieter

haben die Abmessungen entsprechend den in den genannten Positionen genannten Angaben über die Abmessungen samt technischen Vorgaben einzuhalten, wobei es sich dabei um Außenabmessungen handelt. Eigene Berechnungen betreffend die Abmessungen sind vom Bieter nicht anzustellen.

XXXX Die AST geht davon aus, dass ein Widerruf der Ausschreibung erforderlich ist weil sie davon ausgeht, dass kein Bieter die Abmessungen der in den Positionen 500199A, 500199D, 500199G, 500199I laut LV und zugleich die Vorgaben der ErP Richtlinie einhalten kann und beantragt hilfsweise dazu die Einholung eines SV-Gutachtens aus dem Bereich Lüftungsbau zur Beantwortung folgender Frage: Können mit dem von der Antragsgegnerin in der Ausschreibung genannten Abmessungen in den vorgenannten Positionen gleichzeitig die Vorgaben der ErP Richtlinie bzw. der dazu erlassenen Verordnungen und die in der Ausschreibung in den vorgenannten Positionen geforderten Abmessungen eingehalten werden?
römisch 40 Die AST geht davon aus, dass ein Widerruf der Ausschreibung erforderlich ist weil sie davon ausgeht, dass kein Bieter die Abmessungen der in den Positionen 500199A, 500199D, 500199G, 500199I laut LV und zugleich die Vorgaben der ErP Richtlinie einhalten kann und beantragt hilfsweise dazu die Einholung eines SV-Gutachtens aus dem Bereich Lüftungsbau zur Beantwortung folgender Frage: Können mit dem von der Antragsgegnerin in der Ausschreibung genannten Abmessungen in den vorgenannten Positionen gleichzeitig die Vorgaben der ErP Richtlinie bzw. der dazu erlassenen Verordnungen und die in der Ausschreibung in den vorgenannten Positionen geforderten Abmessungen eingehalten werden?

XXXX Das Vorbringen der AST zum angeblichen Widerrufsgrund wird bestritten und widerspricht dieses Vorbringen einerseits dem eigenen Vorbringen in ihrem Schriftsatz vom 30.06.2016 Punkt 4.4 ("Sämtliche der von der AST angebotenen Lüftungs- sowie Zu- und Abluftgeräte werden der jeweiligen Einbausituation des Bauvorhabens entsprechenden Größe angepasst produziert. Die AST hat genau diese Geräte angeboten. ..."), andererseits ist dieses Vorbringen gar nicht verfahrensgegenständlich. Im Übrigen fehlt es der AST hier an Rechtsschutzinteresse und wird die Antragslegitimation der AST nicht bestritten.
römisch 40 Das Vorbringen der AST zum angeblichen Widerrufsgrund wird bestritten und widerspricht dieses Vorbringen einerseits dem eigenen Vorbringen in ihrem Schriftsatz vom 30.06.2016 Punkt 4.4 ("Sämtliche der von der AST angebotenen Lüftungs- sowie Zu- und Abluftgeräte werden der jeweiligen Einbausituation des Bauvorhabens entsprechenden Größe angepasst produziert. Die AST hat genau diese Geräte angeboten. ..."), andererseits ist dieses Vorbringen gar nicht verfahrensgegenständlich. Im Übrigen fehlt es der AST hier an Rechtsschutzinteresse und wird die Antragslegitimation der AST nicht bestritten.

XXXX Ich bestreite. Der Widerspruch ist nicht ersichtlich, da dem Vorbringen der AST eine andere Interpretation des Kriteriums "Abmessungen" zugrunde liegt. Darüber hinaus fehlt es der AST auch nicht an einem Rechtsschutzinteresse, da sie sich für den Fall des zwingend gebotenen Widerrufs - es liegt kein ausschreibungskonformes Angebot vor - wieder an der Ausschreibung beteiligen könnte.
römisch 40 Ich bestreite. Der Widerspruch ist nicht ersichtlich, da dem Vorbringen der AST eine andere Interpretation des Kriteriums "Abmessungen" zugrunde liegt. Darüber hinaus fehlt es der AST auch nicht an einem Rechtsschutzinteresse, da sie sich für den Fall des zwingend gebotenen Widerrufs - es liegt kein ausschreibungskonformes Angebot vor - wieder an der Ausschreibung beteiligen könnte.

