

TE Lvwg Erkenntnis 2021/12/15 VGW-123/029/14449/2021

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 15.12.2021

Entscheidungsdatum

15.12.2021

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2018 §141 Abs1 Z7

1. BVergG 2018 § 141 heute
2. BVergG 2018 § 141 gültig ab 21.08.2018

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

gekürzte Ausfertigung

gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Mag. Schmied als Vorsitzenden, Dr. Schweiger als Berichter und Mag. Schreiner als Beisitzerin über den Antrag der Bietergemeinschaft A.-B.-C., bestehend aus:

1. A. AG (federführend), 2. B.-gmbH, 3. C. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 24.09.2021 betreffend das Vergabeverfahren der Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien-Magistratsabteilung 29 (Brückenbau und Grundbau), "D. (MA 29-VGV-.../2021)", nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung durch Verkündung am 11.11.2021

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 23 Abs. 1 des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes 2020 in Verbindung mit § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Antragstellerin im Vergabeverfahren: "D. (MA 29-VGV-548739/2021)", am 24.09.2021 mitgeteilten Ausscheidensentscheidung abgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat gemäß den §§ 14 und 15 WVRG 2020 die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 19.446,-- selbst zu tragen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Wesentliche Entscheidungsgründe:

Die Antragsgegnerin, Stadt Wien MA29, führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrags mit der Bezeichnung "D. (MA 29-VGV-548739/2021)", durch. Das Vergabeverfahren wurde mit Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 17.05.2021 (...) eingeleitet.

Der Auftrag ist nicht in Lose unterteilt; der Zuschlag erfolgt nach dem Bestangebotsprinzip, wobei der Preis mit 97% gewichtet ist.

Die Angebotsfrist endete nach mehrmaliger Verlängerung am 02.08.2021, 10:00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand ohne Teilnahmemöglichkeit der Bieter statt. Die Antragstellerin legte fristgerecht ein Angebot.

Der Zuschlag wurde bislang nicht erteilt; ein Widerruf dieses Verfahrens erfolgte bislang ebenso wenig.

Mit Schreiben vom 24.09.2021 wurde der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin betreffend das Angebot der Antragstellerin mitgeteilt. Begründet wurde diese Entscheidung damit, dass die Antragstellerin in den drei Positionen 09.4010D Z Schieber m. Stellantrieb DN100, 09.8401D Z GGG-Druckrohre STE-ZUG ZM DN150 ges. und 09.8501A Z Aufp. Formstücke für GGG-Rohre die Bieterlücken nicht ausgefüllt habe. Es handle sich um echte Bieterlücken, da keine Leitprodukte angegeben worden seien. Es läge ein unvollständiges Angebot vor; der Mangel sei auch nicht behebbar, da sich bei einer solchen echten Bieterlücke sonst die Wettbewerbsstellung des Bieters materiell ändern würde. Es läge daher ein unbehebbarer Mangel vor und das Angebot sei gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 auszuscheiden.

Mit Nachprüfungsantrag vom 4.10.2021 begehrte die Bietergemeinschaft A. – B. – C. durch ihre anwaltliche Vertretung die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 24.9.2021. Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass nach der Ausschreibung die anzubietenden Produkte eindeutig spezifiziert würden. Es werde zwar nicht namentlich ein konkretes Leitprodukt genannt, es seien die Festlegungen für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter so spezifisch, dass nur ein einziges Produkt eines spezifischen Herstellers in Betracht käme. Die Festlegungen kämen damit aus Bietersicht der Nennung eines dezidierten Leitproduktes (Hersteller und Produkt) gleich.

Hinsichtlich der Position Schieber mit Stellenantrieb DN100 (LV-Pos 04/01; 09.4010D) würde ausschließlich das Produkt E-Schieber ... des Herstellers E. mit der Produktbezeichnung ... die Anforderungen erfüllen.

Hinsichtlich der Position GGG-Druckrohre STEZUG ZM DN150 ges (LV-Pos 04/01; 09.8401D) würde ausschließlich das Druckrohr ... der Firma F. GmbH (DN150) die Anforderungen erfüllen.

