OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-840196/9/KLi

Datum:
Linz, 16. März 2020

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über den Antrag vom 14. Februar 2020 der S - S GmbH, x, x, vertreten durch die S R GmbH, x, x, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 6. Februar 2020 im Vergabeverfahren der O G GmbH betreffend das Vorhaben „G M R S K G“

zu Recht:

I. Der Antrag vom 14. Februar 2020 auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 6. Februar 2020, der Antragstellerin zugestellt am 6. Februar 2020, wird gemäß §§ 1, 2 und 7 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 – Oö. VergRSG 2006, LGBl. Nr. 130/2006 idgF. LGBl. Nr. 77/2018, abgewiesen.

II. Der Antrag, der O G GmbH den Ersatz der Pauschalgebühr für diesen Antrag aufzuerlegen, wird abgewiesen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Eingabe vom 14. Februar 2020 hat die S, S GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, das Vergabeverfahren bzw. die Zuschlagserteilung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution iSe Fortlaufshemmung auszusetzen, in eventu die Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, in eventu die Untersagung der Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, gestellt. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 1.500 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass aufgrund einer Ausschreibung im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung für Bauaufträge im Unterschwellenbereich die Antragstellerin am 2. Dezember 2019 durch die E T E GmbH, welche 100%ige Gesellschafterin der T E GmbH ist, über das gegenständliche Vergabeverfahren informiert und zur Abgabe eines Angebotes eingeladen worden sei. Für die Projektsteuerung sei die T E GmbH zuständig gewesen. Auftraggeberin ist die O G GmbH. Als Frist für die Abgabe eines gültigen Angebots wurde der 9. Jänner 2020, 9.00 Uhr, festgelegt. Zudem wurde die ÖNORM B2110 als Vertragsgrundlage festgehalten; ausschließliches Zuschlagskriterium war der Angebotspreis. Die weiteren Kriterien für die Abgabe eines gültigen bzw. vollständigen Angebots haben sich aus dem Leistungsverzeichnis (kurz: LV) ergeben.

Unter Pkt. 4 des LV sei festgehalten worden, dass die in den Bieterlücken angebotenen Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme mindestens den in der Ausschreibung bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten technischen Anforderungen entsprechen. Angebotene Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme würden für den Fall des Zuschlags als Vertragsbestandteil gelten. Änderungen seien nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Auftraggebers zulässig. Auf Verlangen des Auftraggebers weise der Bieter die im LV bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten technischen Anforderungen vollständig nach (Erfüllung der Mindestqualität).

Pkt. 5 des LV gebe unter dem Punkt „beispielhaft genannte Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme“ an, dass, wenn im LV zu einzelnen Positionen zusätzlich beispielhafte Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme angeführt sind, in der Bieterlücke gleichwertige Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme angeboten werden.

Von der Antragstellerin seien sämtliche aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlichen Kriterien erfüllt worden und habe diese fristgerecht ein vollständiges Angebot gelegt.

Am 14. Jänner 2020, sowie am 15. Jänner 2020 sei die Antragstellerin vom zuständigen Mitarbeiter der T E GmbH aufgefordert worden, bis 17. Jänner 2020 (8.00 Uhr) die Komponentenliste laut LV 840001H, 850001H und 860001H sowie den Nachweis der Ersatzteilgarantie laut LV 001115E einzureichen. Der Aufforderung wurde mit 15. Jänner 2020 per e-mail nachgekommen. In weiterer Folge sei die Antragstellerin durch die Projektleiterin neuerlich aufgefordert worden, die Komponentenliste nochmalig bis 29. Jänner 2020 zu übersenden. Dieser Aufforderung wurde seitens der Antragstellerin fristgerecht nachgekommen.

Mit Schreiben vom 30. Jänner 2020 sei von der Auftraggeberin bekannt gegeben worden, dass beabsichtigt sei, der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen, zumal diese die Billigstbieterin sei. Mit Schreiben vom 6. Februar 2020 wurde nunmehr der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 durch die T E GmbH bekannt gegeben. Begründet wurde diese dahingehend, dass das Angebot der Antragstellerin nicht die im LV geforderte Komponentenliste für die Positionen bzw Leistungsgruppen LG84, LG85, LG86 beinhaltet habe. Das LV beinhalte daher bei den angeführten Positionen und Leistungsgruppen echte Bieterlücken mit der Besonderheit, dass die jeweils vom Bieter angebotenen Produkte nicht im LV, sondern in einer eigenen dem Angebot beizuschließenden Auflistung auszuweisen seien. Nach Ansicht der T E GmbH seien nach ständiger Rechtsprechung fehlende Angaben der Bieter in echten Bieterlücken, also fehlende Angaben zu den jeweils angebotenen Fabrikaten bzw Typen, unbehebbare Mängel, welche zum Ausscheiden des betroffenen Angebots führen müssten.

Die im LV vorhandenen Bieterlücken hätten jedoch nach den Informationen zur Standardisierten Leistungsbeschreibung Haustechnik (StLB-HT) Version 12 (2018-12-31) gemäß Pkt. 1.1.6. nicht angewendet werden dürfen und zeige sich sowohl die Ausschreibung als auch die Ausscheidensentscheidung der Antragstellerin als rechtswidrig, zumal die Antragstellerin Billigstbieterin gewesen sei und sämtliche der Ausschreibung geforderten Unterlagen eingereicht habe. Darüber hinaus sei die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 30. Jänner 2020 unangefochten geblieben, sodass diese bestandsfest geworden sei. Vielmehr hätte das Angebot der Antragstellerin den Zuschlag erhalten müssen.

Zum Interesse am Vertragsabschluss wurde ausgeführt, dass es sich beim Unternehmen der Antragstellerin, welches ua die ausschreibungsgegenständliche Leistung in Form von Neuerrichtung sowie Service, Wartung und Renovation von MSR-Anlagen; Großhandel mit Regeltechnik-Geräten für den Bereich Haustechnik

anbiete, handle. Durch Studium der Ausschreibungsunterlagen und Legung eines Angebots sowie durch Einbringung des Nachprüfungsantrages habe die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsabschluss dargetan. Sie sei auch weiterhin am Vertragsabschluss interessiert, zumal die Zuschlagsentscheidung für sie – wirtschaftlich gesehen – von sehr großer Bedeutung sei, da sie offenbar das günstigste Angebot gelegt habe.

Die Antragstellerin sei ein zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung befugtes Unternehmen, einer der führenden Anbieter österreichweit und seit Jahren in diesem Bereich tätig, weshalb ihr ein grundsätzliches Interesse am Vertragsabschluss schon deshalb nicht abzusprechen sei.

Nachdem das Vergabeverfahren bzw. die Ausscheidung rechtswidrig erfolgt sei, drohe der Antragstellerin ein erheblicher Schaden, da sie an Umsatz und Gewinn verlieren würde. Dieser werde durch die Angebotssumme der Antragstellerin im Betrag von 475.406,77 Euro brutto ersichtlich. Im Ergebnis entgehe der Antragstellerin die Möglichkeit auf die Zuschlagserteilung und Erzielung eines angemessenen Gewinns. Darüber hinaus seien aufgrund der bisherigen Beteiligung am Vergabeverfahren Kosten für die Erstellung der Angebotsunterlagen und Einreichung des Nachprüfungsantrages entstanden. Zudem seien eine Vielzahl von Stunden und Mühen in das Vergabeverfahren investiert worden. Aufgrund der Nichterteilung des Auftrags seien Einsparungen vorzunehmen und könne sich die Antragstellerin nicht an einem fairen und lauteren Wettbewerb beteiligen. Ferner habe die Antragstellerin ein vollständiges und vorbildliches Angebot erstellt und das gesamte LV samt Beilagen der Auftraggeberin geprüft. Auch dadurch seien frustrierte Kosten entstanden. Es drohe auch der Verlust eines Referenzprojekts.

Die Antragstellerin erachte sich durch Ausscheiden ihres Angebots, in ihrem Recht auf

- Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens
- Nichtausscheidung trotz Abgabe eines ausschreibungskonformen Angebots
- Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung
- konkrete Ausschreibungs- und vergaberechtskonforme Eignungsprüfung
- korrekte Überprüfung und Ausscheidung von Angeboten
- Bietergleichbehandlung und Nichtdiskriminierung
- Einhaltung der Auswahlkriterien gemäß der Ausschreibungsunterlagen
- Einräumung einer angemessenen Frist zur Übermittlung, Ergänzung oder Erläuterung der Ausschreibungsunterlagen,

verletzt.

Sie habe das subjektiv öffentliche Recht, dass das Vergabeverfahren entsprechend den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbs und unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchgeführt werde. Die rechtswidrige Ausscheidung der Antragstellerin verletze dieses subjektiv öffentliche Recht.

Die Antragstellerin habe ein gerechtfertigtes wirtschaftliches Interesse an einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag aufgrund der Abgabe eines vollständigen und den Kriterien der Ausschreibungsunterlagen entsprechendes Angebot zu erhalten, zumal das günstigste Angebot gelegt worden sei. Da sie offensichtlich das günstigste Angebot gelegt und das Angebot dem LV entsprochen habe, wäre das Angebot nicht auszuscheiden, sondern ihr der Zuschlag zu erteilen gewesen. Darüber hinaus sei am 30. Jänner 2020 bekannt gegeben worden, dass der Zuschlag dem Unternehmen der Antragstellerin erteilt werden soll und sei die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung unangefochten geblieben, sohin bestandsfest geworden und seien alle am Vergabeverfahren Beteiligten, inklusive der Auftraggeberin, daran gebunden.

Die Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin am 30. Jänner 2020 übermittelt worden und sei während der Frist des § 4 Oö. VergRSG 2006 kein Antrag auf Nachprüfung gestellt worden. Darüber hinaus sehe § 141 Abs. 3 BVergG 2018 vor, dass der öffentliche Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebots unter Angabe des Grundes zu verständigen habe. Gegenständlich sei die Ausscheidensentscheidung nicht durch die Auftraggeberin, sondern durch die Planerin T E GmbH erfolgt, sodass hier ein Verstoß gegen das Vergaberecht gegeben sei.

Abgesehen davon habe die Auftraggeberin ein rechtswidriges LV erstellt, da in diesem Bieterlücken vorhanden waren, welche aber nach den Informationen des BM Digitalisierung und Wirtschaftsstandort zur Standardisierten Leistungsbeschreibung Version 012 (2018-12-31) nicht verwendet hätte werden dürfen. Tatsächlich sei die Antragstellerin vor Erhalt der Zuschlagsentscheidung um Nachreichung der Komponentenliste laut LV 840001H, 850001H, 860001H und um Nachweis der Ersatzteilgarantie laut LV 001115E ersucht worden und handle es sich hierbei um behebbare Mängel, welche durch die Antragstellerin nach Aufforderung fristgerecht behoben worden seien.

Als Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, wurden von der Antragstellerin

- unzulässige Wettbewerbsvorteile bestimmter Bieter
- Verhinderung eines fairen und lauteren Wettbewerbs und Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durch die Ausscheidung der Antragstellerin
- Nichteinhaltung der Bestimmungen des BVergG bzw Nichteinhaltung der eigenen Ausschreibungsunterlagen
- Nichtbefolgung des Anspruchs auf behebbare Mängel der Antragstellerin
- Nichtbefolgung des Anspruchs auf Einräumung einer Frist zur Ergänzung bzw Erläuterung der Ausschreibungsunterlagen,

genannt.

Zu den Rechtswidrigkeiten wurde ausgeführt, dass die Zuschlagsentscheidung vom 30. Jänner 2020 unangefochten geblieben sei, sodass die von der T E GmbH erfolgte Ausscheidensentscheidung vom 6. Februar 2020 rechtswidrig sei.

Die Ausscheidensentscheidung sei auch deshalb rechtswidrig, zumal diese gemäß § 141 Abs. 3 BVergG 2018 durch die öffentliche Auftraggeberin selbst erfolgen müsse. Außerdem sei die Ausscheidensentscheidung nicht zureichend begründet, zumal im Falle der Ausscheidung nach § 141 Abs. 7 BVergG 2018 jedenfalls auch die Angabe der Gründe für die Entscheidung des Auftraggebers, dass die Bauleistung den Leistungs- und Funktionsanforderungen nicht entsprechen oder keine Gleichwertigkeit vorliege, erforderlich sei.

Die Auftraggeberin übersehe jedoch, dass, entgegen ihrer Annahme das Angebot der Antragstellerin nicht gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 auszuscheiden war, weil dieses Angebot weder eine Abänderung noch eine Alternative oder sonstige unzulässige Abweichung vom LV der Auftraggeberin dargestellt habe und durch die nachgereichten Komponentenlisten sowie der Ersatzteilgarantie allfällige Mängel behoben worden seien.

Nach ständiger Judikatur sei im Vergabeverfahren zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln zu unterscheiden.

Abgesehen davon, dass die Antragstellerin gegenständlich entgegen den StLB-HT Version 012 vorgesehenen Informationen in ihrem Ausschreibungsverzeichnis die Anwendung von Bieterlücken vorsah, sei die Antragstellerin der Aufforderung der Auftraggeberin zur Nachreichung der Komponentenlisten nachgekommen und handle es sich hierbei um einen behebbaren Mangel, welcher keinesfalls zu einer Ausscheidung des Angebots hätte führen dürfen.

Nach ständiger Rechtsprechung liege im Nichtausfüllen bzw. in unzureichendem Ausfüllen von Bieterlücken ein unbehebbarer Mangel nur dann vor, wenn durch eine Mängelbehebung eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung gegenüber den Mitbietern eintreten würde. Dies sei gegenständlich nicht der Fall, zumal sich aus dem vorgelegten LV der Antragstellerin zu den Pos. LG 84, LG 85 und LG 86 ergebe, dass diese ausreichend befüllt waren und die diesbezügliche Nachforderung der Unterlagen keine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung gegenüber den Mitbietern darstelle.