XXXX Das wird bestritten. Insbesondere liegt der Widerspruch in der Ausschreibung nicht vor. Es besteht auch sonst kein Widerrufsgrund."
römisch 40 Das wird bestritten. Insbesondere liegt der Widerspruch in der Ausschreibung nicht vor. Es besteht auch sonst kein Widerrufsgrund."

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

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. hat einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahren im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 21.04.2016 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin ist mit Fax vom 23.06.2016 ausgeschieden worden. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der XXXX ist ebenfalls mit Fax vom 23.06.2016 erfolgt. (Schreiben der Auftraggeberin vom 04.07.2016). Die Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. hat einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahren im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 21.04.2016 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin ist mit Fax vom 23.06.2016 ausgeschieden worden. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der römisch 40 ist ebenfalls mit Fax vom 23.06.2016 erfolgt. (Schreiben der Auftraggeberin vom 04.07.2016).

Eine beispielhafte Gegenüberstellung der Abmessungen der zu beschaffenden Lüftungsgeräte laut

Leistungsverzeichnis und laut Angebot der Antragstellerin lautet wie folgt:

LV Position

Lüftungsgerät

Abmessungen lt. Leistungsverzeichnis

Abmessungen lt. Angebot Fa. XXXXAbmessungen lt. Angebot Fa. römisch 40

50.01.61

Rotationstauscher / Gebäude T25 Nord

LxBxH 3.276 x 3.226 x 2.226 mm

LxBxH 2.080 x 3.180 x 3.540 mm

50.01.69

Rotationstauscher / Gebäude T25 Süd

LxBxH 3.276 x 3.226 x 2.226 mm

LxBxH 2.080 x 3.180 x 3.540 mm

50.01.93

Lüftungsgerät / Experim.Physik Trakt IV 17.600 m³/hLüftungsgerät / Experim.Physik Trakt römisch vier 17.600 m³/h

LxBxH 8.348 x 2.231 x 2.576 mm

LxBxH 10.415 x 2.020 x 2.880 mm

50.01.97

Lüftungsgerät / Experim.Physik Trakt II-G00 8.000 m³/h

LxBxH 7.737 x 1.621 x 1.836 mm

LxBxH 9.370 x 1.390 x 2.180 mm

50.01.99A

Zuluftgerät / Mikrobiologie Trakt II 12.000 m³/hZuluftgerät / Mikrobiologie Trakt römisch zwei 12.000 m³/h

LxBxH 5.266 x 1.316 x 2.866 mm

LxBxH 12.420 x 1.720 x 1.390 mm

50.01.99D

Abluftgerät / Mikrobiologie Trakt II 12.000 m³/hAbluftgerät / Mikrobiologie Trakt römisch zwei 12.000 m³/h

LxBxH 5.730 x 1.316 x 2.866mm

LxBxH 10.170 x 1.720 x 1.390 mm

50.01.99G

Zuluftgerät / Labor T25d 8.600 m³/h

LxBxH 4.879 x 1.316 x 2.216 mm

LxBxH 11.130 x 1.390 x 1.390 mm

50.01.99I

Abluftgerät / Labor T25d 4.000 m³/h

LxBxH 4.280 x 1.011 x 1.606 mm

LxBxH 9.570 x 1.090 x 1.090 mm

50.01.99K

Abluftgerät / Labor T25d 1.500 m3/h

LxBxH 3.857 x 706 x 1.222 mm

LxBxH 9.570 x 770 x 770 mm

(Beilage 2 des Schreibens der Auftraggeberin vom 25.07.2016, bestätigende Aussage der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung)

Die LV Position 02 620500P Z lautet auszugsweise:

"[...]

Anschlussleitungen im Boden, Verteilleitungen an der Decke, Steigleitungen,

Leitungen in einer Technikzentrale bis DNID50:

Material:

dünnwandige, längsnaht geschweißte Edelstahlrohre 1.4401

nach EN 10088, EN 10312 und EN 10217-7

Außen- und Innenseite metallisch blank

Verbindung der Rohr- und Formstücke: Pressverfahren

In den Positionen sind sämtliche Form- und Verbindungsstücke sowie das Befestigungsmaterial einzukalkulieren.

