

# TE Bvgw Erkenntnis 2021/1/19 W131 2235409-2

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 19.01.2021

## Entscheidungsdatum

19.01.2021

## Norm

BVergG 2018 §141 Abs1 Z7

BVergG 2018 §2 Z5

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §333

BVergG 2018 §342 Abs1

BVergG 2018 §344 Abs1

BVergG 2018 §346

BVergG 2018 §347

BVergG 2018 §347 Abs1

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W131 2235409-2/21E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden, durch die fachkundige Laienrichterin Dr'a Ilse POHL als Beisitzerin der Auftraggeberseite und durch den fachkundigen Laienrichter Mag Matthias WOHLGEMUTH als Beisitzer der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren des anwaltlich vertretenen Auftraggebers Reinhalteverband (RHV) Mittlere Antiesen (= AG) mit der Bezeichnung "ABA RHV Mittlere Antiesen „Kanalsanierung Teil I - 2020“ nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung im Unterschwellenbereich" aufgrund des Antrags der anwaltlich vertretenen Antragstellerin (= ASt), XXXX , auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der XXXX (= MB) nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der XXXX vom 16.09.2020 für nichtig erklärt.

B)

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

## Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Die AG führt das im Entscheidungskopf ersichtliche Vergabeverfahren als nicht offenes Verfahren im Unterschwellenbereich ohne vorherige Bekanntmachung nach den Bestimmungen des 2. Teils des BVergG durch, dies mit einem geschätzten Auftragswert iHv unter 300.000,-- Euro.

Es wurden sieben Unternehmer zur Angebotslegung eingeladen, wonach sechs Angebote beim AG einlangten.

2. Die MB legte ein Angebot von knapp unter 200.000,-- Euro netto, die ASt ein solches mit einer Nettoangebotssumme iHv knapp unter 260.000,-- Euro.

3. Die ASt brachte im Nachprüfungspunkt gegen die Zuschlagsentscheidung vom 16.09.2020 auf Tatsachenebene va wie folgt vor:

[...]

Die Antragstellerin hat sich als Bieterin im angeführten Vergabeverfahren, das die Vergabe von Bauleistungen zur unterirdischen Wiederherstellung von Rohrleitungen mittels Inliner zum Gegenstand hat, beteiligt. Nach den Angaben in den Vergabeunterlagen handelt es sich um ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung (das gemäß § 43 BVergG nur im Unterschwellenbereich zulässig ist), der geschätzte Auftragswert ist der Antragstellerin nicht bekannt.

Die Angebotsfrist endete am 25.08.2020. Nach dem der Antragstellerin mitgeteilten Angebotsergebnis wurde von sieben Bifern ein Angebot gelegt. Die Zuschlagsfrist endet fünf Monate nach Ablauf der Angebotsfrist und somit am 25.01.2021. Alternativ- und Abänderungsangebot waren nicht zugelassen /B 11). Als Zuschlagskriterium wurde das Billigstbieterprinzip vorgegeben.

[...]

Für die grabungsfreie Rohrsanierung mittel Inliner sind zahlreiche Inlinertypen am Markt, die sich hinsichtlich ihrer Materialeigenschaften, der Einbaumethoden (etwa der mögliche Länge einzelner Sanierungsabschnitte) und der Eigenschaften des sanierten Rohres unterscheiden.

Im vorliegenden Verfahren war in den besonderen Bestimmungen (projektbezogene Festlegungen) vorgegeben, dass durch die zur Vergabe gelangende Sanierung so viele der bestehenden Schächte wie möglich aufzulassen sind (vorgesehen waren 15 Stück), wobei der Auftraggeber die Ausführung von Linern mit den Eigenschaften

- Nadelfilzschlauch mit PE-Beschichtung
- Beschichtungsgewicht 1.000 g/m<sup>2</sup>
- Wanddicken entsprechend den Lücken in den Positionen im LV

wünschte. Gleichwertige Angebote waren grundsätzlich zulässig, wobei nach den Ausschreibungsbedingungen die Gleichwertigkeit bei gewünschten Abweichungen mittels Labor- und Prüfzertifikaten durch den AN nachzuweisen ist.

