

TE Bvwg Erkenntnis 2016/2/12 W134 2118711-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.02.2016

Entscheidungsdatum

12.02.2016

Norm

BVergG 2006 §101 Abs4

BVergG 2006 §106 Abs7

BVergG 2006 §108 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312

BVergG 2006 §318 Abs1 Z6

BVergG 2006 §318 Abs1 Z7

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs2

BVergG 2006 §325 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 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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 § 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 § 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. 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. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

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

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite in den Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "4020 Linz, Kunstuniversität, Hauptplatz 5-6 und 8, Sanierung und Erweiterung Brückenkopfgebäude Ost und West, Teil-Generalunternehmerleistungen - Dachneubauten (Glas- u. Stahlkonstruktion)", der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, aufgrund der Anträge

der Erstantragstellerin XXXX, vertreten durch XXXX, vom 21.12.2015 (GZ: W134 2118711-2) und der Erstantragstellerin römisch 40, vertreten durch römisch 40, vom 21.12.2015 (GZ: W134 2118711-2) und

der Zweitantragstellerin XXXX, vertreten durch XXXX, vom 21.12.2015 (GZ: W134 2118747-2) der Zweitantragstellerin römisch 40, vertreten durch römisch 40, vom 21.12.2015 (GZ: W134 2118747-2),

in den zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Rechtssachen nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 26.01.2016 zu Recht erkannt:

A)

I. Dem Antrag der Erstantragstellerin "das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin gemäß Telefax vom 10.12.2015 für nichtig erklären" sowie dem Antrag der Zweitantragstellerin "das BVwG möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Einholung eines Sachverständigengutachtens, die Entscheidung der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. vom 10.12.2015, zugestellt am 11.12.2015, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Zuschlag zu erteilen, im Vergabeverfahren "Sanierung der Brückenkopfgebäude Ost und West Kunstuniversität Linz" für nichtig erklären" wird gemäß § 312 BVergG 2006 stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 10.12.2015 wird für nichtig erklärt. römisch eins. Dem Antrag der Erstantragstellerin "das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin gemäß Telefax vom 10.12.2015 für nichtig erklären" sowie dem Antrag der Zweitantragstellerin "das BVwG möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Einholung eines Sachverständigengutachtens, die Entscheidung der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. vom 10.12.2015, zugestellt am 11.12.2015, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Zuschlag zu erteilen, im Vergabeverfahren "Sanierung der Brückenkopfgebäude Ost und West Kunstuniversität Linz" für nichtig erklären" wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 10.12.2015 wird für nichtig erklärt.

II. Der Antrag der Zweitantragstellerin "das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Einholung eines Sachverständigengutachtens, die Entscheidung der BIG, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, mitgeteilt am 11.12.2015, im Vergabeverfahren "Ausschreibung Sanierung der Brückenkopfgebäude Ost und West, Kunstuniversität Linz, Hauptplatz 5-6 und 8, 4020 Linz, Teil-Generalunternehmerleistungen - Dachneubauten (Glas- und Stahlkonstruktion)" für nichtig erklären", wird gemäß § 312 BVergG abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag der Zweitantragstellerin "das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Einholung eines Sachverständigengutachtens, die Entscheidung der BIG, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, mitgeteilt am 11.12.2015, im Vergabeverfahren "Ausschreibung Sanierung der Brückenkopfgebäude Ost und West, Kunstuniversität Linz, Hauptplatz 5-6 und 8, 4020 Linz, Teil-Generalunternehmerleistungen - Dachneubauten (Glas- und Stahlkonstruktion)" für nichtig erklären", wird gemäß Paragraph 312, BVergG abgewiesen.

III. Dem Antrag der Erstantragstellerin "das Bundesverwaltungsgericht möge die Auftraggeberin zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten" wird gemäß § 319 BVergG 2006 stattgegeben. Die Auftraggeberin ist verpflichtet, der Erstantragstellerin binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses € 4.617,-- zu bezahlen. römisch drei. Dem Antrag der Erstantragstellerin "das Bundesverwaltungsgericht möge die Auftraggeberin zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten" wird gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 stattgegeben. Die Auftraggeberin ist verpflichtet, der Erstantragstellerin binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses € 4.617,-- zu bezahlen.

IV. Den Anträgen der Zweitantragstellerin "das BVwG möge der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag auf Nachprüfung in der Höhe von Euro 3078 zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen" sowie "das BVwG möge der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag auf Nachprüfung in der Höhe von Euro 2.462,40 zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen" sowie "das BVwG möge der Antragsgegnerin auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von Euro 1539 zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen" wird gemäß § 319 BVergG 2006 teilweise stattgegeben. Die Auftraggeberin ist verpflichtet, der Zweitantragstellerin zu Handen ihres Rechtsvertreters binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses € 4.617,-- zu bezahlen. römisch vier. Den Anträgen der Zweitantragstellerin "das BVwG möge der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag auf Nachprüfung in der Höhe von Euro 3078 zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen" sowie "das BVwG möge der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag auf Nachprüfung in der Höhe von Euro 2.462,40 zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen" sowie "das BVwG möge der Antragsgegnerin auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von Euro 1539 zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen" wird gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 teilweise stattgegeben. Die Auftraggeberin ist verpflichtet, der Zweitantragstellerin zu Handen ihres Rechtsvertreters binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses € 4.617,-- zu bezahlen.

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 21.12.2015, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, beehrte die Erstantragstellerin die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 10.12.2015, 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 Erstantragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Hauptangebot mit einer Nettoangebotssumme von Euro 1.591.792,90 abgegeben. Im Zuge der Angebotsprüfung bzw. der Aufklärungsgespräche sei es vor allem um die Streckmetallkühldecke des Fabrikates Plafotherm St 100, Lindner GmbH Österreich gegangen. Aufgrund der Fragestellungen der vergebenden Stelle im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung und der Tatsache, dass einem Abänderungsangebot der XXXX der Zuschlag erteilt werden solle, gehe die Erstantragstellerin davon aus, dass die XXXX betreffend die Streckmetallkühldecke ein anderes Produkt als das Leitprodukt in den maßgeblichen Positionen der UG 3933 des Leistungsverzeichnisses angeboten habe. Da außer diesem Leitprodukt kein anderes Produkt am Markt die bestandsfesten Parameter der Ausschreibung erfülle, sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden. Die Erstantragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Hauptangebot mit einer Nettoangebotssumme von Euro 1.591.792,90 abgegeben. Im Zuge der Angebotsprüfung bzw. der Aufklärungsgespräche sei es vor allem um die Streckmetallkühldecke des Fabrikates Plafotherm St 100, Lindner GmbH Österreich gegangen. Aufgrund der Fragestellungen der vergebenden Stelle im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung und der Tatsache, dass einem Abänderungsangebot der römisch 40 der Zuschlag erteilt werden solle, gehe die Erstantragstellerin davon aus, dass die römisch 40 betreffend die Streckmetallkühldecke ein anderes Produkt als das Leitprodukt in den maßgeblichen Positionen der UG 3933 des Leistungsverzeichnisses angeboten habe. Da außer diesem Leitprodukt kein anderes Produkt am Markt die bestandsfesten Parameter der Ausschreibung erfülle, sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden.