Fabrikat: Kelit

Type: SteelFIX NF100

Angeboten ist das beispielhafte oder ein

Erzeugnis/Type gleichwertiger Art.Erzeugnis/Type gleichwertiger "Art".

Angeboten:....."

(Ausschreibungsunterlagen)

Das Angebot der Antragstellerin für die oben genannte Bieterlücke lautet: "GEBERIT/MAPRESS" (Angebot der Antragstellerin)

Die Firma Geberit bietet unter der Bezeichnung "GEBERIT/MAPRESS" mehrere Rohrmaterialien an nämlich Kupfer, Edelstahl und C-Stahl. (Verhandlungsschrift S. 5ff, Homepage der Firma Geberit)

Die LV Position 03 500155 Z lautet auszugsweise:

"ErP-Richtlinie 2018

Sämtliche unten angeführten Lüftungsgeräte sind in Ihrer Ausführung so anzubieten, dass sie der ErP-Richtlinie 2018 entsprechen!

Abweichungen zur ErP-Richtlinie 2018 stellen einen Ausscheidungsgrund dar!!!" (Ausschreibungsunterlagen)

Die Antragstellerin hat keine Erklärung gemäß § 106 Abs. 7 letzter Satz BVergG 2006 in einem Begleitschreiben zu ihrem Angebot abgegeben. (Angebot der Antragstellerin)Die Antragstellerin hat keine Erklärung gemäß Paragraph 106, Absatz 7, letzter Satz BVergG 2006 in einem Begleitschreiben zu ihrem Angebot abgegeben. (Angebot der Antragstellerin)

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht.

3. Rechtliche Beurteilung:

Die Ausschreibungsunterlagen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024).

Die Ausschreibung ist nicht bekämpft und daher bestandsfest geworden. Allfällige Rechtswidrigkeiten einer

bestandsfesten Entscheidung dürfen von der Vergabekontrollbehörde im Rahmen der Nachprüfung einer späteren Auftraggeberentscheidung nicht aufgegriffen werden (VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029).

3. a) Zu den Anträgen auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und des Ausscheidens (Spruchpunkt A) I.); Ausscheidensgrund mangelhafte Abmessungen:3. a) Zu den Anträgen auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und des Ausscheidens (Spruchpunkt A) römisch eins.); Ausscheidensgrund mangelhafte Abmessungen:

Die Auftraggeberin hat das Angebot der Antragstellerin unter anderem deshalb ausgeschieden, weil die von der Antragstellerin angebotenen diversen Lüftungsgeräte nicht gleichwertig mit den ausgeschriebenen Leitprodukten seien. Die Auftraggeberin verwies dazu auf ihre Beilage 2 und darauf, dass die Abmessungen im Angebot der Antragstellerin nicht den Abmessungen laut dem Leistungsverzeichnis entsprechend würden.