In den Positionen 141502E und 141502F des Leistungsverzeichnisses wird darüber hinaus eine Mindestwandstärke von 7,5 mm (für Schlauchliner bis zu einem Innendurchmesser von 400 mm) bzw. 9 mm (für Schlauchliner ab einem größeren Innendurchmesser) verlangt. Beide Positionen sind mit „W“ gekennzeichnet, was nach den Festlegungen in der Ausschreibung bedeutet, dass es sich um eine wesentliche Position handelt, die im Sinne der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen wird.

[...]

Die Antragstellerin hat ihr den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Angebot über insgesamt € 258.478,09 fristgerecht und formgerecht gelegt. Das Angebot der Antragstellerin wurde nicht ausgeschieden, Aufklärung oder Nachweise wurden seitens des Auftraggebers nicht verlangt.

Aus dem übermittelten Angebotsergebnis im Zusammenhang mit der Zuschlagsentscheidung ergibt sich, dass das günstigste Angebot eine Angebotssumme von insgesamt € 197.919,29 aufweist, das zweitgünstigste Angebot der Firma [...] endet nach dem Angebotsergebnis mit einer Summe von € 208.843,70. Diese deutlich geringeren Gesamtpreise sind nach den der Antragstellerin vorliegenden Informationen darauf zurückzuführen (bzw. auch gar nicht anders erklärbar), dass beide günstigere Bieter anstelle des in Ausschreibung vorgesehenen Nadelfilzschlauches mit einer Wandstärke von 7,5 bzw. 9 mm einen deutlich kostengünstigeren GFK Inliner angeboten haben. Dieser Inlinertyp ist jedoch technisch unter den gegebenen Projektbedingungen in folgenden Punkten dem ausgeschriebenen als nicht gleichwertig anzusehen:

1.) Beständigkeit gegen Abrasion: Gewünscht war ein Inliner mit einer PE-Beschichtung mit einem Beschichtungsgewicht von 1000 g/m<sup>2</sup> für erhöhten Widerstand gegen mechanischen Abrieb durch Feststoffe im Kanal. Ein GFK- Inliner mit einer solchen Beschichtung existiert nicht.

2.) Geforderte Mindestwandstärken lt. Ausschreiberlücken: Es muss vermutet werden, dass die von den beiden günstigeren Bieter angebotenen Inliner-Endwandstärken deutlich unter den geforderten Mindestwandstärken liegen, was unter den gegebenen Bedingungen (abrasive Stoffe im Kanal) eine Verkürzung der Lebensdauer zur Folge haben wird.

3.) Installationslängen: Mit hoher Wahrscheinlichkeit ist es mit einem GFK-Inliner bei diesem Projekt nicht möglich, die gewünschten Installationslängen zu realisieren, damit so viele Schächte wie möglich aufgelassen werden können.

[...]

4. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag wurde verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) vorerst - datiert mit 17.09.2020 - beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eingebbracht und danach am 24.09.2020 nach Amtsstundenende an das BVwG gemäß § 6 AVG weitergeleitet.

Die Zuständigkeit des BVwG ist mittlerweile unstrittig.

Da BVwG untersagte mangels Zuschlagserteilung bis zum Zeitpunkt der eV - Entscheidung die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens.

5. Der AG erwiderte darauf in seiner inhaltlichen Stellungnahme maW dahin, dass der von der MB angebotene sogenannte GFK - Inliner dem in der Ausschreibung genannten Nadelfilzinliner jedenfalls gleichwertig wäre und daher das Angebot der MB nicht auszuscheiden wäre.

6. Die MB er hob keine Einwendungen gemäß § 346 Abs 3 BVergG gegen den Nachprüfungsantrag der ASt und ist damit - rechtlich vorwegnehmend - keine Verfahrenspartei des Nachprüfungsverfahrens mehr.