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

Mit Schreiben vom 21.12.2015, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, verbessert mit Schreiben vom 22.12.2015 und vom 29.01.2016, begehrte die Zweitantragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und des Ausscheidens ihres Angebotes vom 10.12.2015, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Zweitantragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Die Zweitantragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot abgegeben. Mit Schreiben vom 12.10.2015 sei die Zweitantragstellerin von der Auftraggeberin zur Nachreichung des Antrags auf Genehmigung von Subunternehmern aufgefordert worden. Am 16.10.2015 habe die Zweitantragstellerin der Auftraggeberin fristgerecht den ausgefüllten Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern übermittelt. Mit Schreiben vom 06.11.2015 sei die Zweitantragstellerin von der Auftraggeberin zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen worden. Mit Schreiben vom 10.12.2015 habe die Auftraggeberin der Zweitantragstellerin mitgeteilt, dass der Zuschlag an das Bauunternehmen XXXX erteilt werden solle. Im selben Schreiben sei der Zweitantragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden könne, da es auszuschneiden sei. Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung vom 10.12.2015. Die Ausscheidensentscheidung sei damit begründet worden, dass der Zweitantragstellerin die für die Ausführung der im Leistungsverzeichnis beschriebenen Arbeiten erforderliche Befugnis fehle und dass die Zweitantragstellerin nicht gemäß § 108 Abs. 1 Z. 2 BVergG bereits im Angebot alle infrage kommenden Subunternehmer namentlich bekannt gegeben habe. Der Zweitantragstellerin mangle es jedoch nicht an der erforderlichen Befugnis. Die Zweitantragstellerin sei aufgrund ihrer Gewerbeberechtigung "Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau (verbundenes Handwerk) gemäß § 94 Z. 59 GewO 1994" befugt, sämtliche im Leistungsverzeichnis beschriebenen Arbeiten auszuführen. Die Zweitantragstellerin habe bereits in ihrem Angebot die infrage kommenden Subunternehmer im Langleistungsverzeichnis namentlich bekannt gegeben, weshalb kein Mangel vorliege. Da das Angebot der Zweitantragstellerin nicht auszuschneiden sei habe sie laut dem festgelegten Zuschlagskriterien das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gelegt, weshalb ihr der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre. Die Zweitantragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot abgegeben. Mit Schreiben vom 12.10.2015 sei die Zweitantragstellerin von der Auftraggeberin zur Nachreichung des Antrags auf Genehmigung von Subunternehmern aufgefordert worden. Am 16.10.2015 habe die Zweitantragstellerin der Auftraggeberin fristgerecht den ausgefüllten Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern übermittelt. Mit Schreiben vom 06.11.2015 sei die Zweitantragstellerin von der Auftraggeberin zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen worden. Mit Schreiben vom 10.12.2015 habe die Auftraggeberin der Zweitantragstellerin mitgeteilt, dass der Zuschlag an das Bauunternehmen römisch 40 erteilt werden solle. Im selben Schreiben sei der Zweitantragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden könne, da es auszuschneiden sei. Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung vom 10.12.2015. Die Ausscheidensentscheidung sei damit begründet worden, dass der Zweitantragstellerin die für die Ausführung der im Leistungsverzeichnis beschriebenen Arbeiten erforderliche Befugnis fehle und dass die Zweitantragstellerin nicht gemäß Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG bereits im Angebot alle infrage kommenden Subunternehmer namentlich bekannt gegeben habe. Der Zweitantragstellerin mangle es jedoch nicht an der erforderlichen Befugnis. Die Zweitantragstellerin sei aufgrund ihrer Gewerbeberechtigung "Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau (verbundenes Handwerk) gemäß Paragraph 94, Ziffer 59, GewO 1994" befugt, sämtliche im Leistungsverzeichnis beschriebenen Arbeiten auszuführen. Die Zweitantragstellerin habe bereits in ihrem Angebot die infrage kommenden Subunternehmer im Langleistungsverzeichnis namentlich bekannt gegeben, weshalb kein Mangel vorliege. Da das Angebot der Zweitantragstellerin nicht auszuschneiden sei habe sie laut dem festgelegten Zuschlagskriterien das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gelegt, weshalb ihr der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre.

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

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.12.2015 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, und vergebende Stelle die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Unternehmensbereich Universitäten, Prunerstraße 5, 4020 Linz, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip entsprechend dem der Ausschreibung beiliegenden Formblatt

"Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" unter Berücksichtigung der vorgegebenen Kriterien (98 % Preis, 2% Gewährleistung) vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 08.09.2015 in der EU am 07.09.2015 erfolgt. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 10.12.2015 sei am 11.12.2015 per Telefax bzw. per E-Mail zu Gunsten der Bauunternehmung XXXX erfolgt. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.12.2015 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, und vergebende Stelle die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Unternehmensbereich Universitäten, Prunerstraße 5, 4020 Linz, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip entsprechend dem der Ausschreibung beiliegenden Formblatt "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" unter Berücksichtigung der vorgegebenen Kriterien (98 % Preis, 2% Gewährleistung) vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 08.09.2015 in der EU am 07.09.2015 erfolgt. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 10.12.2015 sei am 11.12.2015 per Telefax bzw. per E-Mail zu Gunsten der Bauunternehmung römisch 40 erfolgt.

Mit Schreiben vom 28.12.2015 hat die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren erteilt.

Mit Schreiben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 29.12.2015 erhob diese begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag der Erstantragstellerin und der Zweitantragstellerin.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 30.12.2015 gab diese zum Nachprüfungsantrag der Erstantragstellerin an, dass es der Erstantragstellerin an der Antragslegitimation mangeln würde, da sie die Subunternehmerin XXXX abgeändert habe. Das Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erfülle sämtliche Kriterien der Gleichwertigkeit. Vorgelegt wurde eine Aktennotiz der Adenbeck GmbH vom 23.12.2015. Daraus ergebe sich, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Kühldecke technisch gleichwertig sei. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 30.12.2015 gab diese zum Nachprüfungsantrag der Erstantragstellerin an, dass es der Erstantragstellerin an der Antragslegitimation mangeln würde, da sie die Subunternehmerin römisch 40 abgeändert habe. Das Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erfülle sämtliche Kriterien der Gleichwertigkeit. Vorgelegt wurde eine Aktennotiz der Adenbeck GmbH vom 23.12.2015. Daraus ergebe sich, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Kühldecke technisch gleichwertig sei.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 30.12.2015 gab diese zum Nachprüfungsantrag der Zweitantragstellerin an, dass das Angebot der Zweitantragstellerin unbehebbar mangelhafte Bieterlückenangaben enthalte. Weiters fehle der Zweitantragstellerin die Befugnis für Gewerke, die in Summe 39,6 % der Gesamtangebotssumme des Angebotes der Zweitantragstellerin ausmachen würden.

Mit Beschluss des BVwG vom 04.01.2016, W134 2118711-1/2E, wurde der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen.

Mit Beschluss des BVwG vom 04.01.2016, W134 2118747-1/2E, wurde der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen.

Mit Schreiben der Erstantragstellerin vom 20.01.2016 gab diese eine weitere Stellungnahme ab.

Mit Schreiben der Zweitantragstellerin vom 20.01.2016 gab diese eine weitere Stellungnahme ab.

Am 26.01.2016 fand darüber eine mündliche Verhandlung im Bundesverwaltungsgericht statt. Dabei wurde unter anderem folgendes protokolliert (auszugsweise Wiedergabe):

" XXXX : Die Beilage ./1 ist ein Beleg dafür, dass durch das angebotene Produkt der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die gemäß Ausschreibung geforderten Werte betreffend Prüfdruck und Temperaturbereich wesentlich unterschritten werden. Weiters ist diese Beilage ein Beleg dafür, dass die Angebotsprüfung bzw. die Gleichwertigkeitsprüfung grob mangelhaft geblieben ist: Gemäß dieser Beilage erfolgte die Angebots- respektive Gleichwertigkeitsprüfung auf Basis der DIN4715-1. In der Ausschreibung war gefordert, dass die maßgeblichen Werte betreffend die DIN EN14240 einzuhalten sind. Betreffend Prüfdruck ergibt sich aus der Beilage ./1, dass das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Produkt einen Prüfdruck von lediglich 60 Bar für Verbindungen aufweist, während die Ausschreibung in Position 393301, Seite 55 ff als Systemanforderung die Einhaltung eines Prüfdruckes von 100 Bar fordert. Zum System zählt nicht nur die Streckmetallkühldecke selbst, sondern auch die Verbindungen. Die steht explizit auf Seite 56 oben. Gleiches gilt auch für den Temperaturbereich, das von der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin angebotene Produkt weist Werte von minus 40 Grad Celsius bis 80 Grad Celsius auf, während die Ausschreibung die Einhaltung von Werten von minus 20 Grad Celsius bis 100 Grad Celsius fordert. Daraus schließe ich, dass die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht rechters ist." römisch 40 : Die Beilage ./1 ist ein Beleg dafür, dass durch das angebotene Produkt der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die gemäß Ausschreibung geforderten Werte betreffend Prüfdruck und Temperaturbereich wesentlich unterschritten werden. Weiters ist diese Beilage ein Beleg dafür, dass die Angebotsprüfung bzw. die Gleichwertigkeitsprüfung grob mangelhaft geblieben ist: Gemäß dieser Beilage erfolgte die Angebots- respektive Gleichwertigkeitsprüfung auf Basis der DIN4715-1. In der Ausschreibung war gefordert, dass die maßgeblichen Werte betreffend die DIN EN14240 einzuhalten sind. Betreffend Prüfdruck ergibt sich aus der Beilage ./1, dass das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Produkt einen Prüfdruck von lediglich 60 Bar für Verbindungen aufweist, während die Ausschreibung in Position 393301, Seite 55 ff als Systemanforderung die Einhaltung eines Prüfdruckes von 100 Bar fordert. Zum System zählt nicht nur die Streckmetallkühldecke selbst, sondern auch die Verbindungen. Die steht explizit auf Seite 56 oben. Gleiches gilt auch für den Temperaturbereich, das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Produkt weist Werte von minus 40 Grad Celsius bis 80 Grad Celsius auf, während die Ausschreibung die Einhaltung von Werten von minus 20 Grad Celsius bis 100 Grad Celsius fordert. Daraus schließe ich, dass die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht rechters ist.