Die Antragstellerin hat dazu zusammengefasst vorgebracht, dass die Lüftungsgeräte entsprechend der Ausschreibung den Anforderungen der ErP-Richtlinie 2018 (LV Position 03 500155 Z) sowie der Ökodesign Verordnung 1253/2014 entsprechen müssten. Die im Angebot der Antragstellerin angebotenen Abmessungen der Lüftungsgeräte würden dem entsprechen, weil unter Abmessungen jene Vorgaben, die sich aus der ErP Richtlinie ergeben, gemeint seien. Diese Abmessungen würden von der Antragstellerin jedenfalls eingehalten. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass kein Bieter die Abmessungen in Punkt 50.01.99A einhalten könne, da dies unter gleichzeitiger Einhaltung der ErP Richtlinie technisch nicht möglich sei. Die Antragstellerin beantrage hilfsweise dazu die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Bereich Lüftungsbau zur Beantwortung folgender Frage: Können mit dem von der Antragsgegnerin in der Ausschreibung genannten Abmessungen in den vorgenannten Positionen gleichzeitig die Vorgaben der ErP Richtlinie bzw. der dazu erlassenen Verordnungen und die in der Ausschreibung in den vorgenannten Positionen geforderten Abmessungen eingehalten werden?Die Antragstellerin hat dazu zusammengefasst vorgebracht, dass die Lüftungsgeräte entsprechend der Ausschreibung den Anforderungen der ErP-Richtlinie 2018 (LV Position 03 500155 Z) sowie der Ökodesign Verordnung 1253 aus 2014, entsprechen müssten. Die im Angebot der Antragstellerin angebotenen Abmessungen der Lüftungsgeräte würden dem entsprechen, weil unter Abmessungen jene Vorgaben, die sich aus der ErP Richtlinie ergeben, gemeint seien. Diese Abmessungen würden von der Antragstellerin jedenfalls eingehalten. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass kein Bieter die Abmessungen in Punkt 50.01.99A einhalten könne, da dies unter gleichzeitiger Einhaltung der ErP Richtlinie technisch nicht möglich sei. Die Antragstellerin beantrage hilfsweise dazu die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Bereich Lüftungsbau zur Beantwortung folgender Frage: Können mit dem von der Antragsgegnerin in der Ausschreibung genannten Abmessungen in den vorgenannten Positionen gleichzeitig die Vorgaben der ErP Richtlinie bzw. der dazu erlassenen Verordnungen und die in der Ausschreibung in den vorgenannten Positionen geforderten Abmessungen eingehalten werden?

Der im Sachverhalt wiedergegebenen Tabelle von Lüftungsgeräten von 9 LV Positionen kann entnommen werden, dass die Abmessungen der von der Antragstellerin in diesen Positionen angebotenen Lüftungsgeräten nicht den geforderten Abmessungen laut dem Leistungsverzeichnis der Ausschreibungsunterlagen entsprechen. Die angebotenen Lüftungsgeräte weichen in zum Teil erheblichen Ausmaß davon ab. Es handelt sich somit beim Angebot der Antragstellerin um ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, weshalb es gemäß § 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 zu Recht ausgeschieden wurde.Der im Sachverhalt wiedergegebenen Tabelle von Lüftungsgeräten von 9 LV Positionen kann entnommen werden, dass die Abmessungen der von der Antragstellerin in diesen Positionen angebotenen Lüftungsgeräten nicht den geforderten Abmessungen laut dem Leistungsverzeichnis der Ausschreibungsunterlagen entsprechen. Die angebotenen Lüftungsgeräte weichen in zum Teil erheblichen Ausmaß davon ab. Es handelt sich somit beim Angebot der Antragstellerin um ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, weshalb es gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 zu Recht ausgeschieden wurde.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass die im Angebot der Antragstellerin angebotenen Abmessungen der Lüftungsgeräte der Ausschreibung entsprechen würden, weil unter Abmessungen jene Vorgaben, die sich aus der ErP Richtlinie ergeben würden gemeint seien, so ist ihr entgegenzuhalten, dass bei Ausschreibungen grundsätzlich nicht davon auszugehen ist, dass Auftraggeber bewusst in sich widersprüchliche Anforderungen aufstellen (was die Antragstellerin offenbar zu argumentieren versucht wenn sie davon ausgeht, dass kein Bieter die Abmessungen in Punkt 50.01.99A einhalten könne, da dies unter gleichzeitiger Einhaltung der ErP Richtlinie technisch nicht möglich sei). Es ist vielmehr die Ausschreibung nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter

bei Anwendung der üblichen Sorgfalt so zu interpretieren, dass die darin konkret geforderten Abmessungen und sonstigen konkreten Vorgaben jedenfalls einzuhalten sind und darüber hinaus bei anderen (nicht konkret genannten) Parametern, wenn dies für die Ausschreibungsposition gefordert ist, das zu beschaffende Lüftungsgerät auch den Vorgaben der Ökodesign Verordnung bzw. der ERP Richtlinie zu entsprechen hat. Das Vorbringen der Antragstellerin, dass sie davon ausgehe, dass kein Bieter die Abmessungen in Punkt 50.01.99A einhalten könne, da dies unter gleichzeitiger Einhaltung der ErP Richtlinie technisch nicht möglich sei, geht daher ebenso ins Leere, wie die beantragte Bestellung eines Sachverständigen.