Wenn es sich beim Fehlen des Nachweises der – rechtzeitig erfolgten – Antragstellung gemäß § 373c GewO 1994 um einen behebbaren Mangel handle, so sei auch das Nachreichen der gegenständlichen Komponentenlisten sowie der Ersatzteilgarantie jedenfalls als behebbarer Mangel anzusehen, zumal dies lediglich einen fehlenden Nachweis darstelle, durch welchen sich aber das rechtzeitig abgegebene Angebot nicht ändere.

Gemäß § 69 BVergG 2018 habe der öffentliche Auftraggeber, sofern es sich nicht um einen unbehebbaren Mangel handle, diesen unter Einräumung einer angemessenen Frist zur Übermittlung, Ergänzung oder Erläuterung aufzufordern. Dies sei gegenständlich mit den E-Mails vom 15. sowie 28. Jänner 2020 geschehen, sodass auch die Auftraggeberin von einem behebbaren Mangel ausgegangen sei und in weiterer Folge den Zuschlag am 30. Jänner 2020 an die Antragstellerin erteilt habe.

Die Antragstellerin habe das günstigste Angebot, entsprechend den technischen und wirtschaftlichen Anforderung bzw. den Kriterien der Ausschreibungsunterlagen gelegt.

Entgegen der Annahme in der Ausscheidensentscheidung liege ein Ausscheidungsgrund gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 nicht vor, weil das Angebot der Antragstellerin vom Leistungsverzeichnis der Antragsgegnerin nicht abweiche und weder eine relevante Änderung noch ein unbehebbarer Mangel vorgelegen seien. Nur den Ausschreibungsbestimmungen tatsächlich widersprechende Angebote seinen auszuscheiden.

Nach alledem sei die Ausscheidungsentscheidung des Angebotes der Antragstellerin jedenfalls rechtswidrig.

Aus den angeführten Gründen beantrage die Antragstellerin (1.) das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die angefochtene Ausscheidensentscheidung gegenüber der Antragstellerin vom 6. Februar 2020 für nichtig erklären; (2.) das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge der Antragstellerin gemäß § 17 AVG Einsicht in den gesamten Vergabeakt der Auftraggeberin gewähren; (3.) das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge die Angebote der Antragstellerin und alle Teile des Vergabeaktes, welche sich auf ihre Angebote beziehen, von der Akteneinsicht durch allfällige weitere Parteien des Nachprüfungsverfahrens ausnehmen, weil diese Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Antragstellerin enthalten würden; (4.) eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen, (5.) das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge die Auftraggeberin verpflichten, der Antragstellerin den Gebührenersatz auferlegen bzw. der Antragstellerin den Gebührenersatz im gesetzlichen Ausmaß zusprechen.

I.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die öffentliche Auftraggeberin und Antragsgegnerin mit Schreiben vom 14. Februar 2020 am Nachprüfungsverfahren beteiligt und dieser die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme unter gleichzeitiger Vorlage des Vergabeaktes bis zum 21. Februar

2020 eingeräumt. Nach einem Antrag auf Fristerstreckung, wurde diese Frist bis zum 25. Februar 2020 erstreckt.

I.3. Mit fristgerechter Eingabe vom 25. Februar 2020 legte die Antragsgegnerin den Vergabeakt vor und erstattete eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag und beantragte, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung abweisen.

Zusammengefasst brachte die Antragsgegnerin vor, der geschätzte Auftragswert habe rd. 565.000 Euro betragen, weshalb ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden sei, in dem vier Unternehmen zur Angebotslegung aufgefordert worden seien. Die Öffnung der drei eingelangten Angebote sei am 9. Jänner 2020 erfolgt.

Mittels Information zur Zuschlagsentscheidung vom 30. Jänner 2020 sei den Bietern mitgeteilt worden, dass der Zuschlag der Antragstellerin erteilt werde. Mit Schreiben vom 6. Februar 2020 sei den Bietern die Zurücknahme der bekanntgegebenen Zuschlagsentscheidung zur Kenntnis gebracht bzw. der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung gem. § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 übermittelt worden.

Gegenstand der Ausschreibung sei die Vergabe von Bauleistungen betreffend Gebäudeleittechnik (G) sowie Mess-, Steuerungs- und Regelungstechnik (MSR) am Standort G des S K, einer von der Antragsgegnerin betriebenen Krankenanstalt.

Im gegenständlichen Verfahren hätten die S, S GmbH (Antragstellerin), sowie zwei weitere eingeladene Unternehmen Angebote gelegt.

Die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten würden nicht vorliegen. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin auszuscheiden, sei rechtskonform ergangen.

Die ursprüngliche Einschätzung der Antragsgegnerin, es sei ein behebbarer Mangel vorgelegen, sei nach Reaktion eines anderen Bieters auf die übermittelte Zuschlagentscheidung, revidiert worden. Die Antragsgegnerin habe es in der Folge als rechtswidrig erachtet, die im Angebot fehlende Auflistung der angebotenen Komponenten als behebbaren Mangel betrachtet zu haben. Diese Rechtswidrigkeit habe von der Antragsgegnerin nur durch das Ausscheiden der Antragstellerin saniert werden können. Entgegen der Darstellung der Antragstellerin sei das Angebot der Antragstellerin nicht vollständig.

Als Begründung für die Ausscheidensentscheidung sei angeführt worden, dass das Angebot der Antragstellerin nicht die im bestandsfesten Leistungsverzeichnis angeforderten Komponentenlisten für die Positionen bzw. Leistungsgruppen LG84,

LG85 und LG86 beinhalte und es sich hiebei um einen unbehebbaren Mangel handle. Entgegen der Darstellung der Antragstellerin und der ursprünglichen Auffassung der Antragsgegnerin handle es sich also nicht um einen behebbaren Mangel. Anders als in dem von der Antragstellerin angeführten Beispiel des Fehlens der rechtzeitig erfolgten Antragstellung gemäß § 373c GewO sei eine nachgereichte Komponentenliste nach Offenlegung der Angebotspreise nämlich veränderbar.

Im vorliegenden Fall habe die Antragstellerin durch die Verbesserungsmöglichkeit, die inhaltlich eine Ergänzung ihres Angebotes darstelle, eine längere Frist für die Erstellung ihres Angebotes bekommen. Weiters habe sie es in der Hand gehabt, den Wert des Angebotes im Nachhinein zu beeinflussen. Dies stelle einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil dar. Es handle sich daher bei der Nichtvorlage der Auflistung der angebotenen Komponenten (sog. „Komponentenlisten“) zeitgleich mit dem Angebot um einen unbehebbaren Mangel, der die Antragsgegnerin zum Ausscheiden des Angebotes gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 verpflichte.

Die Antragsgegnerin habe sich zur Abwicklung des Vergabeverfahrens der T E GmbH bedient. In der Ausschreibungsunterlage sei diese als „Ausschreiber“ ausgewiesen. Dieses Unternehmen habe unter anderem die Ausschreibungsunterlagen versandt und die Bieter zur Angebotslegung aufgefordert, es habe federführend die Öffnung der Angebote geleitet und die Prüfung der Angebote sowie die Aufforderungen zur Mängelbehebung durchgeführt. Die Antragstellerin habe ebenso wie zwei weitere Bieter – auf die Aufforderung dieses Unternehmens hin ein Angebot gelegt und die Öffnung der Angebote nicht beanstandet. Auch auf die durch dieses Unternehmen übermittelten Mängelbehebungsaufträge habe die Antragstellerin reagiert. Von diesem Unternehmen sei auch die Zuschlagsentscheidung versandt worden. Es sei von der Antragsgegnerin auch beauftragt worden, an alle drei Bieter Schreiben über die Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung zu senden und der Antragstellerin eine Ausscheidensentscheidung mit der Angabe des Ausscheidungsgrundes zu übermitteln.

Die T E GmbH habe in der Folge der Antragstellerin eine Ausscheidensentscheidung gesendet. Die Antragstellerin habe davon ausgehen müssen, dass es sich dabei um eine Entscheidung der Antragsgegnerin handle, das Unternehmen im Auftrag der Antragsgegnerin gehandelt habe und bei der Übermittlung der Entscheidung für die Antragsgegnerin tätig geworden sei, wie sie auch im Zusammenhang mit der Übermittlung der Aufforderung zur Angebotslegung, der Öffnung und Prüfung der Angebote, der Aufforderung zur Mängelbehebung und der Übermittlung der Zuschlagsentscheidung davon ausgehen musste und auch tatsächlich davon ausgegangen sei, dass die T E GmbH für die Antragsgegnerin tätig geworden sei.

Entgegen den Darstellungen der Antragstellerin habe die Antragsgegnerin im Vergabeverfahren noch keinen Zuschlag erteilt und es sei daher auch nicht der „Zuschlag vom 30.01.2020 an die Antragstellerin erteilt“ worden. Dies umso mehr, als die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung doch mit dem Schreiben vom 6. Februar 2020 zurückgezogen worden sei. Die Übermittlung der Ausscheidensentscheidung an die Antragstellerin vom 6. Februar 2020 an die Antragstellerin habe von dieser so gedeutet werden müssen, dass die zuvor an sie ergangene Zuschlagentscheidung zurückgezogen worden sei.

Die Antragstellerin behaupte, dass die Zuschlagsentscheidung bestandsfest sei und alle am Vergabeverfahren Beteiligten, inklusive der Antragsgegnerin, daran gebunden seien. Dem sei zunächst entgegenzuhalten, dass die Zuschlagsentscheidung zurückgezogen worden sei. Selbst wenn aber die Zuschlagsentscheidung noch nicht zurückgenommen worden wäre, bliebe es der Antragsgegnerin unbenommen, bis zur Beendigung des Vergabeverfahrens dies jederzeit zu tun. Das Vergabeverfahren ende mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrages oder mit dem Widerruf des Vergabeverfahrens. Weder sei im gegenständlichen Vergabeverfahren an einen Bieter die Erklärung abgegeben worden, sein Angebot anzunehmen, es sei also bislang kein Leistungsvertrag zustande gekommen, noch sei der Widerruf des Vergabeverfahrens erklärt worden.

Die Antragstellerin verkenne, dass die Zuschlagsentscheidung nicht bestandsfest, sondern lediglich „anfechtungsfest“ sei. Die Anfechtungsfestigkeit habe zur Folge, dass die Entscheidung von den Bietern nicht mehr in einem Nachprüfungsverfahren bekämpft werden könne. Ein Auftraggeber sei aber nicht an seine Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden solle, gebunden. Das ergebe sich bereits aus der Legaldefinition der „Zuschlagentscheidung“ in § 2 Z 49 BVergG 2018, wo ausdrücklich von der nicht verbindlichen Absichtserklärung die Rede sei. Im gegenständlichen Fall sei die an die Bieter übermittelte, nicht verbindliche Absichtserklärung, dass der Antragstellerin der Zuschlag erteilt werden solle, zurückgezogen, nachdem die Antragsgegnerin zur Überzeugung gelangt sei, dass das Angebot der Antragstellerin mit einem unbehebbaren Mangel behaftet sei.

Die nicht angefochtenen und somit bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen würden im Leistungsverzeichnis vorsehen, dass der Bieter eine Auflistung der angebotenen Komponenten (sog. „Komponentenliste“) vorzulegen habe. Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot keine Komponentenliste beigelegt. Erst nach mehrmaligem Auffordern habe die Antragstellerin die laut Ausschreibungsunterlagen geforderte Auflistung bereitgestellt.

Auf die erste Aufforderung vom 14. Jänner 2020, bis zum 17. Jänner 2020, 8:00 Uhr die „Komponentenliste laut Leistungsverzeichnis 840001H, 850001H und

860001H“ nachzureichen, hat die Antragstellerin mit e-mail vom 15. Jänner 2020 nicht die geforderte Auflistung übermittelt. Laut Judikatur stehe in einem offenen Verfahren – und dasselbe gelte wohl auch im nicht offenen Verfahren – einem Bieter die Möglichkeit zur Behebung von Mängeln nur einmal zu. Selbst wenn man davon ausgehe, dass es sich bei der Nichtvorlage der in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Auflistung um einen behebbaren Mangel handle, müsse das Angebot daher ausgeschieden werden.

Aus den angeführten Gründen sei der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung abzuweisen.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich gewährte der Antragstellerin zum Vorbringen der Antragsgegnerin Parteiengehör und räumte ihr die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme bis zum 10. März 2020 ein.

I.5. Mit Eingabe vom 10. März 2020 machte die Antragstellerin von dieser Möglichkeit Gebrauch.

Zur Frage eines behebbaren Mangels brachte die Antragstellerin vor, dass die im Leistungsverzeichnis vorhandenen Bieterlücken nach den Informationen zur standardisierten Leistungsbeschreibung Haustechnik (StLB-HT), Version 12 (2018-12-31), gemäß Punkt 1.1.6 nicht angewendet werden hätten dürfen.

Die Antragstellerin habe ein den Ausschreibungsunterlagen entsprechendes und fristgerechtes Angebot abgegeben. Wie bereits im Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens dargestellt, sei die Antragstellerin sohin von zuständigen Mitarbeitern der T E GmbH aufgefordert worden, bis zum 17. Jänner 2020 per e-mail Komponentenlisten sowie den Nachweis der Ersatzteilgarantie laut Leistungsverzeichnis 001115E nachzureichen. Fristgerecht sei die Antragstellerin diesem Verlangen nachgekommen, und selbst wenn davon ausgegangen werden sollte, dass kein vollständiges Angebot abgegeben worden wäre, handle es sich bei der Nachreichung von Komponentenlisten sowie dem Nachweis der Ersatzteilgarantie jedenfalls um einen behebbaren Mangel. Auch die Auftraggeberin sei ursprünglich von einem behebbaren Mangel ausgegangen, da sie ansonsten die Antragstellerin gar nicht aufgefordert hätte, die angeführten Unterlagen nachzureichen.