XXXX : Das Vorbringen der Antragstellerin wird zur Gänze bestritten. Hinsichtlich des Einwands der mangelnden Gleichwertigkeit des Prüfdrucks ist es vielmehr so, dass die geforderten Mindestwerte in Höhe von 100 Bar Prüfdruck sogar überschritten werden mit 232 Bar. Die 60 Bar Prüfdruck für Verbindungen sind in der Ausschreibung gar nicht gefordert. Hier ist lediglich von einem "Prüfdruck 100 Bar" die Rede.römisch 40 : Das Vorbringen der Antragstellerin wird zur Gänze bestritten. Hinsichtlich des Einwands der mangelnden Gleichwertigkeit des Prüfdrucks ist es vielmehr so, dass die geforderten Mindestwerte in Höhe von 100 Bar Prüfdruck sogar überschritten werden mit 232 Bar. Die 60 Bar Prüfdruck für Verbindungen sind in der Ausschreibung gar nicht gefordert. Hier ist lediglich von einem "Prüfdruck 100 Bar" die Rede.

VR: Hat die gegenständliche Kühldecke Verbindungen im Sinne der Beilage ./1 des Schreibens der Auftraggeberin vom 30.12.2015?

XXXX : Ja, natürlich.römisch 40 : Ja, natürlich.

VR: Wie wird die Einhaltung des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Prüfdrucks von 100 Bar dieses Systems überprüft?

XXXX : Ich kann ebenfalls nur auf den Berstdruck verweisen, das ist dieser Prüfdruck von 232 Bar, der auch vom Hersteller bestätigt wird für das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.römisch 40 : Ich kann ebenfalls nur auf den Berstdruck verweisen, das ist dieser Prüfdruck von 232 Bar, der auch vom Hersteller bestätigt wird für das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

VR: Wie wird die Einhaltung des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Prüfdrucks von 100 Bar dieses Systems überprüft?

XXXX : Durch den laut Ausschreibung geforderten Nachweis, dass ein Prüfdruck von 100 Bar bei der Prüfung der Streckmetallkühldecke eingehalten wird.römisch 40 : Durch den laut Ausschreibung geforderten Nachweis, dass ein Prüfdruck von 100 Bar bei der Prüfung der Streckmetallkühldecke eingehalten wird.

XXXX : Ich möchte richtig stellen, dass keine Differenzierung angegeben wurde, ob sich der Mindestdruck von 100 Bar auf das Gesamtsystem oder auf die einzelnen Elemente wie Verbindungselemente oder Rohre bezieht.römisch 40 : Ich möchte richtig stellen, dass keine Differenzierung angegeben wurde, ob sich der Mindestdruck von 100 Bar auf das Gesamtsystem oder auf die einzelnen Elemente wie Verbindungselemente oder Rohre bezieht.

XXXX : Betreffend den Temperaturbereich: Das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Produkt ist für einen Temperaturbereich geprüft von -40 bis plus 80 Grad Celsius und liegt dieser Wert in einem Bereich, der gleichwertig ist zum ausgeschriebenen Leitprodukt, zumal nicht die exakten Temperaturprüfwerte des Leitprodukts verlangt sind, sondern als Orientierung für die Gleichwertigkeit festgelegt sind und anhand des Leitprodukts diese Gleichwertigkeit beurteilt werden kann und wurde. Die technische Gleichwertigkeit des geprüften Produktes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liegt daher vor.römisch 40 : Betreffend den Temperaturbereich: Das von der

präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Produkt ist für einen Temperaturbereich geprüft von -40 bis plus 80 Grad Celsius und liegt dieser Wert in einem Bereich, der gleichwertig ist zum ausgeschriebenen Leitprodukt, zumal nicht die exakten Temperaturprüfwerte des Leitprodukts verlangt sind, sondern als Orientierung für die Gleichwertigkeit festgelegt sind und anhand des Leitprodukts diese Gleichwertigkeit beurteilt werden kann und wurde. Die technische Gleichwertigkeit des geprüften Produktes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liegt daher vor.

[...]

XXXX : Im Zusammenhang mit den mangelhaften Bieterlückenangaben der Antragstellerin verweisen wir auf die Entscheidungen des BVwG vom 28.08.2014 W138 2009787-2/16E, in dem festgehalten wird, dass es sich um einen unbehebbarer Mangel handelt, wenn Bieterlücken ohne nähere Präzisierung und nur durch Angabe eines Firmen oder Herstellernamens ausgefüllt werden. Keinesfalls kann auch den Bieterlückenangaben der Antragstellerin unter Zusammenschau mit der Ausschreibung der Inhalt unterstellt werden, dass die Bieterin objektiv nachvollziehbar immer das Leitprodukt anbieten wollte. Im Zusammenhang mit dem Begleitschreiben beschränken wir uns darauf, festzuhalten, dass ein solches nicht im gegenständlichen Fall dazu führt, dass das ausgeschriebene Leitprodukt angeboten wurde, weil ein solches Begleitschreiben so formuliert ist, dass dieses nur an ein konkret genanntes Produkt anknüpfen kann, was im vorliegenden Angebot gerade nicht der Fall ist. Die Wastler wäre daher auszuschneiden gewesen, weil sie in diversen Bieterlücken nicht wie verlangt eine präzisierte Produktangabe gemacht hat, sondern lediglich Herstellernamen oder Firmennamen bzw. Schlagworte solcher Firmennamen angeführt hat. Das betrifft insbesondere die Positionen 211902C, 236201AZ auf Seite 35, 393301A auf Seite 58, 393301BZ auf Seite 59, 560902AZ auf Seite 69, 570811A auf Seite 71, 211902C auf Seite 103, 236201A auf Seite 109, 393301A auf Seite 132, 393301B auf Seite 133, 560902A auf Seite 143 und schließlich Position 570811AZ auf Seite 145, jeweils mit dem Zusatz oder glw. Zur Unbehebbarkeit der Mangelhaftigkeit dieser Bieterlücken verweisen wir auf die ständige Rechtsprechung, insbesondere auf BVwG vom 17.09.2015, W123 2112177-1 und W 138 2009787-2/16 vom 28.04.2014. römisch 40 : Im Zusammenhang mit den mangelhaften Bieterlückenangaben der Antragstellerin verweisen wir auf die Entscheidungen des BVwG vom 28.08.2014 W138 2009787-2/16E, in dem festgehalten wird, dass es sich um einen unbehebbarer Mangel handelt, wenn Bieterlücken ohne nähere Präzisierung und nur durch Angabe eines Firmen oder Herstellernamens ausgefüllt werden. Keinesfalls kann auch den Bieterlückenangaben der Antragstellerin unter Zusammenschau mit der Ausschreibung der Inhalt unterstellt werden, dass die Bieterin objektiv nachvollziehbar immer das Leitprodukt anbieten wollte. Im Zusammenhang mit dem Begleitschreiben beschränken wir uns darauf, festzuhalten, dass ein solches nicht im gegenständlichen Fall dazu führt, dass das ausgeschriebene Leitprodukt angeboten wurde, weil ein solches Begleitschreiben so formuliert ist, dass dieses nur an ein konkret genanntes Produkt anknüpfen kann, was im vorliegenden Angebot gerade nicht der Fall ist. Die Wastler wäre daher auszuschneiden gewesen, weil sie in diversen Bieterlücken nicht wie verlangt eine präzisierte Produktangabe gemacht hat, sondern lediglich Herstellernamen oder Firmennamen bzw. Schlagworte solcher Firmennamen angeführt hat. Das betrifft insbesondere die Positionen 211902C, 236201AZ auf Seite 35, 393301A auf Seite 58, 393301BZ auf Seite 59, 560902AZ auf Seite 69, 570811A auf Seite 71, 211902C auf Seite 103, 236201A auf Seite 109, 393301A auf Seite 132, 393301B auf Seite 133, 560902A auf Seite 143 und schließlich Position 570811AZ auf Seite 145, jeweils mit dem Zusatz oder glw. Zur Unbehebbarkeit der Mangelhaftigkeit dieser Bieterlücken verweisen wir auf die ständige Rechtsprechung, insbesondere auf BVwG vom 17.09.2015, W123 2112177-1 und W 138 2009787-2/16 vom 28.04.2014.