7. Die ASt replizierte auf die Stellungnahme des AG zum Nachprüfungsantrag wie folgt:

[...]

Im Übrigen ist zu den inhaltlichen Ausführungen der Auftraggeberin wie folgt zu erwidern:

Zunächst ergibt sich aus der Stellungnahme der Auftraggeberin, dass die Annahme der Antragstellerin, dass die beiden erstgereichten Bieter nicht – wie in der Ausschreibung vorgesehen – einen Nadelfilz-Liner mit Beschichtung, sondern GFK-Liner angeboten haben, zutrifft.

Technisch unzutreffend sind jedoch die Ausführungen der Auftraggeberin zur Gleichwertigkeit der angebotenen Systeme:

Dass GFK-Liner im Vergleich zu Nadelfilz-Linern ein höheres E-Modul aufweisen und somit ein dünnerer GFK-Liner die statischen Eigenschaften eines Nadelfilz-Liners erfüllt, ist zutreffend.

Bezüglich des Widerstands gegen mechanischen Abrieb sind jedoch GFK-Liner in keiner Weise mit dem ausgeschriebenen Nadelfilz-Liner mit einer PE-Beschichtung von 1.000 g/m<sup>2</sup> Beschichtungsgewicht vergleichbar, auch wenn das angebotenen Produkt die Mindestvoraussetzungen für eine Zulassung erfüllt.

Dass der mechanische Abrieb einer PE-Beschichtung deutlich niedriger ist als der Abrieb eines GFK-Liners ist in Fachkreisen jedoch allgemein bekannt und durch diverse Untersuchungen (vgl. etwa [www.krv.de/wissen/abriebverhalten](http://www.krv.de/wissen/abriebverhalten)) bestätigt. Aus dem Prüfbericht für das konkret ausgeschriebenen System mit einer etwas dünneren Beschichtung als in der Ausschreibung vorgesehen ergibt sich, dass beim „Darmstädter Kipprinnenversuch“ nach 200.000 Lastspielen ein Abrieb von 0,01 bzw. 0,02 mm festgestellt werden konnte. Aus der Prüfung des vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotenen Liners (Beilage 4) ergibt sich, dass nach nur 100.000 Lastspielen bereits ein Abrieb von 0,07 mm gemessen wurde. Die Widerstandsfähigkeit gegen mechanischen Abrieb beträgt bei vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Produkt nur einen Bruchteil des in der Ausschreibung vorgegebenen Systems.

Auch bzgl. der Bogengängigkeit bleiben GFK-Liner weit hinter dem ausgeschriebenen Produkt zurück, sodass es auch diesbezüglich an der Gleichwertigkeit fehlt.

Beweis: [...]

Dass das von präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene System die für eine Zulassung notwendigen Prüfungen bestanden hat und hinsichtlich eines Parameters (statische Anforderungen) dem ausgeschriebenen System entspricht, ändert daher nichts daran, dass es hinsichtlich wesentlicher Eigenschaften (Abriebbeständigkeit und Bogengängigkeit) weit hinter den Eigenschaften des ausgeschriebenen Systems zurückbleibt und somit der geforderte Gleichwertigkeitsnachweis nicht erbracht wurde.

[...]

6. Am 02.11.2020 fand die mündliche Verhandlung statt, an welcher die Antragstellerin, die rechtsfreundliche Vertretung des Auftraggebers samt einem für den AG tätigen Ziviltechniker und ein Mitarbeiter der MB als über das Angebot der MB Informierter als sonstiger Beteiligter (iSd § 8 AVG) teilnahmen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Verfahrensgang und die darin festgehaltenen Tatsachen des Vergabeverfahrens werden als entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt.