Hinsichtlich der Position Aufp. Formstücke für GGG-Rohre (LV-Pos 04/01; 09.8501A) würde ausschließlich das Produkt Formstück „Marke G.“ .., DN150, die Anforderungen erfüllen.

Nachdem im Ergebnis keine „Bieterlücken“ vorlagen, läge auch kein unbehebbarer Mangel vor. Der Antragstellerin wäre daher gemäß § 138 Abs. 1 BVergG 2018 die Möglichkeit zur Aufklärung einzuräumen gewesen.

Die Antragstellerin begehrte die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Ersatz der Pauschalgebühren.

Die Pauschalgebühren für den Antrag wurde korrekt entrichtet.

Mit Schriftsatz vom 15.10.2021 nahm die Auftraggeberin zum gegenständlichen Nachprüfungsantrag Stellung und beantragte dessen Abweisung. Es handle sich bei den drei Positionen um „echte Bieterlücken“, der Mangel sei unbehebbar. Am 09.11.2021 erstattete die Auftraggeberin eine weitere, ergänzende Stellungnahme. Daraufhin erfolgte seitens der Antragstellerin eine Replik.

In der am 11.11.2021 durchgeföhrten öffentlichen, mündlichen Verhandlung wurde in erster Linie die Frage der Bieterlücken erörtert. Das Vorliegen von echten Bieterlücken wurde von der Antragstellerin nicht mehr bestritten.

Sachverhalt:

Aufgrund des unstrittigen Vergabeakts wird folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Die Ausschreibungsunterlage, die dem o. a. gegenständlich durchgeföhrten Vergabeverfahren zugrunde liegt, besteht: aus einem Langleistungsverzeichnis, worin auf Positionsebene detailliert die jeweilige Leistung festgelegt wurde. Dazu zählen in der HG 05 Tunnelausstattung, OG 01 Löschwasserleitung u. a. folgende 3 Positionen

„09.4010 Z Schieber m. Stellantrieb

E-Schieber:

innen und außen epoxy-pulverbeschichtet nach allen Güte und Prüfbestimmungen des RAL-Gütezeichens 662 (GSK- Gütegemeinschaft Schwerer Korrosionsschutz), Prüfmerkmale nach DIN 30677-T2 und DIN 3476.

Dimensionierung der Gewindelänge der Keilmutter mit einem Verhältnis von mindestens 1,2 zum Spindeldurchmesser.

Belastungsoptimale Keilführung aus verschleißfestem Kunststoff.

O-Ringe, gemäß DIN 3547-T1, allseitig in rostbeständigem Werkstoff gelagert. O- Ringe, gemäß ISO 7259, unter Druck auswechselbar.

mit Werkseitig montiertem und eingestelltem elektrischen Stellantrieb:

230/400V, 50Hz, Schutzart IP67 Drehstrommotor,

leicht einstellbarer Zählrollen-Wegschalter für beide Endlager,

Doppeldrehmomentschalter, Blinkgeber und Thermoschalter, Handrad zur Notbetätigung.

Schließzeit 1 Minute. Geeignet zur Verwendung mit einem E-Schieber und für den Steuer- u. Regelbetrieb.

09.4010D Z Schieber m.Stellantrieb DN100 LT.01

Fabrikat Schieber/Antrieb:

..... 1,00 Stk"

"09.84 Z GGG Wasserleitungsrohre

Druckrohre aus duktilem Gusseisen (GGG) liefern und nach den Richtlinien des Herstellerwerkes verlegen.

Die Rohre sind, ausgenommen von ca. von ca. 5 lfm Erdleitung, im Tunnelbereich verlegt. Erdarbeiten werden beigestellt.

Die Rohre sind mit zugfester Verbindung auszuführen.

Dichtungen und Zugsicherungen sind einzurechnen.

Formstücke werden gesondert vergütet.

Es sind ausschließlich Rohre mit ÖVGW-Zertifizierung zu verwenden.