VR: Die Antragstellerin XXXX wird darauf hingewiesen, dass ihr Angebot wegen der oben genannten Gründe möglicherweise auszuschneiden gewesen wäre. Wie lange benötigen Sie, um darauf zu replizieren? VR: Die Antragstellerin römisch 40 wird darauf hingewiesen, dass ihr Angebot wegen der oben genannten Gründe möglicherweise auszuschneiden gewesen wäre. Wie lange benötigen Sie, um darauf zu replizieren?

XXXX : Die Auftraggeberin hat im Aufklärungsgespräch vom 11.11.2015 nur zu einer Bieterlücke Fragen gestellt, das ist die Leistungsposition 393301A, keine andere Bieterlücke wurde in der Ankündigung zum Aufklärungsgespräch angeführt. Keine andere Bieterlücke wurde im Gespräch tatsächlich angesprochen. Die Antragstellerin konnte davon ausgehen, dass keine weiteren Aufklärungsbedürfnisse der Auftraggeberin gegeben waren. römisch 40 : Die Auftraggeberin hat im Aufklärungsgespräch vom 11.11.2015 nur zu einer Bieterlücke Fragen gestellt, das ist die Leistungsposition 393301A, keine andere Bieterlücke wurde in der Ankündigung zum Aufklärungsgespräch angeführt. Keine andere Bieterlücke wurde im Gespräch tatsächlich angesprochen. Die Antragstellerin konnte davon ausgehen, dass keine weiteren Aufklärungsbedürfnisse der Auftraggeberin gegeben waren.

Im Übrigen hat die Antragstellerin bei jeder Bieterlücke nur das Leitprodukt angeboten. Darüber hinaus hat sie im Begleitschreiben erklärt, sollte das in der Bieterlücke angebotene Erzeugnis nicht gleichwertig sein, das ausgeschriebene Erzeugnis als angeboten gilt. Im Übrigen verweisen wir auf das Angebotsformblatt Position Punkt 18.5, in dem dieses Begleitschreiben vorgegeben war und wir unterzeichnet haben. Es war dieses Formblatt vom Auftraggeber vorgegeben, dass genau dieser Text zu unterzeichnen war. Im Übrigen verweisen wir auf das Vorbringen.

VR: Benötigen Sie noch weitere Zeit, um auf das Vorbringen der Auftraggeberin betreffend die oben genannten Gründe, aus denen Ihr Angebot auszuscheiden gewesen wäre, replizieren zu können?

XXXX : Nein."römisch 40 : Nein."

Mit Schreiben der Zweitanspruchstellerin vom 29.01.2016 hat diese ihre Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren dahingehend eingeschränkt, dass nunmehr nicht mehr der Ersatz vom zweimal € 3.078,-- für die beiden Nachprüfungsanträge begehrt wurde, sondern einmal der Ersatz von € 3.078,-- und einmal der Ersatz von Euro 2462,40.

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

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. hat einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 08.09.2015, in der EU am 07.09.2015 erfolgt. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 10.12.2015 erfolgte am 11.12.2015 per Telefax bzw. per E-Mail zu Gunsten der Bauunternehmung XXXX (Schreiben der Auftraggeberin vom 28.12.2015).Die Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. hat einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 08.09.2015, in der EU am 07.09.2015 erfolgt. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 10.12.2015 erfolgte am 11.12.2015 per Telefax bzw. per E-Mail zu Gunsten der Bauunternehmung römisch 40 (Schreiben der Auftraggeberin vom 28.12.2015).

Die Positionsnummern 393301 des Leistungsverzeichnisses lautet auszugsweise:

"393301 Z Liefern und montieren einer Metalldecke, Einhängesystem, als geschlossene Kühlstrahldecke oder als inaktive Decke zur Abführung sensibler Wärmelasten zu ca. 60 % Strahlung und 40 % Konvektion, Fabrikat Lindner Plafotherm St 100 oder gleichwertig.

Inklusive der Unterkonstruktion und alle Nebenleistungen.

Allgemeine Systemanforderungen:

[...]

Prüfdruck 100 bar, maximaler Betriebsdruck 12 bar, Temperatur von -20° C bis +100°C"

[...]

393301A Z Streckmetallkühldecke Plafotherm

Liefern und montieren einer Metalldecke, Einhängesystem, als geschlossene Kühlstrahldecke zur Abführung sensibler Wärmelasten zu ca. 60 % Strahlung und 40 % Konvektion, Fabrikat Lindner Plafotherm St 100 oder gleichwertig.

Besondere Anforderungen:

Prüfdruck 100 bar, maximaler Betriebsdruck 12 bar, Temperatur von -20° C bis +100°C"

Punkt 2 der Angebotsbestimmungen lautet auszugsweise:

"Die im Leistungsverzeichnis namentlich angeführten bestimmten Erzeugnisse (Referenzfabrikate und Typen) sollen, über die Leistungsbeschreibung hinausgehend, den gewünschten Standard festlegen. Sofern der Positionstext "oder gleichwertige Art" enthält, kann der Bieter ein Fabrikat und eine Type seiner Wahl einsetzen. Der Bieter hat durch Prüfzeugnisse anerkannter Prüf- und Eichlaboratorien, sowie Inspektions- und Zertifizierungsstellen im Sinne des BVergG die Gleichwertigkeit vollständig nachzuweisen. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt gem. § 106 Abs. 7 BVergG 2006 das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat."Die im Leistungsverzeichnis namentlich angeführten

bestimmten Erzeugnisse (Referenzfabrikate und Typen) sollen, über die Leistungsbeschreibung hinausgehend, den gewünschten Standard festlegen. Sofern der Positionstext "oder gleichwertige Art" enthält, kann der Bieter ein Fabrikat und eine Type seiner Wahl einsetzen. Der Bieter hat durch Prüfzeugnisse anerkannter Prüf- und Eichlaboratorien, sowie Inspektions- und Zertifizierungsstellen im Sinne des BVergG die Gleichwertigkeit vollständig nachzuweisen. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt gem. Paragraph 106, Absatz 7, BVergG 2006 das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.

[...]

Setzt ein Bieter bei der entsprechenden Position in die hierfür vorgesehen Zeilen (Bieterlücken) keine Erzeugnisse oder Materialien seiner Wahl ein, so gelten die beispielhaft angeführten Erzeugnisse oder Materialien als angeboten." (Ausschreibungsunterlagen)

Bestimmte Bieterlücken im Angebot der Zweitantragstellerin wurden von dieser wie folgt ausgefüllt:

Positionsnummer

"Angebotenes Produkt"

211902C

" XXXX od. glw."" römisch 40 od. glw."

236201A

" XXXX od. glw."" römisch 40 od. glw."

393301A

" XXXX od. glw."" römisch 40 od. glw."