Wenn die Auftraggeberin nunmehr vorbringe, dass eine nachgereichte Komponentenliste nach Offenlegung der Angebotspreise veränderbar sei und deshalb ein unbehebbarer Mangel vorliege, werde dies ausdrücklich bestritten. tatsächlich habe sich aus dem vorgelegten Leistungsverzeichnis ergeben, dass die Positionen LG 84, LG 85 und LG 86 ausreichend befüllt gewesen seien und stelle die diesbezügliche Nachforderung der Unterlagen keine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung gegenüber den Mitbewerbern dar. Wie sich aus dem

Leistungsverzeichnis der Antragstellerin ergebe, habe diese das Leistungsverzeichnis zu den Positionen ausreichend befüllt und stimmten die nachgereichten Komponentenlisten mit den Angaben der Antragstellerin überein.

§ 69 BVergG 2018 sehe für den Fall, dass der Unternehmer unvollständige oder fehlerhafte Unterlagen übermittle vor, dass der Auftraggeber, sofern es sich nicht um unbehebbare Mängel handle, diesen unter Einräumung einer angemessenen Frist zur Übermittlung, Ergänzung oder Erläuterung auffordere. Dies sei gegenständlich geschehen, zumal auch die Auftraggeberin von einem behebbaren Mangel ausgegangen sei. Der Nachweis von bereits vorhandenen Komponentenlisten sowie Ersatzteilgarantien stelle jedenfalls einen behebbaren Mangel dar.

Hafte dem Angebot ein Mangel an, so sei zu unterscheiden, ob im genannten Zeitpunkt die Leistungsfähigkeit als solche fehle, in diesem Fall läge ein unbehebbarer Mangel vor, ob es bloß am Nachweis der im maßgeblichen Zeitpunkt bereits bestehenden Leistungsfähigkeit mangle, wobei es sich um einen behebbaren Mangel handle. Gegenständlich sei die Leistungsfähigkeit zum Angebotszeitpunkt jedenfalls vorgelegen und seien lediglich die Komponentenlisten sowie der Nachweis der Ersatzteilgarantie zum Leistungsangebot nachgereicht worden, sodass jedenfalls von einem behebbaren Mangel auszugehen sei. Im Fall des Nachreichens von Unterlagen sei daher zu prüfen, ob der Aussagewert dieser Unterlagen darin bestehe, dass der betreffende Bieter schon zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung die erforderliche Leistungsfähigkeit besessen habe und sie nunmehr lediglich bescheinige.

Zur Ausscheidensentscheidung brachte die Antragstellerin vor, dass nach dem Wortlaut des § 141 Abs. 3 BVergG 2018 die Ausscheidensentscheidung durch die öffentliche Auftraggeberin selbst zu erfolgen habe. Die Verständigung habe den Ausscheidensgrund inklusive der Darlegung der Begründung für dessen Heranziehung zu umfassen. Im Falle des § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 gehöre dazu jedenfalls auch die Angabe der Gründe für die Entscheidung des Auftraggebers, dass die Bauleistungen den Leistungs- und Funktionsanforderungen des Auftraggebers nicht entsprechen würden oder keine Gleichwertigkeit vorliegen würde.

Die Begründung im Schreiben vom 6. Februar 2020 reiche nicht aus, zumal sich die T E GmbH darauf stütze, dass das Angebot der Antragstellerin nicht die im Leistungsverzeichnis geforderten Komponentenliste enthalte. Dies obwohl die Antragstellerin nach deren Aufforderung eben diese Komponentenliste nachgereicht habe.

Zur Bestandfestigkeit der Zuschlagsentscheidung brachte die Antragstellerin vor, dass die Auftraggeberin mit Schreiben vom 30. Jänner 2020 der Antragstellerin

mitgeteilt habe, dass ihr der Zuschlag erteilt werden solle. Zwar normiere § 2 Z 49 BVergG 2018, dass die Zuschlagsentscheidung, die an den Bieter übermittelt werde bzw. für diese bereits gestellte nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden solle, darstelle.

„Nicht verbindlich“ bedeute jedoch nicht, dass die Zuschlagsentscheidung nicht bestandfest werde. Zwar handle es sich bei der Zuschlagsentscheidung lediglich um eine vorläufige Wissenserklärung, an welchen Bieter die Zuschlagserteilung vorgesehen sei, dennoch sei diese Zuschlagentscheidung von keinem anderen Bieter angefochten worden, sodass diese bestandfest geworden sei. Eine Richtigstellung dieser zivilrechtlichen Wissenserklärung sei zwar grundsätzlich bis zum Vertragsabschluss zulässig, dies jedoch nur, wenn der Auftraggeber im Zuge eines Verfahrens vor den zuständigen Verwaltungsgerichten erkenne, dass er den falschen Bieter als Bestbieter ermittelt habe.

Zur angeblichen Einmaligkeit der Behebbarkeit von Mängeln brachte die Antragstellerin vor, dass entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin, wonach einem Bieter die Möglichkeit zur Behebung von Mängeln nur einmal zustehe, auszuführen sei, dass Bieter zwar grundsätzlich nur einmal zur Mängelbehebung aufzufordern seien und grundsätzlich auch nur eine einmalige Chance zur Mängelbehebung hätten. Dieser Grundsatz werde jedoch mehrfach durchbrochen, zum Beispiel für den Fall einer nicht hinreichend klaren Aufforderung zur Mängelbehebung und im Fall einer vertieften Angebotsprüfung, die aufgrund gegebener Vielschichtigkeit allenfalls mehrere kontradiktorische Aufklärungsrunden erfordere.

Gegenständlich sei es die Auftraggeberin gewesen, die die Antragstellerin am 14. Jänner 2020 sowie am 15. Jänner 2020, sohin zweimal aufgefordert habe, die fehlenden Komponentenlisten nachzureichen. Diesbezüglich sei auszuführen, dass mit e-mail vom 14. Jänner 2020 die Antragstellerin zur Nachreichung der Komponentenliste laut Leistungsverzeichnis 840001 H, 850001 H und 860001 H sowie des Nachweises der Leistungsgarantie 00115 E aufgefordert worden sei. In weitere Folge habe die Auftraggeberin zur vertieften Angebotsprüfung den Herstellerlistenpreis pro Stück inklusive dem dazugehörigen Datenblatt benötigt und die Antragstellerin habe diese Unterlagen bis zum 29. Jänner 2020 übermittelt.

Daraus folge aber, dass der Grundsatz der einmaligen Mängelbehebung durchbrochen worden sei, da die Auftraggeberin zur vertieften Angebotsprüfung weitere Unterlagen angefordert habe. Faktum sei, dass durch das Nachreichen der geforderten Unterlagen die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin gegenüber den anderen Mitbietern materiell nicht verbessert worden sei.

I.6. Gemäß § 19 Abs. 3 Z 3 Oö. VergRSG kann, soweit dem Art. 6 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten nicht entgegensteht, die

Verhandlung ungeachtet eines Parteienantrages entfallen, wenn bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder, dass er abzuweisen ist (vgl. auch § 316 BVergG 2006, nunmehr § 339 BVergG 2018).

Auch aus dem Grundsatz eines kontradiktorischen Verfahrens ergibt sich die Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung nicht, da Anhörungsrechte und Möglichkeiten zur Stellungnahme auch schriftlich eingeräumt werden können. § 19 Abs. 3 Z 3 Oö. VergRSG erlaubt (wie auch § 316 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006, und nunmehr § 339 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018) eine inhaltliche Entscheidung aufgrund der Aktenlage auch ohne vorherige Verhandlung. Die Entscheidung ist in jede Richtung, Stattgabe oder Abweisung des Antrages, möglich. Voraussetzung für eine derartige Entscheidung ist, dass keine weiteren Ermittlungen erforderlich sind und die Aktenlage ausreichend klar ist, wozu auch die Schriftsätze der Parteien zählen. Der Entfall der mündlichen Verhandlung ist auch im Lichte von Art. 47 GRC und Art. 6 MRK dann unproblematisch, wenn der Sachverhalt unbestritten feststeht und nur über Rechtfragen zu entscheiden ist (*Reisner,* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel,* Bundesvergabegesetz 2006, § 316 Rz 9, 22).

Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte abgesehen werden, da der Sachverhalt – soweit verfahrensrelevant – unstrittig ist. Zu klären ist die Rechtsfrage, ob das Angebot der Antragstellerin aufgrund einer Unvollständigkeit hinsichtlich der Komponentenliste mit einem unbehebbaren Mangel belastet war oder nicht und ob es in weiterer Folge zu Recht ausgeschieden wurde oder nicht. Dass die Komponentenliste erst später nachgereicht wurde, steht unstrittig fest, sodass der verfahrensrelevante Sachverhalt ausreichend geklärt und unstrittig ist. Strittig ist vielmehr (lediglich) die Rechtsfrage, ob die fehlende Komponentenliste einen unbehebbaren Mangel darstellt, der zum Ausscheiden der Angebotes der Antragstellerin führen musste.

Wie in weiterer Folge unter Punkt V. näher auszuführen sein wird, konnte aufgrund der Aktenlage und der eingeholten schriftlichen Stellungnahmen der Verfahrensparteien entschieden werden, dass der Nachprüfungsantrag abzuweisen war.

II. Nachfolgender S A C H V E R H A L T steht fest:

II.1. Zur Auftraggeberin:

II.1.1. Öffentliche Auftraggeberin ist die O G GmbH mit Sitz in x, x. Als vergebende Stelle wird in der Ausschreibung die Technische Leitung – S K G genannt.

II.1.2. Die O G GmbH ist öffentliche Auftraggeberin iSd § 1 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 und liegt im Vollziehungsbereich des Landes Oberösterreich iSd Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. c B-VG, sodass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006 unterliegt.

II.2. Zum ausschreibenden Unternehmen:

II.2.1. In der Ausschreibung selbst wird das Unternehmen T E GmbH in x, x als Ausschreiber bezeichnet und bekanntgegeben.

II.2.2. Inwiefern dieses Unternehmen im Namen der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin bzw. für die Antragsgegnerin tätig wurde, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

II.3. Zur Ausschreibung und zur Durchführung des Verfahrens:

II.3.1. Gegenstand der Ausschreibung ist das Projekt mit der Bezeichnung *„G M R S K G“*. Der geschätzte Auftragswert beläuft sich auf 565.000 Euro.

II.3.2. Die Antragsgegnerin führt ein Vergabeverfahren im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung durch. Sie hat vier Unternehmen zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Bis zum Ende der Angebotsfrist langten drei Angebote bei der Antragsgegnerin ein. Auch die Antragstellerin legte fristgerecht ein Angebot.

II.3.3. Die Aufforderung zur Abgabe von Angeboten wurde von der T E GmbH mit e-mail vom 2. Dezember 2019 an alle ausgewählten Unternehmen versendet. Auf diese Aufforderung reagierte auch die Antragstellerin, ohne den Aussteller dieser Aufforderung und / oder den öffentlichen Auftraggeber in Frage zu stellen.

II.3.4. Die Angebotsöffnung fand am 9. Jänner 2020 in den Räumlichkeiten des S K G statt. An der Angebotsöffnung nahmen sowohl Vertreter der Antragsgegnerin als auch der T E GmbH teil.

II.4. Zum Angebot der Antragstellerin:

II.4.1. das Angebot der Antragstellerin hatte einen Preis von 396.172,31 Euro. Nachdem die Antragstellerin damit die Billigstbieterin war, belegte sie in der Reihung den ersten Platz.

II.4.2. Die T E GmbH hat sodann die Prüfung der Angebote durchgeführt und einen Prüfbericht vom 20. Jänner 2020 über die Angebotsprüfung verfasst. Unter Punkt 1 des Prüfberichtes wurden die allgemeinen Daten des Vergabeverfahrens (Auftraggeber, Gegenstand, Verfahrensart, etc.) festgehalten sowie unter Punkt 2 der Inhalt des Angebotseröffnungsprotokolls.

II.4.2.1. Die Prüfung der Angebote erfolgte sodann unter Punkt 3, wobei zunächst eine allgemeine Prüfung wie folgt dargestellt wurde:

„3.1 Allgemeines

Die abgegebenen Angebote sind rechtzeitig eingelangt und waren ordnungsgemäß verschlossen. Es wurde vom Auftraggeber eine Niederschrift über die öffentliche Angebotseröffnung erstellt. Sämtliche Angebote wurden im Beisein der im Angebotseröffnungsprotokoll anwesenden Personen, nach der Öffnung versiegelt.

3.2. Rechnerische Prüfung der Angebote

Alle rechtzeitig eingelangten Angebote wurden rechnerisch geprüft. Preisspiegel geprüft und ungeprüft wurden erstellt und liegen bei.

Es liegen keine Rechenfehler vor."

[Hervorhebungen im Original]

II.4.2.2. Hinsichtlich der Antragstellerin hatte der Prüfbericht nachfolgenden Inhalt:

„3.3. Prüfung des Billigstbieters – I

Billigstbieter ist die Firma S GmbH.

3.3.1 Formale Prüfung des Billigstbieters

Die formale Prüfung des Angebots wurde durchgeführt.

Die Firma S hat dem Angebot keine Auflistung der angebotenen Komponenten wie gefordert für die Leistungsgruppen 84, 85 und 86 beigelegt.
Die vertiefte Angebotsprüfung auf plausible Zusammensetzung kann ohne Komponentenliste bei der Firma S nicht durchgeführt werden. Die erforderlichen fehlenden Nachweise für die technische Prüfung und Preisangemessenheit nach Angebotsöffnung wäre unzulässig und stellt einen unbehebbaren Mangel dar, weil eine nachgereichte Komponentenliste nach Offenlegung der Angebotspreise komponentenbezogen spekulativ und veränderbar wäre.