Darüber hinaus wird zu diesem Vergabeverfahren und Nachprüfungsverfahren ausdrücklich festgestellt wie folgt:

1.0. Im vorliegenden Vergaberechtsstreit geht es zentral darum, dass die ASt zur Leistungserbringung ua einen sogenannten Nadelfilzlinliner zum Sanieren der alten Kanalschäfte angeboten hat, während die MB und ein weiteres in der Bieterreihung gleichfalls der ASt vorgereihtes Unternehmen jeweils einen GFK - Inliner, also einen Inliner aus glasfaserverstärktem Kunststoff angeboten haben, wobei die in der Ausschreibung geforderte Gleichwertigkeit des GFK - Inliners von der ASt bestritten wird.

Bei der ausgeschriebenen Sanierung wird idZ ein alter Kanalstrang aus Betonrohren mit einem sogenannten Inliner so "ausgekleidet", dass das Abwasser danach wieder durch einen dichten Kanal fließt.

Die ASt sieht einen GFK - Inliner im Vergleich zu dem als Wunschprodukt in der Ausschreibung angeführten Nadelfilzlinliner nicht als gleichwertig an, dies insb im Punkte der Abriebfestigkeit über die Zeitachse und weiters im Punkte der möglichst großen Anzahl der aufzulassenden Kanalschäfte.

Im Vergaberechtsstreit geht es daher insoweit zentral um die Frage der Gleichwertigkeit des GFK - Inliners im Abgleich zum Nadelfilzlinliner, wie in der Ausschreibung verlangt.

1.1. Der Zuschlag ist unstrittig noch nicht erteilt und ist dessen Erteilung durch eine einstweilige Verfügung untersagt; die ASt wurde von der AG bislang noch nicht bestandsfest mit ihrem Angebot aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden. Die Antragslegitimation der ASt wurde im Verfahren vor dem BVwG nicht substantiiert bestritten. Die Antragstellerin hat Pauschalgebühren iHv 1.620,00 Euro bezahlt, was der Höhe nach - rechtlich vorwegnehmend - den nach der Verordnung BGBI II 2018/212 für einen Nachprüfungs- und eV - Antrag bei einem Bauauftrag im

Unterschwellenbereich gemäß § 43 Z 1 BVergG geschuldeten Pauschalgebühren entspricht; die Rechtsschutzeingabe der ASt ist korrespondierend mit dem sonstigen Aktenstand objektiv betreffend ein solches Vergabeverfahren formuliert worden - VwGH ZI Ra 2017/04/0125.

1.2. Bis auf die in diesem Nachprüfungsverfahren angefochtene Zuschlagsentscheidung wurde noch keine sonstige Auftraggeberentscheidung des streitigen Vergabeverfahrens beim BVwG angefochten.

1.3. Die Ausschreibungsunterlagen bestehen gegenständlich jedenfalls aus einem "Angebotsschreiben" und einem Leistungsverzeichnis, Blg'en ../6 und 7 zur Stellungnahme des AG zum Nachprüfungsantrag, OZ 8 aus dem Verfahrensakt W131 2235409-2.

1.3.1. Auf Seite 24 des Angebotsschreibens ist unter der Überschrift

Der Auftraggeber wünscht die Ausführung von Linern mit folgenden Eigenschaften

wie folgt festgelegt:

- Nadelfilzschlauch mit PE - Beschichtung
  - Beschichtungsgewicht 1000g/m<sup>2</sup>
  - Wandstärken entsprechend den Lücken in den Positionen im Leistungsverzeichnis
- oder gleichwertig.

Die Gleichwertigkeit ist bei den gewünschten Abweichungen mittels Labor- und Prüfzertifikaten durch den AN nachzuweisen.

Maßgebliche Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit anderer Inliner in Relation zu Nadelfilzinlinern wurden - zumindest abseits der für Nadelfilzinliner und auch sonst durch konkrete Millimeterangaben vorgegebenen Mindestwandstärken im Leistungsverzeichnis - nicht und insb nicht im Angebotsschreiben transparent angegeben. Diese Transparenz im Punkte der Gleichwertigkeit, bei welchen konkreten Eigenschaften ein anderer Inliner als ein Nadelfilzinliner eben einem solchen Nadelfilzinliner gleichwertig ist, wurde in der Ausschreibung auch im Leistungsverzeichnis nicht hergestellt.