393301B

" XXXX od. glw."" römisch 40 od. glw."

560902A

" XXXX od. glw."" römisch 40 od. glw."

570811A

" XXXX od. glw."" römisch 40 od. glw."

211902C

" XXXX od. glw."" römisch 40 od. glw."

236201A

" XXXX od. glw."" römisch 40 od. glw."

393301A

" XXXX od. glw."" römisch 40 od. glw."

393301B

" XXXX od. glw."" römisch 40 od. glw."

560902A

" XXXX od. glw."" römisch 40 od. glw."

570811A

" XXXX od. glw."" römisch 40 od. glw."

(Angebot der Zweitantragstellerin)

Das Begleitschreiben vom 01.10.2015 im Angebot der Zweitantragstellerin lautet auszugsweise:

"Sollten die in unechten Bieterlücken von uns genannten Erzeugnisse nicht gleichwertig sein, erklären wir hiermit gemäß § 106 Abs. 7 BVergG, dass wir für diesen Fall das ausgeschriebene Erzeugnis anbieten." (Angebot der Zweitantragstellerin)"Sollten die in unechten Bieterlücken von uns genannten Erzeugnisse nicht gleichwertig sein, erklären wir hiermit gemäß Paragraph 106, Absatz 7, BVergG, dass wir für diesen Fall das ausgeschriebene Erzeugnis anbieten." (Angebot der Zweitantragstellerin)

Die Beilage 1 im Schreiben der Auftraggeberin vom 30.12.2015 ist eine Aktennotiz der XXXX (Haustechnikfachplaner der Auftraggeberin, siehe Schreiben der Auftraggeberin vom 30.12.2015). Sie lautet anonymisiert auszugsweise (der Name der von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin im Abänderungsangebot Nr. 1 angebotenen Firma wurde mit XXX anonymisiert):Die Beilage 1 im Schreiben der Auftraggeberin vom 30.12.2015 ist eine Aktennotiz der römisch 40 (Haustechnikfachplaner der Auftraggeberin, siehe Schreiben der Auftraggeberin vom 30.12.2015). Sie lautet anonymisiert auszugsweise (der Name der von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin im Abänderungsangebot Nr. 1 angebotenen Firma wurde mit römisch 30 anonymisiert):

"Aktennotiz - Kühldecke techn. Gleichwertigkeit der angebotenen Fabrikate

Datum: 23. 12. 2015

Bearbeiter: XXXXBearbeiter: römisch 40

Projekt: Kunst Universität Linz

Im Aufklärungsschreiben der Fa. XXX im Zuge der Prüfung der Gleichwertigkeit wurde uns mitgeteilt, dass der Prüfdruck der Kühldecke der Fa. XXX vom ausgeschriebenen Produkte der Fa. Lindner Plafotherm ST100, welches mit 100 bar in den Ausschreibungsunterlagen angegeben ist, abweicht.Im Aufklärungsschreiben der Fa. römisch 30 im Zuge der Prüfung der Gleichwertigkeit wurde uns mitgeteilt, dass der Prüfdruck der Kühldecke der Fa. römisch 30 vom ausgeschriebenen Produkte der Fa. Lindner Plafotherm ST100, welches mit 100 bar in den Ausschreibungsunterlagen angegeben ist, abweicht.

Der max. mögliche Prüfdruck wurde uns von seitens der Firma XXX mit 232 bar für die verwendeten Rohre und mit 60 bar für die verwendeten Verbindungsschläuche bestätigt.Der max. mögliche Prüfdruck wurde uns von seitens der Firma römisch 30 mit 232 bar für die verwendeten Rohre und mit 60 bar für die verwendeten Verbindungsschläuche bestätigt.

Beim gegenständlichen Gebäude ist eine statische Höhe der Heizungs-Kühlanlage von ca. 24 m gegeben. Somit ist ein Systemdruck von ca. 4,4 bar in der Heizungs-Kühlanlage notwendig. Nach ÖN EN 14336 ist der daraus resultierende notwendige Prüfdruck mit 30 % zu beaufschlagen, dies ergibt somit einen max. notwendigen Prüfdruck von 5,7 bar.

Somit ist das angebotene Produkt der Fa. XXX für den vorgesehenen Anwendungsfall geeignetSomit ist das angebotene Produkt der Fa. römisch 30 für den vorgesehenen Anwendungsfall geeignet.

Bezüglich der Kühlleistung sind das ausgeschriebene Leitprodukt der Firma Lindner als auch das alternativ angebotene Produkt der Firma XXX als gleichwertig anzusehen, die Leistungsdaten sind in unten stehender Tabelle angeführt.Bezüglich der Kühlleistung sind das ausgeschriebene Leitprodukt der Firma Lindner als auch das alternativ angebotene Produkt der Firma römisch 30 als gleichwertig anzusehen, die Leistungsdaten sind in unten stehender Tabelle angeführt.

[...]

Prüfdruck:

Lindner Plafotherm St100

Kühldecke XXXKühldecke römisch 30

tatsächlich notwendig

Hinweis

100 bar

232 bar für das Rohr 60 bar für Verbindungen

5,7 bar

Beide Produkte sind bezüglich Betriebs-als auch Prüfdruck mehr als ausreichend dimensioniert

[...]

Temperaturbereich:

Lindner Plafotherm St100

Kühldecke XXXKühldecke römisch 30

tatsächlich notwendig

Hinweis

-20° C bis 100°C

-40° bis +80°C

15°C bis 40°C

beider Hersteller sind für die Gegebenen Einsatzbedingungen Geeignet."

(Schreiben der Auftraggeberin vom 30.12.2015, Beilage 1)

Das Abänderungsangebot Nr. 1 der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lautet auszugsweise (der Name der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Abänderungsangebot Nr. 1 angebotenen Firma wurde mit XXX anonymisiert):Das Abänderungsangebot Nr. 1 der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lautet auszugsweise (der Name der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Abänderungsangebot Nr. 1 angebotenen Firma wurde mit römisch 30 anonymisiert):

"Abänderungsangebot Nr. 1

Ausführung der Kühldecke mit Fabrikat "XXX- Streckmetallkühldecke" anstelle dem Fabrikat Lindner Plafotherm.

Betriebsdruck ca. 4 bar, Prüfdruck <100 bar, Kupplungen mit einer Dichtebene sonst lt. beiliegenden Datenblätter

[...]

Angebotssumme Netto Abänderungsangebot 1 1.577.865,66 Euro"

(Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin)

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).

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 (Spruchpunkt A) I.) 3. a) Zu den Anträgen auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung (Spruchpunkt A) römisch eins.):

Vorauszuschicken ist, dass es der Erstantragstellerin nicht an der Antragslegitimation mangelt, da sie nicht wie von der Auftraggeberin angegeben eine Subunternehmerin geändert hat.

Die Erstantragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass das Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden sei, da dieses die bestandsfesten Parameter der Ausschreibung nicht erfülle.

Positionsnummern 393301 des Leistungsverzeichnisses erfordert nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter das Anbieten einer Streckmetallkühldecke, die unter anderem den dort genannten Anforderungen "Prüfdruck 100 bar, maximaler Betriebsdruck 12 bar, Temperatur von -20° C bis +100°C" entspricht.

Wie sich aus der Beilage 1 des Schreibens der Auftraggeberin vom 30.12.2015 ergibt, hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrem Abänderungsangebot, welches der Zuschlagsentscheidung zu Grunde gelegt wurde, eine Streckmetallkühldecke angeboten, welche den oben genannten Anforderungen nicht entspricht. Die von ihr angebotene Streckmetallkühldecke ist nämlich nur für einen Temperaturbereich von -40°C bis +80°C geeignet. Die Auftraggeberin hat jedoch einen Temperaturbereich von -20° C bis +100°C gefordert. Somit ist der Temperaturbereich von +81°C bis +100°C von dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Produkt nicht abgedeckt, weshalb das Abänderungsangebot, welches der Zuschlagsentscheidung zu Grunde gelegt wurde, gemäß § 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot auszuscheiden gewesen wäre. Wie sich aus der Beilage 1 des Schreibens der Auftraggeberin vom 30.12.2015 ergibt, hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrem Abänderungsangebot, welches der Zuschlagsentscheidung zu Grunde gelegt wurde, eine Streckmetallkühldecke angeboten, welche den oben genannten Anforderungen nicht entspricht. Die von ihr angebotene Streckmetallkühldecke ist nämlich nur für einen Temperaturbereich von -40°C bis +80°C geeignet. Die Auftraggeberin hat jedoch einen Temperaturbereich von -20° C bis +100°C gefordert. Somit ist der Temperaturbereich von +81°C bis +100°C von dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Produkt nicht abgedeckt, weshalb das Abänderungsangebot, welches der Zuschlagsentscheidung zu Grunde gelegt wurde, gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot auszuscheiden gewesen wäre.