Das Vorbringen der Antragstellerin wonach die Lüftungsgeräte immer als Sonderanfertigungen entsprechend der jeweiligen Einbausituation des Bauvorhabens angepasst produziert würden widerspricht ihrem eigenen Angebot, in welchem millimetergenaue Abmessungen der Lüftungsgeräte angeboten wurden (siehe Beilage 2).

3. b) Zu den Anträgen auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und des Ausscheidens (Spruchpunkt A) I.); Ausscheidensgrund mangelhafte Bieterlücke: 3. b) Zu den Anträgen auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und des Ausscheidens (Spruchpunkt A) römisch eins.); Ausscheidensgrund mangelhafte Bieterlücke:

Die Auftraggeberin hat einen weiteren Ausscheidungsgrund, weswegen die Antragstellerin allerdings nicht ausgeschieden wurde, vorgebracht. Das Angebot der Antragstellerin sei auch deshalb auszuschneiden, weil die Antragstellerin in der Bieterlücke der LV Position 02 620500P Z "GEBERIT/MAPRESS" angeboten habe. Dabei handle es sich wegen der fehlenden notwendigen näheren Spezifizierung des Produkts um einen unbehebbarer Mangel.

Die Antragstellerin hat dazu zusammengefasst vorgebracht, dass unter der reinen Bezeichnung "Geberit/Mapress" Edelstahlrohre, C-Stahlrohre und Kupferrohre geliefert werden könnten. In Zusammenschau mit der Position 02620500P Z, die die Lieferung von Edelstahlrohren vorsehe, gehe klar hervor, dass nur das System "Geberit/Mapress" (Edelstahlrohr) angeboten sein könne.

Aus der Homepage der Firma Geberit ergibt sich, dass diese unter der Bezeichnung "GEBERIT/MAPRESS" mehrere Rohrmaterialien anbietet, nämlich Kupfer, Edelstahl und C-Stahl. Dies wird auch von der Antragstellerin nicht bestritten.

Dadurch, dass die Zweitanzugstellerin die Bieterlücke nicht exakt spezifiziert hat, wird der Auftraggeberin aber von vornherein eine sachverständige Prüfung (vgl. auch § 106 Abs. 7 BVergG) des in der Ausschreibung vorgesehenen Materials ("dünnwandige, längsnaht geschweißte Edelstahlrohre 1.4401 nach EN 10088, EN 10312 und EN 10217-7") verunmöglicht. Eine sachverständige Prüfung kann nämlich nur dann durchgeführt werden, wenn das entsprechende Produkt, das ein Bieter an Stelle des ausgeschriebenen Erzeugnisses anbieten will, exakt beschrieben ist. Eine exakte hinreichend spezifizierte Nennung eines Produktes in den genannten Bieterlücken war jedoch dem Angebot der Antragstellerin nicht zu entnehmen. Folglich konnte die Auftraggeberin eine Prüfung im Sinne des § 106 Abs. 7 BVergG nicht vornehmen. Dadurch, dass die Zweitanzugstellerin die Bieterlücke nicht exakt spezifiziert hat, wird der Auftraggeberin aber von vornherein eine sachverständige Prüfung vergleiche auch Paragraph 106, Absatz 7, BVergG) des in der Ausschreibung vorgesehenen Materials ("dünnwandige, längsnaht geschweißte Edelstahlrohre 1.4401 nach EN 10088, EN 10312 und EN 10217-7") verunmöglicht. Eine sachverständige Prüfung kann nämlich nur dann durchgeführt werden, wenn das entsprechende Produkt, das ein Bieter an Stelle des ausgeschriebenen Erzeugnisses anbieten will, exakt beschrieben ist. Eine exakte hinreichend spezifizierte Nennung eines Produktes in den genannten Bieterlücken war jedoch dem Angebot der Antragstellerin nicht zu entnehmen. Folglich konnte die Auftraggeberin eine Prüfung im Sinne des Paragraph 106, Absatz 7, BVergG nicht vornehmen.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass in Zusammenschau mit der Position 02620500P Z, die die Lieferung von Edelstahlrohren vorsehe, klar hervor gehe, dass nur das System "Geberit/Mapress" (Edelstahlrohr) angeboten sein könne, übersieht sie, dass nach der Judikatur des BVwG (BVwG 12.02.2016, W134 2118711-2/23E; BVwG 28.08.2014, W138 2009787-2/16E; BVwG 17.09.2015, W123 2112177-1) ein "Wahlrecht", das der ausschreibenden Stelle durch uneindeutige Bezeichnungen eingeräumt werden würde, nach Angebotsöffnung im offenen Verfahren nicht mehr zulässig ist. Eine solche Vorgehensweise verstieße gegen das Verbandsverbot im Sinne des § 101 Abs. 4 BVergG und würde im Sinne des Erkenntnisses des VwGH vom 25.02.2004, 2003/04/0186, wegen der zusätzlichen zur Verfügung gestellten Zeit, die den anderen Bietern (die die Bieterlücken im Angebot ausschreibungskonform ausgefüllt haben) bei der Ausarbeitung ihres Angebotes nicht gewährt wurde, durch eine Mängelbehebung eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung eintreten. Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass in Zusammenschau mit der