Aus dieser Begründung und den nachfolgenden wird hiermit empfohlen das Angebot zwingend auszuscheiden!

Zuzüglich der vorangeführten Situation wurden auf Wunsch des AG die fehlenden Unterlagen nachgefordert.
Die nachgeforderten Unterlagen wurden jedoch nicht in der notwendigen inhaltlichen Qualität vorgelegt.

- 840001H Ecos 3 – eine allgemeine Verkaufspräsentation (ohne Spezifizierung welche Typen im LV in den Pos. eingepreist wurden)
- 850001 H Auto Ger Modulo 5 und Modulo 6 – eine allgemeine Verkaufspräsentation (ohne Spezifizierung welche Typen im LV in den Pos. eingepreist wurden)
- 860201A, 860301A SVC = G Software – ein Produktdatenblatt (ohne Spezifizierung welche Typen im LV in den Pos. eingepreist wurden)
- 860314 EMS – Energiemanagement – ein Produktdatenblatt (ohne Spezifizierung welche Typen im LV in den Pos. eingepreist wurden

Es liegt einmal ein Produktdatenblatt und dann wieder eine allgemeine Präsentation vor, obwohl es für alle Komponenten lt. Homepage Fa. S ein Produktdatenblatt gibt. Das Weiteren müssten alle Typen, welche für die Pos. relevant sind, gekennzeichnet werden.

Der AG weiß nicht, was er wirklich bekommt.

Beispielhaft: Wenn außerhalb der Gewährleistung etwas defekt wird, kann kein plausibler Zusammenhang transparent werden (späterer Preisnachweis).
Des Weiteren beziehen sich die Referenzbestätigungen auf Produkte der Reihe Modulo 5 und nicht auf Modulo 6, die lt. Fa. S auch zum Einsatz kommen können. Somit entsprechen die Referenzprojekte auch nicht den Kriterien.

Damit verändert sich die Reihung der Angebote nach formaler Prüfung.“

[Hervorhebungen im Original]

II.4.2.3. Unter Punkt 3.4 erfolgte sodann die Prüfung des nächstgereihten Bieters, der als Billigstbieter hervorging. Unter Punkt 4 wurde sodann ein Vergabevorschlag dahingehend unterbreitet, dem ursprünglich zweitgereihten und sodann erstgereihten Bieter den Zuschlag zu erteilen.

II.4.3. Im Zuge der Angebotsprüfung wurde ein Verbesserungsverfahren durchgeführt, welches die T E GmbH für die Antragsgegnerin durchführte. in weiterer Folge versendete die Antragsgegnerin zunächst eine Zuschlagsentscheidung, mit dem ausdrücklichen Hinweis auf deren Unverbindlichkeit. Diese Zuschlagsentscheidung wurde sodann zurückgenommen und der Antragstellerin eine Ausscheidensentscheidung übermittelt.

II.5. Zu den fehlenden Unterlagen und zum Mängelbehebungsverfahren:

Hinsichtlich der fehlenden Unterlagen wurde von der T E GmbH – und nicht von der Antragsgegnerin selbst, sehr wohl aber in deren Auftrag – ein Verbesserungsverfahren durchgeführt. Dieses Verbesserungsverfahren hatte den nachfolgend dargestellten Verlauf.

II.5.1. Mit e-mail vom 14. Jänner 2020, 07:36 Uhr, forderte die T E GmbH die Antragstellerin mit folgender Formulierung auf, fehlende Unterlagen nachzureichen:

„Folgende Unterlagen sind bis zum 17.01.2020 (8:00 Uhr) per e-mail an mich und F K einzureichen.

Komponentenliste laut Leistungsverzeichnis 840001H, 850001H und 860001H
Nachweis Ersatzteilgarantie laut Leistungsverzeichnis 001115E“

II.5.2. Die Antragstellerin übermittelte mit e-mail vom 15. Jänner 2020, 11:26 Uhr, nachfolgendes Antwortschreiben:

„Nachstehend die geforderten Unterlagen

001115E Ersatzteilgarantie

840001H als Einzelraumregler wurde ECOS3 (BacNet MS/TP, da dieser mit dem Bestand baugleich ist) und ECOS5 (BacNet IP) angeboten
850001H als AutoGer wurde Modulo 5 (bereits im Bestand vorhanden) und Modulo 6 angeboten, beide BacNet IP
8560001H 860201A, 860301A als Managementsystem wurde SVC (S Vision Center), welches auch bereits im Vorfeld spezifiziert wurde, angeboten
860314 als Energiemanagement System wurde EMS angeboten“

Die ebenfalls vorgelegte Ersatzteilgarantie hatte nachfolgenden Inhalt:

„Zu dem angebotenen System S BACnet Automatisationsstationen und Gebäudeleitsystem sichern wir sowohl bei den Systemkomponenten als auch bei den dafür nötigen Betriebssystemen und deren Dienstleistungen 10 Jahre Ersatzteilgarantie zu.“

Darüber hinaus enthielten die weiteren von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen Produktbeschreibungen, der angebotenen Komponenten, mit allgemeinen Präsentationen.

II.5.3. Daraufhin übermittelte die Antragsgegnerin selbst eine e-mail vom 20. Jänner 2020, 16:19 Uhr, an die Antragstellerin:

„Leider können wir die von der Fa. S nachträglich übermittelten Unterlagen bezüglich der Komponenten nicht zur Gänze nachvollziehen.
Die übermittelten Unterlagen stellen die vollständigen Komponentenlisten zweier unterschiedlicher Produktfamilien dar.
Wir ersuchen daher, die in der Beilage übermittelte Tabelle mit konkret im Leistungsverzeichnis geforderten Komponentenbezeichnungen zu befüllen.
Die Vorlage dieser Tabelle hat bis spätestens 21.01.2020, 12:00 Uhr an die nachfolgende e-mail-Adresse zu erfolgen [...]

Wir möchten darauf hinweisen, dass nur jene Komponenten angeführt werden, für die auch die Referenzen und Schulungsnachweise aufliegen.“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

II.5.4. Mit e-mail vom 21. Jänner 2020, 08:41 Uhr, übermittelte die Antragstellerin folgende Antwort:

„Nachstehende Komponentenliste wie gewünscht.

Zur Pos. 86 08 06 B WEB-Server Grafbedienung ist noch zu erwähnen, dass sowohl die AS als auch die G über ein WEB-Interface verfügen.
Zur Pos 86 05 01 X GA-M SW Einbindung externes System ist noch zu erwähnen, dass Anbindungen auf Management Ebene mittels OPC Client/Server, welcher integraler Bestandteil von SVC ist oder auf AS Ebene mittels der Pos. 85 08 01 J AE HW Komm. Schnittstelle Modbus Geräte ausgeschrieben Schnittstelle erfolgen können.

Bei den von mir am 15.01. übermittelten Unterlagen handelt es sich nicht um unterschiedliche Produktfamilien sondern um unterschiedliche Hardware die sich einen gemeinsamen physikalischen BUS und ein Kommunikationsprotokoll BacNet IP, eine Visualisierung SVC und ein Engineering- und Parametrietool (CASE) teilen.

Ein wesentlicher Unterschied ist der erweiterte Funktionsumfang speziell die Anzahl der Aus/Eingänge pro CPU.
Selbstverständlich gelangen nur jene Komponenten zum Einsatz auf denen die Mitarbeiter auch geschult wurden.
Die beigelegten Schulungszertifikate sind nur ein Auszug aus unserer Mitarbeiterschulung.

Ich hoffe damit eventuelle Unklarheiten ausgeräumt zu haben und stehe für weitere Fragen jederzeit gerne zur Verfügung.“

II.5.5. Mit e-mail vom 28. Jänner 2020, 08:41 Uhr, forderte nochmals die T E GmbH die Nachreichung von Unterlagen:

„Nochmalige Aufforderung zur Zusendung der Komponentenliste!
Folgende Unterlagen sind bis 29.01.2020 (9:00) per e-mail an mich und Hr. F K einzureichen.
Komponentenliste laut Leistungsverzeichnis 840001H, 850001H und 860001H
Nachweis Ersatzteilgarantie laut Leistungsverzeichnis 001115E“

II.5.6. Die Antragstellerin beantwortete diese Aufforderung mit e-mail vom 28. Jänner 2020, 09:33 Uhr, wie folgt:

„Bezugnehmend auf Ihr Mail von soeben und auf die Beantwortung der Fragen vom 14.01. und 15.01. möchte ich gerne die zum Einsatz kommenden Geräte mit der beiliegenden Komponentenliste präzisieren.

Die Ersatzteilgarantie, welsche auch Bestandteil der Beantwortung vom 15.01. war, liegt ebenfalls bei.
Ich hoffe, damit eventuelle Unklarheiten ausgeräumt zu haben und stehe für weitere Fragen jederzeit gerne zur Verfügung."

Die Antragstellerin schloss diesem Schreiben die Ersatzteilgarantie vom 15. Jänner 2020 und die ausgefüllte Tabelle vom 21. Jänner 2020 nochmals an.

II.5.7. Die T E GmbH richtete daraufhin eine weitere Aufforderung per e-mail vom 28. Jänner 2020, 14:11 Uhr, an die Antragstellerin:

„Auf Grund der übermittelten Komponentenliste wurde in der Position 85 08 01 X AE HW Komm. Schnittstelle die Fa. L x angegeben.
Dieses Produkt wurde nicht in ihrer Ersatzteilgarantie angegeben!
Bitte um Übermittlung der 10-jährigen Ersatzteilgarantie vom Hersteller Fa. L.
Des Weiteren benötigen wir zur vertieften Angebotsprüfung dieser Position den Herstellerlistenpreis pro Stk. inkl. dem dazugehörigen Produktdatenblatt.
Die geforderten Unterlagen sind bis 29.01.2020 (9:00) zu übermitteln."

II.5.8. Die Antragstellerin beantwortete diese Aufforderung wie folgt:

„Beilage: Datenblatt sowie Hersteller Listenpreis je Stk. € 1487,-- laut Preisliste

In der Pos. 85 08 01 X AE HW Komm. Schnittstelle BacNet MSTP 30 Stk. wurde zur Preisermittlung 1. Stk. Gateway herangezogen, da dieses den Funktionsumfang erfüllt. Die Abrechnung erfolgt zum angegebenen Einheitspreis der Pos. 85 08 01 X entsprechend der Stückzahl der angeschlossenen BacNet MSTP Geräte.
In der Ausschreibung ist die Raumautomation der LG 84.
Beilage: Ersatzteilgarantie Hersteller
Ich hoffe hiermit gedient zu haben."

Die Antragstellerin schloss ihrem Schreiben ein Datenblatt der Fa. L an. Außerdem legte die Antragstellerin eine Erklärung der Fa. L vom 28. Jänner 2020 vor:

„Das LGATE-952 ist Stand heute in voller Produktion. Aus heutiger Sicht gibt es für das Produkt keinerlei Plan zur Abkündigung.
Allerdings haben wir als Hersteller nur bedingten Einfluss auf die Verfügbarkeit von Elektronikbauteilen und können daher keinen Zeitraum in Jahren nennen, für den wir die Garantie der Verfügbarkeit des Artikels übernehmen können. Sollte uns die Abkündigung von wesentlichen Bauteilen dazu zwingen, die Produktion einzustellen, werden wir uns bemühen, ein funktionsähnliches Produkt anzubieten.
Als Hersteller sind wir stolz auf 20 Jahre erfolgreiche Produktpflege verweisen zu können. Bisher konnten Funktionen aus Geräten früherer Generationen immer durch entsprechende Funktionen in den neuen Geräten abgebildet werden."

II.5.9. Weitere Korrespondenz wurde zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin bzw. der T E GmbH nicht mehr geführt. An die Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren wurden die im Folgenden dargestellten Schreiben über die Zuschlagsentscheidung, die Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung und die Ausscheidungsentscheidung versendet.

II.6. Zur Zuschlagsentscheidung:

II.6.1 Die an die Antragstellerin gerichtete Zuschlagsentscheidung vom 30. Jänner 2020 hatte nachfolgenden Inhalt:

„Vergabeverfahren: S K G – EM R Ausschreibung
Zuschlagsentscheidung

Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir geben bekannt, dass im oben angegebenen Vergabeverfahren der Zuschlag Ihrem Unternehmen erteilt werden soll (Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung).
Wir weisen Sie darauf hin, dass es sich bei dieser Verständigung um eine bloße Wissenserklärung handelt, welche Sie noch zu keinerlei Handlungen im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages berechtigt.
Begründung:
Sie sind Billigstbieter.

Mit freundlichen Grüßen
O G GmbH
i.V. H P i.V. Ing. Mag. M K
Leiter Vergabezentrum Leiter Beschaffungs- und Investitionsmanagement“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

II.6.2. Im Briefkopf bzw. im Betreff dieses Schreibens wurde das konkrete Vergabeverfahren der Antragstellerin als *„Vergabeverfahren: S K G – EM R Ausschreibung“* bezeichnet.

II.7. Zur Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung:

II.7.1. Die Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung vom 6. Februar 2020 an die übrigen Bieter hat nachfolgenden Inhalt:

„Vergabeverfahren
„S G G M R“
Zurücknahme der bekanntgegebenen Zuschlagsentscheidung

Sehr geehrte Damen und Herren,

die im oben bezeichneten Vergabeverfahren mit E-Mail vom 30.01.2020 gemäß § 143 BVergG 2018 bekanntgegebene Entscheidung, der S Meß- und Regelungstechnik GmbH den Zuschlag erteilen zu wollen, wird hiermit zurückgenommen.

Infolgedessen tritt damit das Vergabeverfahren wieder in das Stadium der Angebotsprüfung.