Weiters wird von der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Streckmetallkühldecke der geforderte Prüfdruck vom 100 bar nicht erreicht, da das von ihr angebotene Produkt lediglich einem Prüfdruck von 60 bar für Verbindungen standhält. Der Einwand der Auftraggeberin, dass die angebotene Streckmetallkühldecke einem Prüfdruck von 232 bar für das Rohr standhalten würde geht ins Leere, da für die Streckmetallkühldecke auch Verbindungen notwendig sind und diese dem geforderten Prüfdruck offenbar nicht standhalten. Gestützt wird dieses Ergebnis auch durch die Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in ihrem Abänderungsangebot wo es ausdrücklich heißt: "Prüfdruck <100 bar". Die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst ist sich also sehr wohl der Tatsache bewusst, dass die von ihr angebotene Streckmetallkühldecke dem geforderten Prüfdruck von 100 bar nicht standhält. Auch aus diesem Grund wäre das Abänderungsangebot, welches der Zuschlagsentscheidung zu Grunde gelegt wurde, gemäß § 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot auszuscheiden gewesen. Weiters wird von der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Streckmetallkühldecke der geforderte Prüfdruck vom 100 bar nicht erreicht, da das von ihr angebotene Produkt lediglich einem Prüfdruck von 60 bar für Verbindungen standhält. Der Einwand der Auftraggeberin, dass die angebotene Streckmetallkühldecke einem Prüfdruck von 232 bar für das Rohr standhalten würde geht ins Leere, da für die Streckmetallkühldecke auch Verbindungen notwendig sind und diese dem geforderten Prüfdruck offenbar nicht standhalten. Gestützt wird dieses Ergebnis auch durch die Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in ihrem Abänderungsangebot wo es ausdrücklich heißt: "Prüfdruck <100 bar". Die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst ist sich also sehr wohl der Tatsache bewusst, dass die von ihr angebotene Streckmetallkühldecke dem geforderten

Prüfdruck von 100 bar nicht standhält. Auch aus diesem Grund wäre das Abänderungsangebot, welches der Zuschlagsentscheidung zu Grunde gelegt wurde, gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot auszuschneiden gewesen.

Wenn die Auftraggeberin mit Beilage 1 ihres Schreibens vom 30.12.2015 belegen will, dass das Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin dem Leitprodukt gleichwertig sei, verkennt sie, dass in Beilage 1 nicht auf den geforderten Prüfdruck bzw. Temperaturbereich, sondern auf den (wesentlich geringeren) tatsächlich notwendigen Druck bzw. Temperaturbereich abgestellt wird. Das Abstellen auf den tatsächlich notwendigen Prüfdruck bzw. Temperaturbereich ist jedoch in den bestandsfesten gewordenen Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen und damit nicht relevant.

Da das Abänderungsangebot, welches der Zuschlagsentscheidung zu Grunde gelegt wurde, auszuschneiden gewesen wäre und diese Rechtswidrigkeit gemäß § 325 Abs. 1 BVergG für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist, war die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Da das Abänderungsangebot, welches der Zuschlagsentscheidung zu Grunde gelegt wurde, auszuschneiden gewesen wäre und diese Rechtswidrigkeit gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist, war die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

3. b) Zum Nachprüfungsantrag der Zweitantragstellerin (Spruchpunkt A) II.) 3. b) Zum Nachprüfungsantrag der Zweitantragstellerin (Spruchpunkt A) römisch zwei.):

Die Zweitantragstellerin hat beantragt, das Ausscheiden ihres Angebotes für nichtig zu erklären.

Die Auftraggeberin hat, soweit entscheidungsrelevant, vorgebracht, dass das Angebot der Zweitantragstellerin auch deshalb auszuschneiden war, weil die Bieterlückenangaben im Angebot der Zweitantragstellerin mangelhaft seien. Es handle sich um einen unbehebbarer Mangel, wenn Bieterlücken ohne nähere Präzisierung nur durch Angabe eines Firmen- oder Herstellernamens ausgefüllt würden. Keinesfalls könne den Bieterlückenangaben der Zweitantragstellerin in Zusammenschau mit der Ausschreibung der Inhalt unterstellt werden, dass sie objektiv nachvollziehbar immer das Leitprodukt anbiete.

Wie im Sachverhalt ausführlich dargestellt, hat die Zweitantragstellerin in insgesamt 12 Bieterlücken bruchstückhaft Firmennamen mit dem Zusatz "od. glw." benannt.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung nicht rechtzeitig angefochten wurde und daher bestandfest ist. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten, inklusive der Auftraggeberin, sind daran gebunden (ständige Rechtsprechung, zum Beispiel VwGH vom 14.04.2011, 2008/04/0065).

Die Ausschreibung ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (ständige Rechtsprechung, zum Beispiel VwGH vom 22.11.2011, 2006/04/0024). Die Festlegungen der Ausschreibung sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zum Beispiel EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark-Brücke über den Storebaelt, Slg. 1993, I 3353, Rn 39; VwGH vom 07.09.2009, 2007/04/0090). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleich behandelt werden (EuGH vom 25.04.1996, Rs-C 87/94, Wallonische Autobusse, Rz 54). Auch nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist die vergebende Stelle bei Ausschreibungen der Rechtsträger in privatwirtschaftlichen Agenden zur Gleichbehandlung der Bewerber verpflichtet (OGH vom 17.12.2001, 1 Ob 284/01y-Turnsaal-Anlage). Die Ausschreibung ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (ständige Rechtsprechung, zum Beispiel VwGH vom 22.11.2011, 2006/04/0024). Die Festlegungen der Ausschreibung sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zum Beispiel EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark-Brücke über den Storebaelt, Slg. 1993, römisch eins 3353, Rn 39; VwGH vom 07.09.2009, 2007/04/0090). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleich behandelt werden (EuGH vom 25.04.1996, Rs-C 87/94, Wallonische Autobusse, Rz 54). Auch nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist die vergebende Stelle bei Ausschreibungen der Rechtsträger in privatwirtschaftlichen Agenden zur Gleichbehandlung der Bewerber verpflichtet (OGH vom 17.12.2001, 1 Ob 284/01y-Turnsaal-Anlage).

Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zum Beispiel VwGH vom 07.11.2005, 2003/04/0234). Die Festlegungen der Ausschreibung sind der Auftragsvergabe zugrunde zu legen (zum Beispiel VwGH vom 07.09.2009, 2007/04/0090 mwN; 14.04.2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (BVA vom 30.04.2009, N/0021-BVA/10/2009-28; BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (zum Beispiel EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, BVA vom 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Erkenntnis vom 28.08.2014, W138 2009787-2/16E - festgehalten:

"Sofern ein Bieter, wie im gegenständlichen Fall (siehe Bieterlückentext als Angebotsbeilage) nicht das Leitprodukt anbieten will, so hat dieser Fabrikat und Type des gleichwertigen Produktes zu nennen, sodass das angebotene Produkt eindeutig und objektiv erkennbar ist. Auch ohne den Zusatz "oder glw." würde nach den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen die Nennung eines Firmennamens, hier A***, nicht ausreichen, da damit kein konkretes Produkt genannt ist. Lediglich dann, wenn ein Bieter bei der entsprechenden Position in der Bieterlücke nichts einsetzt, so gilt das Leitprodukt als angeboten. [...]

[...]