1.3.1.1. Im Leistungsverzeichnis auf Seite 15 ist nämlich in der Position 141502E eine Mindestwandstärke für den Liner von 7,5 mm vorgesehen, und in der Position 141502F (bei größerem Betonaltrohrdurchmesser) eine Wandstärke von 9 mm, wobei diese beiden mit Freifeldern zum Ausfüllen durch die Bieter dargestellten Positionen unterhalb der Position 141502 - ohne dortige Freifelder - stehen und der Text von Position 141502 beginnt mit:

Schlauchlining für Freispiegel - Abwasserleitungen ...

1.3.1.2. Zuvor ist auf Seite 14 des Leistungsverzeichnisses idZ folgende Textpassage enthalten:

Die Wanddicke des eingebauten Liners ist vom AN nach dem Anforderungsprofil (hydraulische Verhältnisse, statische- und Druckverhältnisse) des AG zu wählen, hat jedoch bei Freispiegelleitungen mindestens die in den einzelnen Positionen in mm angegebene Dicke aufzuweisen.

1.3.2. Auf Seite 25 des Angebotsschreibens ist folgende Textpassage unter der Überschrift "Umfang der Vertragsleistungen" enthalten:

Das Auflassen/Verfüllen der Schächte, die nach erfolgter Renovierung nicht mehr benötigt werden, werden entsprechend D.1 während der Bauausführung mit dem AG festgelegt. Es werden so viele Schächte wie möglich sein, vorgesehen sind 15 Stück.

Nach dem gemeinsamen Verständnis der ASt und des AG von dieser Passage der Ausschreibung waren möglichst viele Schächte aufzulassen.

Bei Verwendung des GFK - Inliners benötigt man im Vergleich zum Nadelfilzinliner um zumindest einen Schacht mehr.

1.4. Zur Frage der Abriebfestigkeit bzw Abrasion des von der ASt angebotenen Nadelfilzinliners im Vergleich zu dem von der MB angebotenen GFK - Inliner unter Gleichwertigkeitsgesichtspunkten ist festzuhalten, dass beim GFK - Inliner nach den übereinstimmenden Parteieingaben über die Zeitachse eine relativ größere Abrasion auftritt.

MaW werden bei einem GFK - Inliner über die Zeitachse die Wände des Inliners durch den durchfließenden Inhalt schneller dünner.

1.5. Zur Streitfrage, ob die Verwendung eines Nadelfilzlininers und eines GFK - Inliners unter dem Blickwinkel, dass möglichst viele Einstiegsschäfte aufgelassen werden sollen, als gleichwertig zu beurteilen sind, wie dies nach dem Verständnis der Verfahrensparteien entsprechend der Seite 25 des Angebotsschreibens gefordert war, ist festzuhalten, dass man beim GFK - Inliner, wie von der MB angeboten, nach Parteiensicht bei Verwendung des GFK - Inliners zumindest um einen Schacht mehr benötigt wird und man daher um jedenfalls einen Schacht weniger nicht auflassen kann. Der AG hat es zudem unterlassen, insoweit eine entsprechend sachverständige und dokumentierte Angebotsprüfung vorzunehmen - § 140 Abs 1 BVergG.

## 2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang und Sachverhalt ergeben sich aus der Aktenlage der Gerichtsakten und aus den vorgelegten Vergabeunterlagen sowie insb aus den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung.

2.1. Dass die Abrasion, also der Abrieb der Inlinerinnenwände beim GFK - Inliner größer als bei den Nadelfilzlininern ist, ergibt sich insb aus dem Vorbringen der ASt, worauf der vom AG beigezogene und in der Verhandlung vernommene Ziviltechniker in der Verhandlung ua ausführte:

"Über Nachfrage des R, ob die Aussage des ASTV, dass die Abriebbeständigkeit beim Nadelfilzlininer wesentlich höher wäre, gibt AGZT an: Das ist durchaus möglich, aber auch bei dem Abriebverhalten des GFK-Liners ist kein Nachteil entsprechend der nachgeforderten Laboruntersuchungen für den Betrieb auszumachen."