Mit freundlichen Grüßen
T E GmbH
E S“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

II.7.2. Im Briefkopf bzw. im Betreff dieses Schreibens wurde das konkrete Vergabeverfahren der Antragstellerin mit dem auch in der Ausschreibung verwendeten Titel *„S G G M R“* bezeichnet.

II.7.3. Inwiefern die konkrete Vorgehensweise ausreichend ist, um dieses Schreiben der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin zuzurechnen, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

II.8. Zur Ausscheidensentscheidung:

II.8.1. Die an die Antragstellerin gerichtete Ausscheidensentscheidung vom 6. Februar 2020 hatte nachfolgenden Inhalt:

„Vergabeverfahren
„S G G M R“
Ausscheidensentscheidung gem. § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018

Sehr geehrte Damen und Herren,

wie bedanken uns für Ihre Teilnahme am oben angeführten Vergabeverfahren und bedauern, Ihnen mitteilen zu müssen, dass Ihr Angebot ausgeschieden werden muss.

Begründung:
Wir haben im Rahmen der Sichtung des Angebotes festgestellt, dass Ihr Angebot nicht die im Leistungsverzeichnis geforderte Komponentenliste für die Positionen bzw. Leistungsgruppen LG84, LG85, LG86 beinhaltet.

Das Leistungsverzeichnis beinhaltet daher bei den o.a. Positionen und Leistungsgruppen echte Bieterlücken mit der Besonderheit, dass die jeweils vom Bieter angebotenen Produkte nicht im Leistungsverzeichnis, sondern in einer eigenen dem Angebot beizuschließenden Auflistung, auszuweisen sind. Nach bestehender ständiger Rechtsprechung sind fehlende Angaben der Bieter in echten Bieterlücken, also fehlende Angaben zu den jeweils angebotenen Fabrikaten bzw. Typen, unbehebbare Mängel, die zu

Ausscheiden es betroffenen Angebotes führen müssen (vgl. LVwG Oö 28.09.2016, LVwG-840115/22/HW LVwG-840117/11/HW; BVwG 8.11.2017, W1232171271-2 uva).

Mit freundlichen Grüßen,
T E GmbH
E S“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

II.8.2. Im Briefkopf bzw. im Betreff dieses Schreibens wurde das konkrete Vergabeverfahren der Antragstellerin mit dem auch in der Ausschreibung verwendeten Titel *„S G G M R“* bezeichnet.

II.8.3. Inwiefern die konkrete Vorgehensweise ausreichend ist, um dieses Schreiben der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin zuzurechnen, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Zur Auftraggeberin:

Die Feststellungen zur Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin ergeben sich aus den Ausschreibungsunterlagen und sind sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht unstrittig. Dass die Antragsgegnerin somit den Bestimmungen des BVergG 2018 bzw. des Oö. VergRSG unterliegt, ist unzweifelhaft. Darüber hinaus wurde der Nachprüfungsantrag rechtzeitig gestellt. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist für das gegenständliche Verfahren zuständig.

III.2. Zum ausschreibenden Unternehmen:

Die Feststellungen zu dem als Ausschreiber bezeichneten Unternehmen sind unstrittig. Inwiefern dieses Unternehmen im Namen der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin bzw. für die Antragsgegnerin tätig wurde, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III.3. Zur Ausschreibung und zur Durchführung des Verfahrens:

III.3.1. Die Feststellungen zur Bezeichnung des Vergabeverfahrens sowie zur gewählten Verfahrensart ergeben sich aus dem vorliegenden Vergabeakt und dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien.

III.3.2. Dass die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes von der T E GmbH übermittelt wurde, ergibt sich ebenfalls aus dem Vergabeakt. Dementsprechend

brachte auch die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 25. Februar 2020 vor, dass sie bei der Abwicklung des Vergabeverfahrens von diesem Unternehmen federführend unterstützt wurde. Demnach hat dieses Unternehmen die Ausschreibungsunterlagen versandt und die Bieter zur Angebotslegung aufgefordert, worauf die Antragstellerin reagiert hat.

Dieses Vorbringen blieb seitens der Antragstellerin in einem weiteren Schriftsatz vom 10. März 2020 unwidersprochen.

III.3.3. Das Protokoll über die Angebotsöffnung vom 9. Jänner 2020 wurde von der Antragsgegnerin ebenfalls mit dem Vergabeakt vorgelegt. Auch hier ergibt sich wiederum dass die T E GmbH an der Abwicklung des Vergabeverfahrens beteiligt war.

III.4. Zum Angebot der Antragstellerin:

III.4.1. Die Feststellungen zum Angebot der Antragstellerin und zur durchgeführten Prüfung des Angebotes – die Prüfung wurde durch die T E GmbH durchgeführt – ergeben sich aus dem von der Antragsgegnerin vorgelegten Angebotseröffnungsprotokoll sowie aus dem ebenfalls von der Antragstellerin vorgelegten und von dem T E GmbH vorgelegten Prüfbericht.

III.4.2. Aus diesem Prüfbericht ergibt sich, dass das prüfende Unternehmen offensichtlich bereits anhand des von der Antragstellerin vorgelegten Angebotes davon ausging, dass deren Angebot aufgrund einer nicht verbesserungsfähigen Unvollständigkeit auszuscheiden sei. Von der Antragsgegnerin wurde aber dennoch ein Verbesserungsverfahren angestrebt, welches die T E GmbH sodann durchführte.

III.5. Zu den fehlenden Unterlagen und zum Mängelbehebungsverfahren:

III.5.1. Der Ablauf der Angebotsprüfung und des Mängelbehebungsverfahrens sowie der wechselseitigen Schreiben ergibt sich vollständig und nachvollziehbar aus der von der Antragsgegnerin vorgelegten Dokumentation. Insbesondere auch der Inhalt der jeweiligen Schreiben geht aus diesen Unterlagen hervor. Der Verlauf der Korrespondenz konnte insofern schlüssig nachvollzogen werden.

III.5.2. Aus der geführten Korrespondenz ergibt sich auch, dass nicht nur die Antragsgegnerin selbst mit der Antragstellerin kommuniziert hat, sondern auch die T E GmbH. Die Antragstellerin hat gleichermaßen mit beiden Einrichtungen kommuniziert, ohne zu hinterfragen, wer nun der konkrete Ansprechpartner für die Abwicklung des gegenständlichen Vergabeverfahrens sein soll; die Antragsgegnerin selbst oder das in der Ausschreibung genannte Unternehmen, oder unterschiedslos beide. Offensichtlich hat die Antragstellerin diesem Umstand

nur wenig Bedeutung beigemessen. insofern wird in rechtlicher Hinsicht zu beurteilen sein, ob die Antragstellerin diese Vorgehensweise im Hinblick auf die Ausscheidensentscheidung erfolgreich einwenden kann.

III.6. Zur Zuschlagsentscheidung:

Die formale Gestaltung sowie der Inhalt und die Formulierung der Zuschlagsentscheidung ergeben sich aus dem Akteninhalt und sind unstrittig. Ob die konkrete Vorgehensweise und Formulierung zu einer Bestandsfestigkeit bzw. Verbindlichkeit führt, aus der sich die Antragstellerin als endgültige Zuschlagsempfängerin ergibt, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III.7. Zur Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung:

Die formale Gestaltung, der Inhalt und die Formulierung der Ausscheidensentscheidung ergeben sich unstrittig aus dem Akteninhalt. Inwiefern die konkrete Vorgehensweise ausreichend ist, um dieses Schreiben der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin zuzurechnen ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III.8. Zur Ausscheidensentscheidung:

Die formale Gestaltung sowie der Inhalt und die Formulierung der Ausscheidensentscheidung ergeben sich aus dem Akteninhalt und sind unstrittig. Inwiefern die konkrete Vorgehensweise ausreichend ist, um dieses Schreiben der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin zuzurechnen ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

IV. Rechtslage:

IV.1. Allgemeines:

Gemäß § 1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 (Oö. VergRSG 2006) regelt dieses Landesgesetz den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Auftraggeber in Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren), die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollzugsbereich des Landes fallen.

Gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. c B-VG ist die Vollziehung Landessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art. 127 bzw. 127a B-VG.

Gemäß § 2 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 obliegt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Gewährung von Rechtsschutz gemäß § 1 leg. cit.

Gemäß § 2 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bis zur Zuschlagsentscheidung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens und die dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z 15 lit. a BVergG 2018) des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 7 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat das Landesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers bzw. einer Auftraggeberin für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller bzw. die Antragstellerin in dem von ihm bzw. von ihr nach § 5 Abs. 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt und
2. diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß § 3 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 kann ein Unternehmer bzw. eine Unternehmerin bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ein Interesse am Abschluss eines den bundesgesetzlichen Bestimmungen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrages behauptet wird und durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 20 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

IV.2. Zur Definition der Zuschlagsentscheidung / Zuschlagserteilung:

§ 2 Z 49 Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, regelt die Definition der Zuschlagsentscheidung:

„Die Zuschlagsentscheidung ist die an Bieter übermittelte bzw. für diese bereitgestellte nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll."

§ 2 Z 50 Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, regelt die Definition der Zuschlagserteilung:
„Die Zuschlagserteilung (Zuschlag) ist die an den Bieter abgegebene Erklärung, sein Angebot anzunehmen."

IV.3. Zum Ablauf des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung:

§§ 43, 113 Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, regeln den Ablauf des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung:

„§ 43 Wahl des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung
Aufträge können im Unterschwellenbereich im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, sofern dem Auftraggeber genügend geeignete Unternehmer bekannt sind, um einen freien und lauteren Wettbewerb sicherzustellen, und wenn
1. bei Bauaufträgen der geschätzte Auftragswert 300.000 Euro(Anm. 1) nicht erreicht, oder
2. bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen der geschätzte Auftragswert 80.000 Euro(Anm. 2) nicht erreicht.
(gemäß Schwellenwerteverordnung 2018, BGBl. II Nr. 211/2018
ab 21.8.2018 bis 31.12.2929:
Anm. 1: 1.000.000 Euro
Anm. 2: 100.000 Euro)"

„§ 113 Ablauf des nicht offenen Verfahrens
(1) Im nicht offenen Verfahren können die zur Abgabe von Angeboten aufgeforderten Unternehmen innerhalb der Angebotsfrist ihre Angebote einreichen.
(2) Während eines nicht offenen Verfahrens darf mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.
(3) Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer sind bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten."

IV.4. Zum Ausscheiden von Angeboten:

§ 141 Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, regelt das Ausscheiden von Angeboten wie folgt:

„(1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der öffentliche Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuscheiden:
1. Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 25 auszuschließen sind, oder
2. Angebote von Bietern, deren Eignung nicht gegeben ist, oder
3. Angebote, die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen, oder
4. Angebote, bei denen der Bieter keine Preise angibt, sondern nur erklärt, das billigste Angebot um einen bestimmten Prozentsatz oder Wert zu unterbieten, oder

5. Angebote, bei denen ein Vadium verlangt wurde, dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt, oder
6. verspätet eingelangte Angebote, oder
7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ-, Varianten- und Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, oder
8. rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind, oder
9. Angebote von nicht aufgeforderten Bietern, oder
10. Angebote von Bietern, die nachweislich Interessen haben, die die Ausführung des Auftrages beeinträchtigen können, oder
11. Angebote von Bietern, bei denen dem öffentlichen Auftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß § 131 Abs. 3 der gesetzten Nachfrist
a) keine für die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich erforderliche behördliche Entscheidung, oder
b) kein Nachweis darüber, dass die gemäß einer Entscheidung nach lit. a notwendige Berufsqualifikation erworben wurde, oder
c) kein Nachweis darüber, dass vor Ablauf der Angebotsfrist ein auf Einholung einer Entscheidung nach lit. a gerichtetes Verfahrens eingeleitet worden ist, oder
d) eine behördliche Entscheidung, die die Zuverlässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich ausschließt,
vorliegt.
(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der öffentliche Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zuverlässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.
(3) Der öffentliche Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes zu verständigen.“

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

In rechtlicher Hinsicht sind nachfolgende Fragestellungen zu beantworten:

V.1. Rechtsgrundlagen iSd BVergG 2018
V.2. Bestandsfestigkeit der Ausschreibungsunterlagen
V.3. Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung
V.4. Aussteller der Ausscheidensentscheidung
V.5. Begründung der Ausscheidensentscheidung
V.6. Unvollständigkeit des Angebotes
V.7. Bieter- und Aufklärungsgesprächen
V.8. Behebbarkeit von Mängeln / Wettbewerbsstellung / Gleichbehandlung
V.9. Ergebnis

V.1. Rechtsgrundlagen iSd BVergG 2018:

Mit der Novelle des Bundesvergabegesetzes, BGBl. I Nr. 65/2018 wurden die Regelungen der RL 2014/24/EU und 2014/25/EU Im das österreichische Rechtssystem umgesetzt, wobei aufgrund der notwendigen Adaptierung einer Totalrevision der Vorzug gegenüber von Einzelnovellierungen gegeben wurde (Erl. Bem. RV 69 der Beilagen XXVI.GP, 1).

Im vorliegenden Verfahren sind insbesondere nachfolgende Bestimmungen relevant:

„Grundsätze des Vergabeverfahrens:
§ 19 BVergG 2006 – § 20 BVergG 2018
Definition der Zuschlagsentscheidung / Zuschlagserteilung:
§ 2 Z 49, Z 50 BVergG 2006 - § 2 Z 49, Z 50 BVergG 2018
Wahl des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung:
§§ 37, 102 BVergG 2006 - §§ 43, 113 BVergG 2018
Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote:
§ 126 BVergG 2006 – § 138 BVergG 2018
Aufklärungen und Erörterungen:
§ 127 BVergG 2006 – § 139 BVergG 2018
Ausscheiden von Angeboten:
§ 129 BVergG 2006 – § 141 BVergG 2018“

Eine Gegenüberstellung der auf das vorliegenden Verfahren anzuwendenden Bestimmungen führt allerdings zu dem Ergebnis, dass auch bei Berücksichtigung der vorgenommenen Novellierungen und Adaptierungen, die bisherige Rechtsprechung zum BVergG 2006 zumindest im vorliegenden Fall im Wesentlichen auf das BVergG 2018 übertragen werden kann.