09.8401 Z GGG-Druckrohre gern ÖNORM EN 545, zugfest, mit Zementmörtelauskleidung liefern und verlegen

mit längskraftschlüssiger Steckmuffenverbindung (STE) mit Riegel oder Klemmring inkl. Zubehör.

Wanddickenklasse K 9, außen mit einem metallischen Zinküberzug und Deckbeschichtung ge, ÖNORM B 2550/2560, innen mit Zementmörtelauskleidung (ZM) gem. ÖNORM ISO 4179.

09.8401D Z GGG-Druckrohr STE-ZUG ZM DN 150 ges. LT:01

gewähltes Fabrikat:

Muffenverbindung Typ:

ÖVGW Registriernr.:

..... 865,00 m"

"09.85 Z Formstücke für GGG-Wasserleitungsrohre, ges

Liefern und Montieren von GGG-Formstücken mit Flansch - oder Muffenverbindung. Einschließlich Zubehör wie folgt

09.8501A Z Aufp.Formstücke für GGG-Rohre LT.01

Flanschformstücke gew. Fabrikat:

ÖVGW Registriernr.:

Muffenformstücke gew. Fabrikat:

Muffenverbindung schub- und zuggesichert Typ.:

ÖVGW Registriernr.:

..... 1.500,00 VE"

Die Ausschreibung wurde vergaberechtlich nicht angefochten. Die Ausschreibungsunterlagen sind somit bestandsfest geworden.

Die Antragstellerin hat unstrittig innerhalb der Angebotsfrist ein Angebot, in dem zu den in Rede stehenden Positionen in den jeweils genannten Bieterlücken im Leistungsverzeichnis keine Fabrikate und diesbezüglichen näheren Angaben eingetragen und angeboten.

Erwägungen in der Beweiswürdigung:

Inhalt und Bestandsfestigkeit der Festlegungen ergibt sich aus dem vorliegenden unbedenklichen Vergabeakt der Auftraggeberin und ist beides unstrittig.

Unstrittig ist ebenfalls, dass die Bieterlücken in den o. a. Positionen im Angebot der Antragstellerin nicht ausgefüllt wurden.

Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ-, Varianten- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuscheiden.

Die gegenständlichen, o. a. Positionen des Leistungsverzeichnisses enthalten ausschließlich nach technischen Gesichtspunkten abstrakt umschriebene Qualitätsanforderungen an vom jeweiligen Bieter – nach dessen Auswahl anzubietende – Produkte. Die Auftraggeberin hat in den entsprechenden Positionen Raum für die Eintragung von Fabrikaten sowie allenfalls Typ und ÖVGW-Registernummer durch den Bieter vorgesehen.

Mit den oben im Wortlaut oben wieder gegebenen Festlegungen, insbesondere klar ersichtlich aus der Wendung "gewähltes Fabrikat ", ohne Anführung eines bestimmten Leitproduktes und ohne Anführung von Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit hat die Auftraggeberin klar und unmissverständlich im Leistungsverzeichnis sog. echte Bieterlücken vorgesehen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs sind Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, die nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen können (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037). Der VwGH zieht die Grenze zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln bei der materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung, die auch in einem längeren Zeitraum zur Erstellung des Angebots bestehen kann (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186). Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt. Dies würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und den Transparenzgrundsatz verletzen (vgl dazu VwGH 2003/04/0186 und EuGH Rs C-87/94, Rz 56).

Würde man der Antragstellerin, die in den Bieterlücken jeweils kein von ihr "gewähltes Fabrikat" angeboten hat, die Möglichkeit zur nachträglichen Spezifikation im Rahmen einer Mängelbehebung nach Angebotsöffnung geben und ihr damit im Ergebnis zusätzlich Zeit für die Angebotslegung zur Verfügung stellen, würde dies zu einer – unzulässigen – materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung im Vergleich zu anderen Bieter führen, die die Bieterlücke ausschreibungskonform ausgefüllt haben.