Position 02620500P Z, die die Lieferung von Edelstahlrohren vorsehe, klar hervor gehe, dass nur das System "Geberit/Mapress" (Edelstahlrohr) angeboten sein könne, übersieht sie, dass nach der Judikatur des BVwG (BVwG 12.02.2016, W134 2118711-2/23E; BVwG 28.08.2014, W138 2009787-2/16E; BVwG 17.09.2015, W123 2112177-1) ein "Wahlrecht", das der ausschreibenden Stelle durch uneindeutige Bezeichnungen eingeräumt werden würde, nach Angebotsöffnung im offenen Verfahren nicht mehr zulässig ist. Eine solche Vorgehensweise verstieße gegen das Verbandsverbot im Sinne des Paragraph 101, Absatz 4, BVergG und würde im Sinne des Erkenntnisses des VwGH vom 25.02.2004, 2003/04/0186, wegen der zusätzlichen zur Verfügung gestellten Zeit, die den anderen Bietern (die die Bieterlücken im Angebot ausschreibungskonform ausgefüllt haben) bei der Ausarbeitung ihres Angebotes nicht gewährt wurde, durch eine Mängelbehebung eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung eintreten.

Im Falle eines unbehebbar Mangels, wie im gegenständlichen Fall bei der nicht eindeutigen Erkennbarkeit des angebotenen Produktes, ist die Auftraggeberin zur Ausscheidung des Angebotes ohne Gewährung einer vorhergehenden Verbesserungsmöglichkeit verpflichtet. Überdies ist das Angebot als ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot zu werten, da weder das Leitprodukt noch ein konkretes gleichwertiges Produkt angeboten wurde. Eine solche Ausschreibungswidrigkeit stellt einen unbehebbar Angebotsmangel dar.

Das Angebot der Antragstellerin wäre daher auch aus diesem Grund gem. § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Das Angebot der Antragstellerin wäre daher auch aus diesem Grund gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen.

Es liegt auch kein Grund für eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vor.

4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) II.): 4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) römisch zwei.):

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautet Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lautet:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird." § 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Da die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht obsiegt hat, hat sie keinen Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin. Da die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht obsiegt hat, hat sie keinen Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin.

B) Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu die im Erkenntnis genannten Erkenntnisse des VwGH) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche

Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche dazu die im Erkenntnis genannten Erkenntnisse des VwGH) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsöffnung,
Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Ausschreibung,
Bauftrag, Behebbarkeit von Mängeln, bestandfeste Ausschreibung,
Bieterlücke, Gleichwertigkeit, Mängelbehebung, Mangelhaftigkeit,
Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung,
Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, objektiver
Erklärungswert, Pauschalgebührenersatz, Prüfung der
Gleichwertigkeit, Unbehebbarkeit, Verbesserung der
Wettbewerbsstellung, verbesserungsfähiger Mangel, Vergabeverfahren,
Vergleich, Verhandlungsverbot, Wahlrecht - Ausschluss,
Wettbewerbsrelevanz

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W134.2129113.2.00

Zuletzt aktualisiert am

24.08.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at