V.2. Zur Bestandsfestigkeit der Ausschreibungsunterlagen:

V.2.1. Die gegenständliche Ausschreibung wurde von der Antragstellerin innerhalb der gesetzlichen Frist nicht angefochten. Sie ist daher bestandsfest geworden (vgl. VwGH 19.09.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; BVA 11.04.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; 19.01.2006, 04N-134/05-17).

Allfällige Rechtswidrigkeiten einer bestandsfesten Entscheidung dürfen von der Vergabekontrollbehörde im Rahmen der Nachprüfung einer späteren Auftraggeberentscheidung nicht aufgegriffen werden. Die Fristgebundenheit von Nachprüfungsanträgen wäre nämlich sinnlos, könnte die Vergabekontrollbehörde eine unanfechtbar gewordene (bestandsfeste) Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen der Nachprüfung von auf dieser Entscheidung aufbauenden

Entscheidungen des Austraggebers überprüfen (VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; 13.06.2005, 2004/04/0090; 07.11.2005, 2003/04/0135; 27.06.2007, 2005/04/0234; 25.06.2008, 2006/04/0116; 07.09.2009, 2007/04/0090; 12.06.2013, 2011/04/0169; ferner UVS OÖ 30.12.2004, VwSen-550177/14/Kl/Pe).

Damit sind sowohl die Auftraggeberin als auch sämtliche Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter im Sinne des § 19 BVergG 2006 – nunmehr § 20 BVergG 2018 – entscheidend (vgl. VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050, und die dort zitierte Rechtsprechung des EuGH vom 25.04.1996, RS-C-87/94, Wallonische Busse, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; ebenso BVA 17.03.2006, N/0007-BVA/05/2006-54; 08.02.2006, 15N-127/05-25). Dem BVergG 2006 – und nunmehr auch dem BVergG 2018 – liegt das System der gesondert oder nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 (RV 1171 BlgNR 22 GP 13) – nunmehr § 2 Z 15 BVergG 2018 – mit den einer effizienten Abwicklung von Rechtsschutzverfahren dienenden flankierenden Bestimmungen zu Fristen und Präklusionsregelungen zugrunde. Die Präklusionswirkung der Antragsfristen ist als umfassend zu interpretieren, zumal nicht danach zu differenzieren ist, ob es sich um einen grundlegenden Ausschreibungsmangel oder um einen sonstigen Rechtsverstoß handelt. Die Präklusionswirkung im BVergG 2006 – und fortgesetzt auch im BVergG 2018 – bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist durch einen Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurden.

Dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist es somit auch verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (vgl. RV 1171 BlgNR 22. GP 137 f; siehe auch zum BVergG 2002 BVA 12.12.2003, 04N-107/03-38; 29.08.2003, 13N-72/03-11; 20.03.2003, 17N-46/03-34; sowie Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003, 69f) [BVA 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25].

V.2.2. Nichts anderes kann auch für die novellierte, aber sinngemäß vergleichbare Gesetzeslage iSd BVergG 2018 gelten. Zusammengefasst ergibt sich insofern für den vorliegenden Fall, dass die unangefochten gebliebene Ausschreibung / Bewerberinformation der Antragsgegnerin bestandsfest ist und daher der Inhalt dieser Ausschreibungsunterlagen für die Interpretation derselben und für die Prüfung des Angebotes der Antragstellerin heranzuziehen ist.

V.2.3. Die Antragsgegnerin hat in ihren Ausschreibungsunterlagen festgelegt:

„Einlangen Rückfragen bis spätestens:
13.12.2019, bis 09:00 Uhr (einlangend)
ausschließlich elektronisch per e-mail an Hr. F K und Hr. E S
f.k@o.at
e.sq-z.at“

V.2.4. Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin im Hinblick auf die von ihr behauptete Unzulässigkeit der Anwendung von Bieterlücken nach den *„Informationen zur standardisierten Leistungsbeschreibung Haustechnik (StLB-HT), Version 12 (2018-12-31), gemäß Punkt 1.1.6“* keine Rückfragen an die Auftraggeberin gerichtet und auch die Ausschreibung nicht angefochten.

Im Ergebnis hat die Antragstellerin weder um Aufklärung ersucht, noch hat sie zu den von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten in der Ausschreibung innerhalb der Anfechtungsfrist einen diesbezüglichen Nachprüfungsantrag gestellt. In einem späteren Verfahrensstadium – z.B. dann, wenn so wie hier unter Bezug auf bestimmte Anforderungen das Angebot ausgeschieden wird – können die bestandsfest gewordenen Ausschreibungskriterien keiner Überprüfung mehr unterzogen werden.

Die Antragstellerin wäre insofern gehalten gewesen, die von ihr als unzulässig behaupteten Anforderungen bzw. Bieterlücken im Wege eines Nachprüfungsantrages anzufechten und es nicht gleichsam „darauf ankommen“ zu lassen, dass ihre Zweifel zu einem späteren Zeitpunkt präkludiert sind.

Die Antragstellerin wird die Auffassung der Unzulässigkeit der nunmehr strittigen Bieterlücken wohl auch schon zu Beginn der Angebotsfrist vertreten haben, und nicht erst im Nachhinein ins Treffen führen, um die Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung zu begründen. Zumal dies einer der wesentlichen Argumentationspunkte der Antragstellerin ist, hätte sie gerade diese Fragestellung an die Antragsgegnerin richten müssen.

V.2.5. Im Ergebnis geht dieser Einwand der Antragstellerin in Folge Präklusion ins Leere.

V.3. Zur Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung:

V.3.1. § 2 Z 49 BVergG 2018 definiert die Zuschlagentscheidung als die an den Bieter übermittelte bzw. für diese bereitgestellte nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Gemäß § 2 Z 50 BVergG 2018 ist erst die Zuschlagserteilung (Zuschlag) die an den Bieter abgegebene Erklärung, sein Angebot anzunehmen.

Daraus ergibt sich bereits, dass die vormals an die Antragstellerin übermittelte Zuschlagsentscheidung (noch) nicht verbindlich war und auch dadurch, dass sie von den anderen Bietern nicht angefochten wurde, nicht verbindlich wurde. Das

Verhalten der übrigen Bieter konnte auf das „Verbindlichwerden“ der Zuschlagsentscheidung keinen Einfluss haben.

V.3.2. Gemäß § 146 Abs. 1 BVergG 2018 endet ein Vergabeverfahren entweder mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrages oder mit dem Widerruf des Verfahrens.

Insofern kann ein öffentlicher Auftraggeber eine Ausschreibung – und zwar auch eine solche die mangels Anfechtung durch Bieter bestandsfest geworden ist – widerrufen. Selbst nach Ablauf der Angebotsfrist kann ein öffentlicher Auftraggeber ein Vergabeverfahren immer noch widerrufen.

§ 148 BVergG 2018 regelt die Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens vor Ablauf der Angebotsfrist und § 149 BVergG 2018 regelt die Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Ablauf der Angebotsfrist. Sowohl § 148 Abs. 2 BVergG 2018 als auch § 149 Abs. 2 Z 3 BVergG 2018 sehen vor, dass ein Vergabeverfahren widerrufen werden kann, wenn sachliche Gründe dafür bestehen.

Wenn aber sogar das Vergabeverfahren als Ganzes widerrufen werden kann, muss es auch möglich sein, einzelne Entscheidungen, so zum Beispiel eine Zuschlagsentscheidung, zurückzunehmen.

V.3.3. Bereits gemäß § 2 Z 49 BVergG 2006 – und nunmehr auch gemäß § 2 Z 49 BVergG 2018 – ist die Zuschlagsentscheidung die aus Rechtsschutzgründen der Zuschlagserteilung vorangestellte Absichtserklärung, einem bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen zu wollen. Sie begründet zwar ein rechtliches Interesse (§ 8 AVG) und damit die Parteistellung des (vorläufig) erstgereihten Bieters im Nachprüfungsverfahren, jedoch ist aus ihr kein Anspruch auf Zuschlagserteilung ableitbar. Eine Richtigstellung der Zuschlagsentscheidung ist daher bis zur Zuschlagserteilung (Vertragsabschluss) zulässig, wenn sich erst jetzt (im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens) herausstellt, dass der betreffende Bieter nicht (mehr) geeignet ist oder sein Angebot aus anderen Gründen auszuscheiden wäre. (J. Aicher, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz^2, § 2 Z 49, Rz 2).

V.3.4. Im Ergebnis kann es daher dahingestellt bleiben, ob die Zuschlagsentscheidung von anderen Bietern angefochten wurde oder nicht, zumal es der Antragsgegnerin unbenommen geblieben ist, diese zurückzunehmen.

V.4. Zum Aussteller der Ausscheidensentscheidung:

V.4.1. Gemäß § 141 Abs. 3 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes zu verständigen.

Die Antragstellerin bringt vor, dass die Ausscheidensentscheidung bzw. die Verständigung darüber, entgegen der gesetzlichen Bestimmung, nicht von der Antragsgegnerin und damit nicht von der öffentlichen Auftraggeberin selbst stammen würde.

V.4.2. Der Ablauf der Angebotsprüfung und des Mängelbehebungsverfahrens sowie der wechselseitigen Schreiben ergibt sich vollständig und nachvollziehbar aus der von der Antragsgegnerin vorgelegten Dokumentation. Insbesondere auch der Inhalt der jeweiligen Schreiben geht aus diesen Unterlagen hervor. Der Verlauf der Korrespondenz konnte insofern schlüssig nachvollzogen werden.

Aus der geführten Korrespondenz ergibt sich auch, dass nicht nur die Antragsgegnerin selbst mit der Antragstellerin kommuniziert hat, sondern auch die T E GmbH. Die Antragstellerin hat gleichermaßen mit beiden Einrichtungen kommuniziert, ohne zu hinterfragen, wer nun der konkrete Ansprechpartner für die Abwicklung des gegenständlichen Vergabeverfahrens sein soll; die Antragsgegnerin selbst oder das in der Ausschreibung genannte Unternehmen, oder unterschiedslos beide. Offensichtlich hat die Antragstellerin diesem Umstand nur wenig Bedeutung beigemessen.

Ganz offensichtlich hat die Antragstellerin während des laufenden Verfahrens dem Umstand, wer der Aussteller eines Schreibens war, entweder nur geringe Bedeutung beigemessen, oder sie ist ohnehin davon ausgegangen, dass Aussteller der Schreiben entweder die Antragsgegnerin war bzw. die T E GmbH in jedem Fall nicht für sich selbst, sondern für die Antragsgegnerin handelte und daher auch die Angebotsprüfung bzw. die Ausklärungsschreiben im Namen und im Auftrag der Antragsgegnerin verfasst und versendet wurden.

V.4.3. Immerhin hat die Antragsgegnerin dieses Unternehmen bereits in der Ausschreibung namhaft gemacht. Die Aufforderung zur Abgabe von Angeboten an die Bieter wurde ebenfalls von diesem Unternehmen versendet.

V.4.4. Die T E GmbH verwendete im Briefkopf der Ausscheidensentscheidung den Betreff *„S G G M R“*.

V.4.5. Dass die T E GmbH nicht etwa für sich handelte, ist vor diesem Hintergrund unzweifelhaft.

V.4.6. Dem Einwand, die Ausscheidensentscheidung stamme entgegen § 141 Abs. 3 BVergG 2018 nicht von der öffentlichen Auftraggeberin, kann insofern kein Erfolg beschieden werden.

V.5. Zur Begründung der Ausscheidensentscheidung:

V.5.1. Die Antragsgegnerin führte in ihrer Ausscheidensentscheidung nachfolgende Begründung an:

„Begründung:
Wir haben im Rahmen der Sichtung des Angebotes festgestellt, dass Ihr Angebot nicht die im Leistungsverzeichnis geforderte Komponentenliste für die Positionen bzw. Leistungsgruppen LG84, LG85, LG86 beinhaltet.
Das Leistungsverzeichnis beinhaltet daher bei den o.a. Positionen und Leistungsgruppen echte Bieterlücken mit der Besonderheit, dass die jeweils vom Bieter angebotenen Produkte nicht im Leistungsverzeichnis, sondern in einer eigenen dem Angebot beizuschließenden Auflistung, auszuweisen sind. Nach bestehender ständiger Rechtsprechung sind fehlende Angaben der Bieter in echten Bieterlücken, also fehlende Angaben zu den jeweils angebotenen Fabrikaten bzw. Typen, unbehebbare Mängel, die zum Ausscheiden des betroffenen Angebotes führen müssen (vgl. LVwG Oö 28.09.2016, LVwG-840115/22/HW LVwG-840117/11/HW; BVwG 8.11.2017, W1232171271-2 uva).“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

V.5.2. Demnach stützte die Antragsgegnerin ihre Ausscheidensentscheidung auf den Ausscheidensgrund des § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018, wonach u.a. unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuscheiden sind.