Dass damit der Abrieb, der notorisch zum Verschleiß des Inliners führt, beim GFK - Inliner über die Zeitachse des Betriebs des sanierten Kanalstrangs größer ist als beim Nadelfilzlininer, wurde insoweit nicht substantiiert bestritten.

2.2. Dass bei einem GFK - Inliner im Vergleich zum Nadelfilzlininer beim gegenständlichen Sanierungsvorhaben um zumindest ein Einstiegsschacht mehr benötigt wird; und dass die Zielsetzung des Auftraggebers das Auslassen möglichst vieler Kanalschäfte ist, ergibt sich aus den schriftlichen Angaben der Parteien dieses Nachprüfungsverfahrens und insb der Erörterung in der Verhandlung, wo Vertreter des Auftraggebers (AGV auf Seite 8 der Verhandlungsschrift) ausführte: "Unser Vorbringen ist, dass zwischen den beiden Inliner Produkten maximal ein Schacht [U]nterschied ist."

Insoweit wurde auftraggeberseitig bestätigt, dass man mit einem einzubauenden Nadelfilzlininer jedenfalls um einen Schacht mehr auflassen kann als mit einem GFK - Inliner.

Der Repräsentant der MB hat diese Aussage, dass ein Schacht Unterschied verbleibt, wenn man einen GFK - Inliner anstelle eines Nadelfilzlininers verwendet, in der mündlichen Verhandlung im Rahmen seiner Anhörung zwecks Wahrheitsfindung auch nicht substantiiert widerlegt. Dieser Repräsentant der MB hat damit nämlich maW bezogen auf das konkrete Bauvorhaben keine schlüssigen Aussagen getätigt, die die Beurteilung der ASt und insb des Auftraggebervertreters substantiiert widerlegen könnten, zumal er keine konkreten Angaben gemacht hat, warum die Positionen der ASt und des Auftraggebervertreters insoweit konkret falsch wären.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gegenständlich ist wegen der Vergabeverfahrenseinleitung nach dem 21.08.2018 das BVergG 2018 gemäßBGBI I 2018/65 einschlägig, § 376 Abs 4 BVergG 2018 (im Folgenden: BVergG).

Unstrittig kommen dabei Vergabebestimmungen des 2. Teils des BVergG zur Anwendung.

3.1.1. Das BVwG ist gegenständlich mittlerweile unstrittig zur Vergabekontrolle zuständig und hatte gegenständlich in der im Entscheidungskopf ersichtlichen Senatsbesetzung zu entscheiden - § 328 BVergG 2018 iVm § 6 VwGVG.

Als Verfahrensrecht waren dabei abseits der Sonderverfahrensvorschriften des BVergG das VwGVG und die in § 333 BVergG 2018 verwiesenen Teile des AVG anzuwenden.

Da die MB im Nachprüfungsverfahren keine fristgerechten Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag gemäß § 346 Abs 3 BVergG erhoben hat, verlor die MB ihre Parteistellung und kam der MB damit auch kein Beweisantragsrecht und insb auch kein Recht zu, dass das BVwG trotz im Punkte übereinstimmender Angaben der ASt und des AG, dass

bei Verwendung von GFK - Inlinern zumindest ein Schacht weniger aufgelassen werden kann, insoweit weiterermitteln hätte müssen; insb hatte die MB in diesem Verfahren keine Rechte gemäß § 43 Abs 4 AVG.

3.1.2. Die ASt ist bislang nicht formal endgültig aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden. Da die Antragslegitimationsbestimmung des § 342 Abs 1 BVergG ident im Ober- und Unterschwellenbereich gilt und der EuGH zu C-355/15 bzw zu C-333/18 maW klargestellt hat, dass bis zum bestandkräftigen [Ausscheiden] eines Antragstellers dessen Antragslegitimation vorliegt, kann die Bestimmung des § 342 Abs 1 BVergG gleichheitskonform auch gegenständlich nur so ausgelegt werden, dass der ASt jedenfalls Antragslegitimation zukommt - Art 2 StGG.