Bei Bieterlücken handelt es sich um freie Zeilen oder Teile davon in die der Bieter das von ihm angegebene Produkt, Verfahren oder Leistungsmerkmal einträgt. Die technischen Spezifikationen der Leistung können gemäß § 98 Abs. 7 und 8 BVergG ausnahmsweise, wie gegenständlich auch in Position 01.14.8000A, Position 01.14.8050B, Position 01.14.8050D, Position 01.14.8051 und Position 01.14.8052B durch Nennung eines bestimmten Produktes mit dem Beisatz "oder gleichwertig" erfolgen. Macht der Auftraggeber von dieser Möglichkeit Gebrauch, muss er zur Wahrung des Wettbewerbs eine Bieterlücke vorsehen. Nennt der Bieter kein Produkt, gilt das Leitprodukt gemäß § 106 Abs. 7 BVergG als angeboten. Die §§ 98 Abs. 7 und 106 Abs. 7 BVergG sind die einzigen Stellen an denen das BVergG das Wort Bieterlücke erwähnt. Dabei handelt es sich um die Bieterlücken, die das BVergG definiert. Sie werden auch als "unechte Bieterlücken" bezeichnet. In den konkreten Bieterlücken wird nach einem "angebotenen Produkt" gefragt, sodass die Angabe eines Herstellers "A***" nicht den Vorgaben der Ausschreibung entspricht. Bei Bieterlücken handelt es sich um freie Zeilen oder Teile davon in die der Bieter das von ihm angegebene Produkt, Verfahren oder Leistungsmerkmal einträgt. Die technischen Spezifikationen der Leistung können gemäß Paragraph 98, Absatz 7 und 8 BVergG ausnahmsweise, wie gegenständlich auch in Position 01.14.8000A, Position 01.14.8050B, Position 01.14.8050D, Position 01.14.8051 und Position 01.14.8052B durch Nennung eines bestimmten Produktes mit dem Beisatz "oder gleichwertig" erfolgen. Macht der Auftraggeber von dieser Möglichkeit Gebrauch, muss er zur Wahrung des Wettbewerbs eine Bieterlücke vorsehen. Nennt der Bieter kein Produkt, gilt das Leitprodukt gemäß Paragraph 106, Absatz 7, BVergG als angeboten. Die Paragraphen 98, Absatz 7 und 106 Absatz 7, BVergG sind die einzigen Stellen an denen das BVergG das Wort Bieterlücke erwähnt. Dabei handelt es sich um die Bieterlücken, die das BVergG definiert. Sie werden auch als "unechte Bieterlücken" bezeichnet. In den konkreten Bieterlücken wird nach einem "angebotenen Produkt" gefragt, sodass die Angabe eines Herstellers "A***" nicht den Vorgaben der Ausschreibung entspricht.

[...]

Der objektive Erklärungswert der Beilage "Bieterlückentexte" zum Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist jener, dass sie gerade kein konkretes Fabrikat und Type (angebotenes Produkt) angeboten hat. Dies ergibt sich einerseits daraus, dass die Bieterin eben nicht das angeführte Leitprodukt [...] anführt, sondern den Firmennamen A*** nennt und andererseits daraus, dass sich bei jeder Position der Hinweis "oder glw." findet.

Ein konkret angebotenes Produkt konnte bei objektiver Interpretation des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung dem Anbot nicht entnommen werden.

Der Hinweis "oder glw." zu den vorgenannten Leistungspositionen kann nur so verstanden werden, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht festgelegt hat, welches Produkt sie konkret anbieten wird. Sie hat sich mit dem Hinweis "oder glw." die Möglichkeit eröffnet nachträglich ein anderes Produkt als eines der Firma A*** zu verwenden. Aber auch die Angabe des reinen Firmennamens A***, ohne nähere Präzisierung des konkreten Fabrikates und Type (angebotenes Produkt) hätte nicht bewirkt, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mängelfrei wäre. Obwohl die gegenständliche Ausschreibung Standards hinsichtlich der anzubietenden Produkte genannt hat, kann aus der Nennung der Firma A***, welche nach Einsicht des Gerichtes in deren Homepage eine Vielzahl von Produkten anbietet, nicht geschlossen werden, dass das Anbot in

diesem Fall mängelfrei wäre, da erst im Zuge der Auftragsausführung letztendlich feststehen würde, welches konkrete Produkt der Zuschlagsempfänger einsetzen würde. Keinesfalls kann jedoch der Nennung der Firma A*** unter Zusammenschau der Standards der Ausschreibung der Inhalt unterstellt werden, dass der Bieter objektiv nachvollziehbar immer das Leitprodukt anbieten wollte, zumal sich im Anbot kein sonstiger Hinweis darauf findet, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin das genannte Leitprodukt verwenden wird. Diesbezüglich unterscheidet sich der gegenständlich zu beurteilende Sachverhalt auch von jenem, welcher dem Bescheid des BVA vom 15.02.2010, N/0120-BVA/05/2009-52. Diese Überlegungen können jedoch dahinstehen, zumal die präsumtive Zuschlagsempfängerin jeweils den Hinweis "oder glw." angebracht hat."

Dieses Erkenntnis des BVwG ist auf den gegenständlichen Fall direkt übertragbar und gilt das dort Gesagte auch hier (vgl. auch BVwG 17.09.2015, W123 2112177-1). In beiden Fällen wurden Bieterlücken durch Nennung eines (oder zweier) Firmennamen und dem Hinweis "od. glw." ausgefüllt. Dass aus dem Angebot der Zweitantragstellerin nicht eindeutig und zweifelsfrei hervorgeht, welches Produkt in den unechten Bieterlücken konkret (spezifizierbar) angeboten werden hätte sollen, verdeutlichen insbesondere die 10 Positionen im Angebot der Zweitantragstellerin, in welchen 2 Firmennamen genannt wurden (siehe unter II. 1. Sachverhalt). Dieses Erkenntnis des BVwG ist auf den gegenständlichen Fall direkt übertragbar und gilt das dort Gesagte auch hier vergleiche auch BVwG 17.09.2015, W123 2112177-1). In beiden Fällen wurden Bieterlücken durch Nennung eines (oder zweier) Firmennamen und dem Hinweis "od. glw." ausgefüllt. Dass aus dem Angebot der Zweitantragstellerin nicht eindeutig und zweifelsfrei hervorgeht, welches Produkt in den unechten Bieterlücken konkret (spezifizierbar) angeboten werden hätte sollen, verdeutlichen insbesondere die 10 Positionen im Angebot der Zweitantragstellerin, in welchen 2 Firmennamen genannt wurden (siehe unter römisch zwei. 1. Sachverhalt).

Dadurch, dass die Zweitantragstellerin die unechten Bieterlücken nicht exakt spezifiziert hat, wird der Auftraggeberin aber von vornherein eine sachverständige Prüfung im Sinne des Punktes 2 der Angebotsbestimmungen (vgl. auch § 106 Abs. 7 BVergG) 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 Zweitantragstellerin nicht zu entnehmen. Folglich konnte die Auftraggeberin eine Prüfung im Sinne des § 106 Abs. 7 BVergG nicht vornehmen. Dadurch, dass die Zweitantragstellerin die unechten Bieterlücken nicht exakt spezifiziert hat, wird der Auftraggeberin aber von vornherein eine sachverständige Prüfung im Sinne des Punktes 2 der Angebotsbestimmungen vergleiche auch Paragraph 106, Absatz 7, BVergG) 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 Zweitantragstellerin nicht zu entnehmen. Folglich konnte die Auftraggeberin eine Prüfung im Sinne des Paragraph 106, Absatz 7, BVergG nicht vornehmen.