V.5.3. Der Verwaltungsgerichtshof führte in seinem Erkenntnis vom 8. August 2018, Ra 2017/04/0112 zu den Gründen einer Ausscheidensentscheidung Nachfolgendes aus:

„Pkt.5.3.: Der Verwaltungsgerichtshof hat diesbezüglich festgehalten, dass Gegenstand eines Verfahrens über die Nichtigerklärung einer konkreten Ausscheidensentscheidung einer Auftraggeberin betreffend ein bestimmtes Angebot nicht die abschließende und umfassende Beurteilung der Ausschreibungskonformität dieses Angebotes ist. Ein Erkenntnis, mit dem eine Ausscheidensentscheidung für nichtig erklärt worden ist, stellt keine rechtskräftige Entscheidung dahingehend dar, dass das betreffende Angebot aus keinem anderen Grund auszuscheiden bzw. in jeder Hinsicht ausschreibungskonform war (siehe zu allem VwGH 20.12.2017, Ra 2017/04/0003)“

V.5.4. Eine Ausscheidensentscheidung muss sich demnach nicht auf alle erdenklichen Ausscheidensgründe stützen. Es liegt im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, welche Ausscheidensgründe er in seiner Entscheidung anführt. Für den Fall, dass eine Ausscheidensentscheidung im Nachprüfungsverfahren für

nichtig erklärt würde, könnte der öffentliche Auftraggeber eine weitere Ausscheidensentscheidung auf andere Ausscheidensgründe stützen.

V.5.5. Wie in weiterer Folge noch aufzuzeigen sein wird, hat sich die Ausscheidensentscheidung gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 auch als rechtmäßig erwiesen.

V.6. Zur Unvollständigkeit des Angebotes:

V.6.1. Gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 sind unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung auszuscheiden.

V.6.2. Im vorliegenden Fall wurden – wie sogleich unter Punkt V.7. noch aufzuzeigen sein wird – hinsichtlich der Komponentenlisten und der Ersatzteilgarantie – keine ausreichenden Nachweise vorgelegt. Es handelt sich dabei um Mängel, die nicht behebbar sind.

V.6.3. Das unzureichende Ausfüllen von Bieterlücken führt zum Vorliegen eines Ausscheidensgrundes (vgl. VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186).

Dadurch dass, im Falle der Aufforderung zur Nachreichen von Komponentenlisten die Antragstellerin auch nach Ablauf der Angebotsfrist zusätzliche Zeit zur endgültigen Festlegung der angebotenen Leistung zur Verfügung steht, die anderen Bietern bei der Ausarbeitung ihres Angebotes nicht gewährt wurde, käme es zu einer zeitlichen Besserstellung der Antragstellerin. Dies hätte zur Konsequenz, dass die Antragstellerin noch nach Ablauf der Angebotsfrist einen für sie günstigeren Angebotsinhalt festlegen könnte. Dadurch würde es zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin kommen. Das unzureichende Ausfüllen von Bieterlücken führt daher zum Vorliegen eines Ausscheidensgrundes.

In der Rechtsprechung wurde ein unbehebbarer Mangel etwa auch dann angenommen, wenn ein rechtserheblicher Aufwand, der von jedem Bieter in der Angebotsfrist für die Angebotserstellung verlangt wurde, in die Phase nach Ablauf der Angebotsfrist und damit in einen Zeitraum verlagert wird, in dem die Wettbewerbssituation auch bereits besser eingeschätzt werden kann (vgl. etwa BVA 03.09.2009, N/0079-BVA/08/2009-56).

V.6.4. Wie die vorliegende Korrespondenz zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin zeigt, hat eine mehrfache E-Mail-Kommunikation stattgefunden und konnte nicht durch eine Frage um Aufklärung oder eine Aufforderung zum Nachreichen der Komponentenliste die Vervollständigung des Angebotes der Antragstellerin erreicht werden. Vielmehr hat eine umfangreiche Kommunikation

stattgefunden, um das Angebot der Antragstellerin gleichsam „nach und nach“ zu ergänzen. Dadurch konnte die Antragstellerin einen Teil der Angebotsausarbeitung nach der Angebotsöffnung nachholen, den die übrigen Bieter schon vor Ablauf der Angebotsfrist erledigen mussten.

V.6.5. Im Ergebnis hätte daher auch die Antragstellerin für das Erstellen ihrer Komponentenliste eine Fristerstreckung bis nach Ablauf der Angebotsfrist erlangt, die den anderen Bietern nicht zur Verfügung stand. Der vorliegende Mangel war somit nicht behebbar.

V.7. Zu Bieter- bzw. Aufklärungsgesprächen:

V.7.1. Im Hinblick auf Aufklärungsgespräche ist zu hinterfragen, ob solche überhaupt geführt werden hätten müssen bzw. dürfen. Immerhin darf auch durch Aufklärungsgespräche ein nicht als ausschreibungskonformes Angebot zu wertendes Angebot nicht ausschreibungskonform werden. Diese Vorgehensweise würde dem im § 19 BVergG 2006 – nunmehr § 20 BVergG 2018 – festgelegten Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter widersprechen (BVA 03.05.2006, N/0017-BVA/04/2006-25).

§ 126 BVergG 2006 – nunmehr § 138 BVergG 2018 – regelt das Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote und daran anknüpfend § 127 BVergG 2006 – bzw. § 139 BVergG 2018 – Aufklärungsgespräche und Erörterungen. Aus diesen beiden Bestimmungen lässt sich zunächst die Frage der Zulässigkeit von Aufklärungsgesprächen beantworten.

§ 126 Abs. 1 BVergG 2006 verpflichtete den Auftraggeber, bei Unklarheiten über das Angebot und Angebotsmängeln von Bietern eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung waren. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise waren der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. § 126 BVergG 2006 war im systematischen Zusammenhang mit der Ausscheidungsregelung des § 129 BVergG 2006 zu lesen. § 126 BVergG 2006 regelte das Verfahren, dessen Ergebnisse Entscheidungsgrundlage für den Auftraggeber waren, Angebote auszuscheiden oder in die Angebotsbewertung - also die nächste Stufe des Vergabeverfahrens - aufnehmen zu müssen. Das Aufklärungsverfahren sollte daher zum einen dem Auftraggeber die erforderlichen Sachverhaltsinformationen liefern, die er benötigte, um eine Entscheidung über das Ausscheiden treffen zu können. Das Aufklärungsverfahren sollte zum anderen den Bietern Schutz vor übereilten Entscheidungen des Auftraggebers auf Grundlage falscher Sachverhaltsinformationen im Zusammenhang mit Unklarheiten und Mängel gewähren. Zweck des § 126 BVergG 2006 war somit auch der Bieterschutz (Öhler/Schramm, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz[2],

§ 126 Rz 1 f). Diese Ausführungen zur alten Rechtslage des BVergG 2006 lassen sich aber auch auf die neue Rechtslage zu den §§ 138, 139 BVergG 2018 übertragen.

Unklarheiten über das Angebot - genauer dessen Inhalt - bestehen, wenn der objektive Erklärungswert eines Angebotes nicht eindeutig ist und mit Hilfe der Interpretationsmethoden der §§ 914 f ABGB vom Auftraggeber nicht alleine ermittelt werden kann. Lässt sich hingegen mit Hilfe der Interpretationsmethoden der §§ 914 f ABGB der Angebotsinhalt feststellen, besteht keine Unklarheit und es ist keine Aufklärung geboten. Ist der Angebotsinhalt daher klar im Sinn des § 126 BVergG 2006, ist auch der Inhalt nachträglicher Bieteraufklärungen unerheblich (Öhler/Schramm, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz^2, § 126 Rz 8). Eine Aufklärung ist nach § 126 Abs. 1 BVergG 2006 auch dann zu verlangen, wenn ein Mangel festgestellt wird. Eine Zusammenschau mit § 129 Abs. 1 BVergG 2006 zeigt, dass unter Mängeln alle Fehler und Unvollständigkeiten in Angeboten erfasst sind, die zur Ausscheidung nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 führen können. Im Unterschied zum Fall der Unklarheiten hat der Auftraggeber aber den Mangel bereits vor Verlangen der Aufklärung festgestellt. Daher ist – wiederum dem Zweck der Norm entsprechend – nur dann Aufklärung zu verlangen, wenn ein behebbarer Mangel festgestellt wird. Bei festgestellten unbehebbaren Mängeln wäre eine Aufklärung sinnlos und würde nur einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub leisten (Öhler/Schramm, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz^2, § 126 Rz 9 und FN 7 mit Judikaturbeispielen).

Eine Zweckänderung der §§ 138, 139 BVergG 2018 im Vergleich zu den Vorgängerbestimmungen kann nicht erblickt werden, weshalb zur Beurteilung der Zulässigkeit von Aufklärungsgesprächen nach der neuen Rechtslage die bisherige Rechtsprechung herangezogen werden kann.

V.7.2. Im vorliegenden Fall hat eine umfangreiche E-Mail-Korrespondenz zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin stattgefunden, im Zuge derer schrittweise die von der Antragsgegnerin geforderten Unterlagen, wie Komponentenlisten und die Ersatzteilgarantie nachgefordert wurden. Außerdem bestand offenbar Uneinigkeit zwischen den Parteien, was überhaupt vorzulegen war.

Aus der Korrespondenz zwischen den Parteien lässt sich auch ersehen, dass nach Auffassung der Antragsgegnerin mehrere Produkte verschiedener Produktfamilien angeboten worden seien, während die Antragstellerin diese Auffassung nicht vertrat. Zumindest aber lässt sich ersehen, dass nicht mit Eindeutigkeit festgestellt werden konnte, welche Produkte angeboten werden. Uneindeutige Formulieren gehen am Ende zu Lasten desjenigen, der sich ihrer bedient (§ 914 f ABGB), sodass

die Unklarheiten hinsichtlich der Komponentenliste zu Lasten der Antragstellerin gehen.

Anhand des Umstandes, dass der Antragstellerin zur Konkretisierung ihres Angebotes außerdem auch noch eine von ihr auszufüllende Tabelle übermittelt wurde, kann es sogar dahingestellt bleiben, ob die Komponentenliste veränderbar ist oder nicht, weil die Antragstellerin einen deutlich über die Angebotsfrist hinausgehenden Zeitraum zur Ausarbeitung ihres Angebotes erlangt hat, was unstrittig einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil darstellt.

V.7.3. Wie sogleich unter Punkt V.8. noch auszuführen sein wird, sind derartige Angebotsergänzungen bzw. Gespräche dann nicht zulässig, wenn sie die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin gegenüber den anderen Bietern verbessern würden bzw. wenn sie gegen das Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter verstoßen würden. In einem solchen Fall liegen unbehebbare Mängel vor, welche Aufklärungsgespräche unzulässig machen.

V.8. Zur Behebbarkeit von Mängeln / Wettbewerbsstellung / Gleichbehandlung:

V.8.1. Wesentliches Kriterium für die Behebbarkeit von Mängeln und/oder Aufklärungsgesprächen hierüber ist die Frage der Veränderung der Wettbewerbsstellung der Bieter untereinander bzw. die Gleichbehandlung aller Bieter (§ 19 Abs. 1 BVergG 2006; nunmehr § 20 BVergG 2018).

Zulässige Behebbarkeit von Mängeln bzw. zulässige Aufklärung wird demnach dann vorliegen, wenn hinsichtlich Aufklärung zum Angebot die Auskünfte oder die nachgereichten Unterlagen das Angebot bloß präzisieren, erläutern oder vervollständigen; unzulässig ist jedenfalls eine „Änderung“ der „Hauptbestandteile des Auftrages, deren Änderung den Wettbewerb verfälschen könnte“, insbesondere eine Änderung der Preise; hinsichtlich Aufklärung zur Eignung beim Bieter im offenen Verfahren gilt Analoges: Bloß Präzisieren, Erläutern oder Vervollständigen der Eignungsnachweise; hinsichtlich Aufklärung zur Eignung beim Bewerber im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren ist gemäß § 70 Abs. 3 [nunmehr: § 80 Abs. 3 BVergG 2018] geboten, für den Teilnahmeantrag Nachweise vorzulegen oder zu vervollständigen oder zu erläutern (Gölles, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz², § 127 Rz 19).

V.8.2. Der Verwaltungsgerichtshof hatte sich in der Vergangenheit schon mehrfach mit diesen Rechtsfragen – zur Rechtslage gemäß § 19 BVergG 2006 – auseinanderzusetzen, die sich aber auch auf die Rechtslage gemäß § 20 BVergG 2018 übertragen lässt.