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen dieses Nachprüfungsantrags wurden auch sonst nicht substantiiert bestritten.

Zu A)

### 3.2. Zur Nichtigerklärung

3.2.1. IZm der Pflicht zur gesetzeskonformen Auslegung von Ausschreibungsunterlagen bzw iZm der Irrelevanz eines nur zu vermutenden Zwecks der Ausschreibungsbestimmungen hat der VwGH zB zu Ra 2018/04/0137 rechtssatzmäßig dokumentiert ausgeführt wie folgt:

Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Maßgeblich ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen (Hinweis E vom 27. Oktober 2014, 2012/04/0066, mwN).

Zur alleinigen Relevanz des objektiven Erklärungswerts der Ausschreibung siehe insoweit zB auch VwGH ZI 2006/04/0024, wo festgehalten ist:

Der Verwaltungsgerichtshof hat schon wiederholt bei der Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen, somit hinsichtlich der Willenserklärungen des Auftraggebers, den objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt für maßgebend erachtet (Hinweis E vom 19. November 2008, 2007/04/0018, mit Verweis auf die Vorjudikatur). Dass der objektive Erklärungswert maßgeblich ist, gilt auch für die Auslegung der Willenserklärung des Bieters.

3.2.2. Nachdem - ohne Ausschreibungsanfechtung - gegenständlich weder im Angebotsschreiben noch im Leistungsverzeichnis transparent Gleichwertigkeitskriterien enthalten sind zwecks Beurteilung, ab wann ein anderer Inlinertyp wie zB ein GFK - Inliner einem in der Ausschreibung gewünschten Nadelfilzlinliner gleichwertig ist, liegt eine unanfechtbar gewordene Ausschreibung vor, die derartige Informationen entgegen den Wertungen aus den §§ 20 Abs 1 und 106 Abs 6 BVergG nicht enthält.

Es würde damit vorerst insb den rechtlichen Wertungen aus den gerade genannten Bestimmungen und damit zentral dem Transparenzgebot und dem Gebot der Bietergleichbehandlung widersprechen, wenn man ohne eindeutige Festlegungen in der Ausschreibung (gemäß § 2 Z 7 BVergG), ab wann ein anderer Inlinertyp dem Nadelfilzlinliner gleichwertig ist, den Zuschlag auf ein Angebot zulassen würde, mit dem kein Nadelfilzlinliner angeboten wurde.

Die Zuschlagsentscheidung war damit bereits aus diesem ersten Grund gemäß § 347 Abs 1 BVergG aufzuheben, zumal insb die auftraggeberseitig betonte bieterseitige Pflicht zur Nachreichung von Gleichwertigkeitsunterlagen, wie im Sachverhalt iZm den Inlinern wiedergegeben, eine im Gleichwertigkeitspunkt transparente und bietergleichbehandelnde Ausschreibung - mit Gleichwertigkeitskriterien - nicht ersetzen kann.

3.2.3. Materiell ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch unter "gleichwertig" etwas zu verstehen, was vergleichend gleichrangig und ebenbürtig in Relation zu etwas anderem ist.

Wenn die Ausschreibung nach ihrem objektiven Wortlaut gegenständlich nur dann andere Inlinertypen neben einem Nadelfilzlinliner zulassen will, wenn dieser andere Inlinertyp gleichwertig ist, ist hier vorerst auf das Ermittlungsergebnis zu verweisen, dass bei dem von der MB angebotenen GFK - Inliner, also einem Inliner aus glasfaserverstärktem Kunststoff gemäß Beilage ./A zur Verhandlungsschrift, der Abrieb auf der Inliner-Innenseite unstrittig über die Zeitachse größer ist als bei einem auftraggeberseitig gewünschten Nadelfilzlininer.