Soweit die Zweitantragstellerin auf das Begleitschreiben in ihrem Angebot hinweist und vermeint, dass durch diese Erklärung, wenn das in der Bieterlücke angebotene Erzeugnis nicht gleichwertig sei, das ausgeschriebene Erzeugnis als angeboten gelte, verkennt sie zunächst, dass das Nichtausfüllen bzw. unzureichende Ausfüllen von Bieterlücken einen unbehebbarer Mangel darstellt (BVwG 28.08.2014, W138 2009787-2/16E). Der Zweitantragstellerin stünde im Übrigen die Möglichkeit offen, nachträglich (nach Angebotsöffnung) ein anderes Produkt zu nennen, als jenes, das sie im Angebot vermeintlich eingesetzt hat. Auch ein "Wahlrecht", das der ausschreibenden Stelle durch uneindeutige Bezeichnungen eingeräumt werden soll, ist nach Angebotsöffnung nicht mehr zulässig. Eine solche Vorgehensweise verstieße gegen das Verhandlungsverbot im Sinne des § 101 Abs. 4 BVergG. Soweit die Zweitantragstellerin auf das Begleitschreiben in ihrem Angebot hinweist und vermeint, dass durch diese Erklärung, wenn das in der Bieterlücke angebotene Erzeugnis nicht gleichwertig sei, das ausgeschriebene Erzeugnis als angeboten gelte, verkennt sie zunächst, dass das Nichtausfüllen bzw. unzureichende Ausfüllen von Bieterlücken einen unbehebbarer Mangel darstellt (BVwG 28.08.2014, W138 2009787-2/16E). Der Zweitantragstellerin stünde im Übrigen die Möglichkeit offen, nachträglich (nach Angebotsöffnung) ein anderes Produkt zu nennen, als jenes, das sie im Angebot vermeintlich eingesetzt hat. Auch ein "Wahlrecht", das der ausschreibenden Stelle durch uneindeutige Bezeichnungen eingeräumt werden soll, ist nach Angebotsöffnung nicht mehr zulässig. Eine solche Vorgehensweise verstieße gegen das Verhandlungsverbot im Sinne des Paragraph 101, Absatz 4, BVergG.

Gemäß ständiger Rechtsprechung liegt im Nichtausfüllen bzw. unzureichenden Ausfüllen von Bieterlücken ein unbehebbarer Mangel, wenn durch eine Mängelbehebung eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung gegenüber den Mitbieterinnen eintreten würde (VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186; BVA 01.08.2008, N/0064-BVA/13/2008-35; BVA 10.01.2009, N/0109-BVA/08/2009-52;).

Dadurch, dass die Zweitantragstellerin noch im Nachhinein die Möglichkeit hätte, die geforderten Spezifikationen über die exakten Typen und exakten Fabrikate vorzunehmen, würde man der Zweitantragstellerin zusätzliche Zeit zur Verfügung stellen, die den anderen Bieterinnen (die die Bieterlücken im Angebot ausschreibungskonform ausgefüllt haben) bei der Ausarbeitung ihres Angebotes nicht gewährt wurde. Bei der Zweitantragstellerin würde somit im Sinne des Erkenntnis des VwGH vom 25.02.2004, 2003/04/0186, durch eine Mängelbehebung eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung eintreten (BVwG 28.08.2014, W138 2009787-2/16E; BVwG 17.09.2015, W123 2112177-1).

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 hinsichtlich der Angaben der Zweitantragstellerin zu den Bieterlücken 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 Zweitantragstellerin wurde daher zu Recht gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG ausgeschieden. Es erübrigt sich daher ein weiteres Eingehen auf die Frage, ob die Zweitantragstellerin über die erforderliche Befugnis verfügte. Das Angebot der Zweitantragstellerin wurde daher zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausgeschieden. Es erübrigt sich daher ein weiteres Eingehen auf die Frage, ob die Zweitantragstellerin über die erforderliche Befugnis verfügte.

4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) III. und IV.): 4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) römisch drei. und römisch vier.):

§ 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."

Die Erstantragstellerin entrichtete an Pauschalgebühren € 9.234,--. Da es sich im gegenständlichen Fall um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich mit einem Los im Unterschwellenbereich handelt, waren von ihr an Pauschalgebühren gemäß § 318 Abs. 1 Z. 6 BVergG lediglich die Gebühren für den Unterschwellenbereich, somit € Die Erstantragstellerin entrichtete an Pauschalgebühren € 9.234,--. Da es sich im gegenständlichen Fall um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich mit einem Los im Unterschwellenbereich handelt, waren von ihr an Pauschalgebühren gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG lediglich die Gebühren für den Unterschwellenbereich, somit €

3.078,-- für den Nachprüfungsantrag und € 1.539,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, insgesamt somit €

4.617,-- zu entrichten. Die von der Erstantragstellerin entrichteten Mehrbeträge (€ 4.617,--) werden ihr gemäß § 318 Absatz 1 Z. 7 BVergG von Amts wegen zurückerstattet. 4.617,-- zu entrichten. Die von der Erstantragstellerin entrichteten Mehrbeträge (€ 4.617,--) werden ihr gemäß Paragraph 318, Absatz 1 Ziffer 7, BVergG von Amts wegen zurückerstattet.

Da dem Hauptantrag der Erstantragstellerin stattgegeben wurde, besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren durch die Auftraggeberin (Spruchpunkt A) III.). Da dem Hauptantrag der Erstantragstellerin stattgegeben wurde, besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren durch die Auftraggeberin (Spruchpunkt A) römisch drei.).

Die Zweitantragstellerin entrichtete an Pauschalgebühren € 7.079,40. Da es sich im gegenständlichen Fall um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich mit einem Los im Unterschwellenbereich handelt, waren von ihr an Pauschalgebühren gemäß § 318 Abs. 1 Z. 6 BVergG lediglich die Gebühren für den Unterschwellenbereich, somit € Die Zweitantragstellerin entrichtete an Pauschalgebühren € 7.079,40. Da es sich im gegenständlichen Fall um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich mit einem Los im Unterschwellenbereich handelt, waren von ihr an Pauschalgebühren gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG lediglich die Gebühren für den Unterschwellenbereich, somit €

3.078,-- für den Nachprüfungsantrag, und € 1.539,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, insgesamt somit €

4.617,-- zu entrichten. Das BVwG übersieht dabei nicht, dass die Zweitantragstellerin das Ausscheiden gemeinsam mit der Zuschlagsentscheidung angefochten hat. Ein solcher Fall ist jedoch gemäß § 320 Abs. 2 BVergG als ein Antrag zu werten. Die von der Zweitantragstellerin entrichteten Mehrbeträge (€ 2.462,40) werden ihr gemäß § 318 Absatz 1 Z. 7 BVergG von Amts wegen zurückerstattet. 4.617,-- zu entrichten. Das BVwG übersieht dabei nicht, dass die Zweitantragstellerin das Ausscheiden gemeinsam mit der Zuschlagsentscheidung angefochten hat. Ein solcher Fall ist jedoch gemäß Paragraph 320, Absatz 2, BVergG als ein Antrag zu werten. Die von der Zweitantragstellerin entrichteten Mehrbeträge (€ 2.462,40) werden ihr gemäß Paragraph 318, Absatz 1 Ziffer 7, BVergG von Amts wegen zurückerstattet.

Da die Zweitantragstellerin mit ihrem Nachprüfungsanträgen teilweise obsiegt hat, steht ihr gemäß § 319 Absatz 1 BVergG der Ersatz der Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin zu (Spruchpunkt A) IV.). Da die Zweitantragstellerin mit ihrem Nachprüfungsanträgen teilweise obsiegt hat, steht ihr gemäß Paragraph 319, Absatz 1 BVergG der Ersatz der Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin zu (Spruchpunkt A) römisch vier.).

5) 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

Abänderungsangebot, Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsmangel, Antragslegimitation, Antragsrecht, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Bauauftrag, Befugnis beurteilt am Auftragsgegenstand, Behebbarkeit von Mängeln, bestandfeste Ausschreibung, Bietergleichbehandlung, Bieterlücke, Gewerbeberechtigung, Gleichheitsgrundsatz, Gleichwertigkeit, Grundsatz der Gleichbehandlung, Mängelbehebung, Mangelhaftigkeit, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung

Auftraggeberentscheidung, Nichtigerklärung der
Zuschlagsentscheidung, objektiver Erklärungswert,
Pauschalgebührenersatz, Schaden, Subunternehmer, Unbehebbarkeit,
unechte Bieterlücken, Verbesserung der Wettbewerbsstellung,
verbesserungsfähiger Mangel, Vergabeverfahren, Verhandlungsverbot

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W134.2118711.2.00

Zuletzt aktualisiert am

22.02.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at