Dies ergibt sich auch unabhängig davon, ob tatsächlich - wie die Antragstellerin vorbringt - jeweils bloß ein bestimmtes

Produkt eines Herstellers alle Anforderungen der gegenständlichen Positionen der Ausschreibung erfüllt, oder doch, was die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag sowie in der mündlichen vorgebracht hat, jeweils mehrere Fabrikate für ein ausschreibungskonformes Angebot in den in Rede stehenden Bieterlücken in Frage kommen.

In der mündlichen Verhandlung hat sich augenfällig gezeigt, dass keineswegs offenkundig ist, dass bzw. welches Produkt als einzige ausschreibungskonformes in Frage kommt. Vielmehr hätte es aufwändiger Ermittlungen, ggf. auch der Beiziehung von Sachverständigen bedurft, um im Detail abzuklären, welche Produkte die Festlegungen der Ausschreibung erfüllen.

In diesem Sinne kann es auch nicht Aufgabe der Auftraggeberin sein, im Zuge der Angebotsprüfungen aufwändige Recherchen zu allen denkmöglich in Betracht kommenden Produkten anzustellen.

Es ist ja gerade der Sinn und Zweck der vollständigen Befüllung von Bieterlücken, der Auftraggeberin die Überprüfung zu ermöglichen, ob das tatsächlich angebotene Produkt in jeder Hinsicht tatsächlich ausschreibungskonform ist. Würde man der Antragstellerin die Möglichkeit einräumen, diesbezüglich erst nach Ablauf der Angebotsfrist im Zuge einer Aufklärung Farbe zu bekennen, würde man ihr einen vergaberechtlich unzulässigen Wettbewerbsvorteil einräumen.

Dem Angebot der Antragstellerin haftet im Zusammenhang mit den fehlenden Angaben in den o. a. Bieterlücken ein unbehebbarer Mangel an und ist das Angebot insofern ausschreibungswidrig. Vor diesem Hintergrund kommt dem Einwand der Antragstellerin, der den drei Positionen zugrundeliegende Wert sei im Verhältnis zum Gesamtauftragswert gering, keine Relevanz zu.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der gegenständlich angefochtenen Ausscheidensentscheidung war daher abzuweisen.

Da dem Nachprüfungsantrag kein Erfolg beschieden war, hat die Antragstellerin die von ihr in korrekter Höhe entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Hinweis

Gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013 idF. BGBl. I Nr. 24/2017, kann das Erkenntnis in gekürzter Form ausgefertigt werden, wenn von den Parteien auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof verzichtet oder nicht binnen zwei Wochen nach Ausfolgung bzw. Zustellung der Niederschrift gemäß § 29 Abs. 2a eine Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 von mindestens einem der hiezu Berechtigten beantragt wird.

Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren wurde am 11.11.2021 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt und das Erkenntnis mündlich verkündet. An der Verhandlung haben sämtliche Verfahrensparteien, die Antragstellerin und die Auftraggeberin, teilgenommen. Die in der mündlichen Verhandlung angefertigte Niederschrift, welcher eine Belehrung gemäß § 29 Abs. 2a VwGVG angeschlossen war, wurde den anwesenden Parteien unmittelbar ausgefolgt.

Keine zur Erhebung einer Revision an den Verwaltungsgerichtshof beziehungsweise Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof legitimierte Partei hat innerhalb der gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG normierten Frist von zwei Wochen nach Ausfolgung bzw. Zustellung der Niederschrift einen Antrag auf Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG gestellt.

Das Erkenntnis wird hiermit gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG gekürzt ausgefertigt.

Gegen diese gekürzte Ausfertigung des Erkenntnisses ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß § 25a Abs. 4a VwGG und/oder eine Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof gemäß § 82 Abs. 3b VfGG nicht mehr zulässig.

Schlagworte

Tunnelausstattung; Löschwasserleitung; Leistungsverzeichnis; nach technischen Gesichtspunkten abstrakt umschrieben Qualitätsanforderungen; echte Bieterlücken; unbeherrschbarer Mangel; Ausscheiden von Angeboten

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWI:2021:VGW.123.029.14449.2021

Zuletzt aktualisiert am

22.03.2023

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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