Damit ist aber der von der MB angebotene GFK - Inliner insoweit dem Nadelfilzlininer nicht mehr gleichwertig und damit ausschreibungswidrig gemäß § 141 Abs 1 Z 7 BVergG.

Die Zuschlagsentscheidung war damit zentral wegen dieser Ausschreibungswidrigkeit des Angebots der MB für nichtig zu erklären.

3.2.4. Eine weitere Ausschreibungswidrigkeit des Angebots der MB ist im aufgezeigten Sinn darin zu erblicken, dass man bei Verwendung von GFK - Inlinern beim gegenständlichen Bauvorhaben nach übereinstimmender Auffassung der AST und des AG um jedenfalls einmal einen Kanalschacht weniger auflassen kann als bei Verwendung eines Nadelfilzlinners, nachdem die Auflassung möglichst vieler Kanalschächte Ausschreibungsziel des AG war. Auch insoweit ist der GFK - Inliner dem Nadelfilzlinner nicht gleichwertig und damit ausschreibungswidrig, was auch unter diesem Aspekt zu einem auszuscheidenden Angebot der MB führt.

Wollte man diese Auffassung entgegen der hier vertretenen Auffassung nicht teilen, wäre die Zuschlagsentscheidung dennoch auch iZm der Frage der Anzahl der aufzulassenden Kanalschächte aufzuheben, weil der AG bislang ausweislich der Vergabeunterlagen keine sachverständige schlüssig deduktive Prüfung unter Darstellung der geographischen Lage des zu sanierenden Kanalstrangs samt Schachtörtlichkeiten iZm den je nach Inlinertypus allenfalls mehr oder weniger stilllegbaren Kanalschächten iSd § 140 Abs 1 BVergG vorgenommen hat. Eine auftraggeberseitig nicht abgeschlossene Angebotsprüfung führt nämlich ident zur Aufhebung einer potentiell vergaberechtswidrigen Zuschlagsentscheidung, VwGH ZI 2007/04/0095.

3.3. Auf Grund der vorstehenden Beurteilungen kann insb dahinstehen, ob bei einer Ausschreibung, die auf Seite 14 des Leistungsverzeichnisses idZ folgende Textpassage enthält [Hervorhebungen durch das BVwG]:

Die Wanddicke des eingebauten Liners ist vom AN nach dem Anforderungsprofil (hydraulische Verhältnisse, statische- und Druckverhältnisse) des AG zu wählen, hat jedoch bei Freispiegelleitungen mindestens die in den einzelnen Positionen in mm angegebene Dicke aufzuweisen.,

das Angebot der MB mit dem GFK - Inliner auch deshalb auszuscheiden wäre, weil der von der MB angebotene GFK - Inliner nicht die in den Positionen 141502E und 141502f angegebene Mindestwanddicken aufweisen könnte - § 39 AVG.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

3. 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.

Die Revision war gegenständlich nicht zuzulassen, weil gegenständlich Ausschreibungsunterlagen im Einzelfall auf Grund deren Wortlauts ausgelegt und auf ein konkretes Angebot angewendet wurden; und insoweit keine Revisibilität besteht, siehe dazu zB VwGH Ra 2020/04/0037 mwN.

## **Schlagworte**

Angebot ausschreibungswidrig Auslegung der Ausschreibung Ausscheiden eines Angebotes  
Ausscheidensentscheidung Ausscheidensgrund Bauauftrag bestandfeste Ausschreibung Bietergleichbehandlung  
Gleichbehandlung Gleichwertigkeit Grundsatz der Gleichbehandlung Grundsatz der Transparenz mündliche  
Verhandlung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung objektiver  
Erklärungswert technische Gleichwertigkeit Transparenz Vergabeverfahren

## **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2021:W131.2235409.2.00

## **Im RIS seit**

17.02.2021

## **Zuletzt aktualisiert am**

17.02.2021

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

© 2026 JUSLINE

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

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