V.8.2.1. In seinem Erkenntnis vom 25.02.2004, 2003/04/0186, führte der Verwaltungsgerichtshof Nachfolgendes aus:

„Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes - unter Bezugnahme auf Aicher (in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechtes (1985), 363f und 411f) - sind Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, die nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen können. Gravierende formale und inhaltliche Mängel in dem Angebot sowie unverbindliche Angebote sind sofort auszuscheiden (vgl. schon das hg. Erkenntnis vom 27. September 2000, Zl. 2000/04/0050). [...] Es ist daher bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert würde (in dieser Art hat auch der EuGH in dem im angefochtenen Bescheid zitierten Urteil vom 25. April 1996 in der Rechtsache C-87/94, Slg. 1996, I-2043, Kommission/Königreich Belgien, nicht bloß formal, sondern inhaltlich den Verstoß gegen die Gleichbehandlung hinsichtlich der im Lastenheft aufgestellten Aufschlagskriterien bzw. der Angaben zum Kraftstoffverbrauch erblickt). [...]“

V.8.2.2. Weiters hatte sich der Verwaltungsgerichtshof auch in seinem Erkenntnis vom 03.09.2008, 2007/04/0017, mit der Frage zu befassen, ob das Nachreichen einer Bestätigung über die Insolvenzfreiheit einen behebbaren Mangel darstellen würde bzw. dass darin keine Änderung der Wettbewerbsstellung liegen würde:

„Zur Behebbarkeit von Mängeln in Angeboten hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2003/04/0186 [Anm.: siehe oben V.2.4.1.], mit ausführlicher Begründung unter Bezugnahme auf Literatur und weitere Judikatur ausgeführt, dass solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren sind, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurde das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebots (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2003, Zl. 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des von den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (siehe dazu das zitierte hg. Erkenntnis, Zl. 2003/04/0186), das Fehlen des Nachweises einer vorhandenen Befugnis (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 29. März 2006, Zl. 2003/04/0192), die Nachreichung eines Datenträgers (siehe dazu den hg. Beschluss vom 27. Juni 2007, Zl. 2005/04/0111) oder das Fehlen eines Formblattes (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 29. Juni 2005, Zl. 2005/04/0024) als behebbare Mängel, das Anbot einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 16. Februar 2005, Zl. 2004/04/0030) oder das Fehlen der rechtzeitigen Antragstellung gemäß § 373c GewO 1994 (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 24. Februar 2006, Zl. 2004/04/0078) jedoch als unbehebbare Mängel gewertet.“

V.8.2.3. Ferner setzte sich der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 12.05.2011, 2008/04/0087, mit der Frage der Behebbarkeit von Mängeln und der damit zusammenhängenden Verbesserung der Wettbewerbsstellung auseinander und führte dazu aus:

„Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot oder werden Mängel festgestellt, so ist gemäß § 126 Abs. 1 BVergG 2006, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert würde (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 25. März 2010, Zl. 2005/04/0144, mit Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 3. September 2008, Zl. 2007/04/0017, mit zahlreichen Beispielen und weiteren Hinweisen aus der Vorjudikatur). Im Hinblick auf vorzulegende Nachweise ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu unterscheiden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand (etwa die Leistungsfähigkeit als solche) fehlt (in diesem Fall liegt ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis des im maßgeblichen Zeitpunkt an sich bereits bestehenden Umstandes mangelt (im letztgenannten Fall handelt es sich um einen behebbaren Mangel; vgl. hiezu im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit das hg. Erkenntnis vom 11. November 2009, Zl. 2009/04/0203, mit weiteren Nachweisen auf die Vorjudikatur).“

V.8.3. Auch andere Vergabekontrollbehörden setzten sich mit dieser Thematik auseinander:

V.8.3.1. In einer mit dem gegenständlichen Fall vergleichbaren Rechtssache hatte sich das Bundesvergabeamt in der Entscheidung vom 03.05.2006, N/0017-BVA/04/2006-25, ebenfalls mit der Frage der Behebbarkeit eines Angebotsmangels auseinanderzusetzen:

„Für einen durchschnittlichen, fachkundigen Bieter bei Anwendung üblicher Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, RS-C-448/01 (EVN-AG Gewinnstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17] war damit erkennbar, dass die auszugestaltenden Dienstpläne jedenfalls dem Leistungsverzeichnis in Punkt 2.3. entsprechen müssen und damit auch die maximale Aufenthaltsdauer des diensthabenden Mitarbeiters in der Sicherheitszentrale drei Stunden beträgt. Um eine Vergleichbarkeit der Angebote und damit eine im Sinne der Gleichbehandlung der Bieter gemäß § 21 Abs. 1 BVergG 2002 [Anm.: nunmehr: § 19 Abs. 1 BVergG 2006] entsprechend der Ausschreibung vorgesehene Bewertung der Plausibilität und Qualität des Dienstplanes zu ermöglichen, muss auch Voraussetzung sein, dass die Dienstpläne gemäß den Bestimmungen in der Ausschreibung gestaltet werden. Entgegen der Ansicht des Antragstellers handelt es sich daher bei Punkt 2.3. des Leistungsverzeichnisses um ein Musskriterium, welches im vom Antragsteller ausgestalteten Dienstplan am Montag bezüglich des Dienstes in der Sicherheitszentrale nicht erfüllt wurde. […]. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Anbotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbarem Mangel ist darauf abzustellen, ob durch eine

Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert werden würde. In diesem Sinne wurde das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des von den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024), als behebbare Mängel, das Angebot einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) gewertet. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze kann jedoch bei der gegenständlichen Fallkonstellation nicht vom Vorliegen eines behebbaren Mangels ausgegangen werden. Würde dem Antragsteller die Möglichkeit eingeräumt, erst nachträglich die Verweildauer der Mitarbeiter in der Sicherheitszentrale im Dienstplan ausschreibungskonform zu gestalten, so würde für den Antragsteller - verglichen mit den übrigen Bietern - die Vorbereitungszeit für die Gestaltung des Dienstplanes erstreckt werden. Gerade die Gestaltung des ausschreibungskonformen Dienstplanes innerhalb der Angebotsfrist war jedoch Bewertungsgegenstand des Subkriteriums ‚Plausibilität und Qualität des Dienstplanes'. Die Einräumung der Möglichkeit der nachträglichen Gestaltung des Dienstplanes betreffend die Dauer des Aufenthaltes der Mitarbeiter in der Sicherheitszentrale würde die Wettbewerbsstellung des betroffenen Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessern, sodass eine Behebbarkeit des Mangels bei der gegebenen Fallkonstellation auszuschließen ist."

V.8.3.2. Ferner befasste sich das Bundesvergabeamt in seiner Entscheidung vom 27.06.2006, N/0038-BVA/04/2006-28, ebenfalls mit der Behebbarkeit bzw. Unbehebbarkeit von Mängeln und mit der Veränderung der Wettbewerbsstellung bzw. mit der Bietergleichbehandlung:

„Das Angebot des Antragstellers umfasste - entgegen den oben wiedergegebenen Vorgaben der unbekämpft gebliebenen Ausschreibung - nicht die notwendigen baulichen Maßnahmen. Dies legte der Antragsteller auch ausdrücklich selbst in einem Beiblatt zum Angebot fest, in dem er darauf hinwies, dass von seinem Angebot keine Elektrozuleitungen, keine erforderlichen Blitzschutzmaßnahmen bzw. Verputzarbeiten umfasst seien. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbarem Mangel ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde. In diesem Sinne würde das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des von den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2003, 2005/04/0024), als behebbare Mängel, das Anbieten einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist etwa jedoch als unbehebbarer Mangel (VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) gewertet. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze kann bei der gegenständlichen Fallkonstellation nicht vom Vorliegen eines behebbaren Mangels

ausgegangen werden. Würde dem Antragsteller die Möglichkeit eingeräumt, nachträglich auch die notwendigen Bauleistungen im obigen Sinne anzubieten, wäre dies jedenfalls mit einer Preisänderung verbunden, wobei der Antragsteller, dem die Preise der Angebote der Mitbieter seit der Angebotsöffnung bekannt sind, entsprechende Anpassungen vornehmen könnte. [...] Das Angebot des Antragstellers war daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 vom Auftraggeber auszuscheiden. Da das Angebot des Antragstellers vom Auftraggeber somit zu Recht auszuscheiden war, kann der Antragsteller auch nicht in seinen im Nachprüfungsantrag geltend gemachten subjektiven Rechten verletzt worden sein, sodass der auf Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebotes des Antragstellers gerichtete Nachprüfungsantrag abzuweisen ist (vgl. in diesem Zusammenhang VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094; ebenso BVA 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25).“

V.8.3.3. In einer Entscheidung vom 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39, hatte sich das Bundesvergabeamt mit der Frage der Verbesserungsmöglichkeit beim Nachreichen von Nachweisen auseinanderzusetzen und hat ausgesprochen, dass für die Nennung von Referenzprojekten keine Verbesserungsmöglichkeit besteht:

„Der Antragsteller hat daher für das Auswahlkriterium C keine für die Wertung zu berücksichtigende Referenz gelegt und damit auch die Mindestanzahl an Referenzprojekten, nämlich ein Referenzprojekt für das Auswahlkriterium C, nicht erfüllt. Da es sich bei der Nennung von Referenzprojekten um ein Auswahlkriterium handelt, ist die Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit und damit die Nachnominierung von Referenzprojekten ausgeschlossen (vgl. in diesem Zusammenhang auch BVA 24.11.2008, N/0139-BVA/05/2008-16).“

V.8.4. Auch das Bundesverwaltungsgericht hatte sich in seinem Erkenntnis vom 05.06.2015, W187 2106525-2, mit der Frage von Mängelbehebungen in Aufklärungsgesprächen und der Verbesserung der Wettbewerbsstellung auseinanderzusetzen:

„3.4.6 Vorauszuschicken ist, dass eine Verbesserung des Angebotes im Zuge eines Aufklärungsgesprächs unzulässig ist, wenn dadurch das Angebot erst ausschreibungskonform wird. Die Verbesserung der Wettbewerbsstellung zu Lasten der Mitbieter wäre unzulässig (VwGH 28.2.2012, 2009/04/0120). Die Musterdatensätze, die die Antragstellerin in ihrem Angebot übermittelt hat, sind unbestrittener Maßen mangelhaft. Sie hat daher zu Recht weniger Punkte erhalten und wurde damit im Rahmen der Zuschlagsentscheidung schlechter bewertet. Die Auftraggeberin hat die Zuschlags-kriterien und das Verfahren zur Ermittlung des Bestbieters nach Punkt 6.2 mit 6.4 der Ausschreibungsunterlagen eingehalten. Die Übermittlung von Musterdatensätzen sollte die Auftraggeberin - wie sie in Punkt 5.2.9 der Ausschreibung ausdrücklich anführt - nämlich in die Lage versetzen, die Qualität und Vollständigkeit der in Zukunft zu erwartenden Daten abzuschätzen, was im Rahmen der Statistiken, die der zukünftige Auftragnehmer erstellen wird müssen, von grundlegender Bedeutung ist. Auf diesen Umstand wies die Auftraggeberin in Punkt 4 der Fragebeantwortung vom 13. Jänner 2015 ausdrücklich hin.
3.4.7 Die Datensätze, die die Antragstellerin übermittelt hat, sind unstrittig mangelhaft. Dies hat auch die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen zugestanden. Als unbehebbar sind Mängel zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der

Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert würde (VwGH 12.5.2011. Zl. 2008/04/0087; Aicher in Korinek/Rill zur Reform des Vergaberechtes [1985], 363 f und 411 f). Eine Verbesserung der mangelhaften Datensätze ist nicht möglich, da die Qualität der Datensätze nach Punkt 6.3.1 der Ausschreibung im Rahmen der Zuschlagskriterien durch die Vergabe von Punkten entsprechend der Tabellen in Punkt 5.2.8 und 5.2.9 der Ausschreibung bewertet wird und es durch die Verbesserung der Datensätze zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin zu Lasten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, der einzigen Mitbieterin, durch eine Vorreihung aufgrund einer größeren Anzahl von Bewertungspunkten kommen würde. Mängel in den Datensätzen sind daher nicht verbesserbare Mängel.
3.4.8 Darüber hinaus müsste die Auftraggeberin der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter ebenfalls die Möglichkeit zur Verbesserung ihrer Datensätze geben (EuGH 29.3.2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko, Rn 43), wodurch sie ebenfalls mehr Punkte bekommen hätte können. Die Antragstellerin würde durch eine Verbesserung der Datensätze, die notwendigerweise in beiden Angeboten hätte stattfinden müssen, nichts gewinnen, da sie - und wohl auch die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin - die höchste erreichbare Punkteanzahl anstrebt und damit die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin wegen des niedrigeren Preises weiterhin eine höhere Punktezahl erhielte."

V.8.5. Auch der EuGH hatte sich in seinem Urteil vom 25.04.1996 in der Rechtssache C-87/94 Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien mit der Veränderung der Wettbewerbsstellung einer Bieterin zu beschäftigen:

„Nach alledem ist festzustellen, dass das Königreich Belgien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie verstoßen hat,

- dass es die von EMI im ergänzenden Schreiben vom 24. August 1993 und damit nach Öffnung der Angebote eingereichten Angaben zum Kraftstoffverbrauch berücksichtigt hat,
- dass es den Auftrag an EMI auf der Grundlage von Zahlen vergeben hat, die nicht den Vorgaben des Anhanges 23 des besonderen Lastenhefts für die Berechnung des fiktiven Aufschlags für diese Firma wegen der Wartungskosten für die Auswechslung von Motor und Getriebe entsprachen,
- und dass es beim Vergleich der Angebote für die Lose Nrn. 4-6 die von EMI vorgeschlagenen Einsparungsfaktoren, die in den Auftragsunterlagen oder in der Bekanntmachung nicht genannt waren, berücksichtigt hat, sie zum Ausgleich der finanziellen Unterschiede zwischen den auf den ersten Platz gesetzten Angeboten und den auf den zweiten Platz gesetzten Angeboten von EMI verwendet hat und sich aufgrund der Berücksichtigung dieser Faktoren für bestimmte Angebote von EMI entschieden hat."

V.8.6. Auch in der Literatur fand eine Auseinandersetzung mit der Frage der Verschiebung der Wettbewerbsstellung statt.

V.8.6.1. So führt zum Beispiel *Gölles* in seinem Aufsatz *„Das Spannungsverhältnis von Aufklärungsgesprächen, Erörterungen und Verhandlungen bei Vergabeverfahren"* (ZVB 2002/11) aus:

„1. Seitens der Kommission wurde formuliert (veröffentlicht in ABl L 111, 30.4.1994, S 114):
‘Der Rat und die Kommission erklären, dass bei den offenen und den nicht offenen Verfahren Verhandlungen mit den Bewerbern oder Bietern über Hauptbestandteile des Auftrages, deren Änderung den Wettbewerb verfälschen könnte, und insbesondere über die Preise ausgeschlossen sind; Erörterungen mit den Bewerbern oder Bietern dürfen nur stattfinden, wenn es darum geht, den Inhalt des Angebots oder die Forderungen der öffentlichen Auftraggeber zu präzisieren oder zu vervollständigen, und sofern sich dies nicht diskriminierend auswirkt.‘
2. Unter den Judikaturbeispielen (aus Österreich und - in Folge vergleichbarer Rechtslage - auch aus Deutschland) gefällt mir ein deutsches Judikat wegen der klaren Aussage besonders:
VK Bund, 17.7.2000, VK 1-13/00:
‚Aufklärungsgespräche (§ 24 Nr. 1 I VOL/A) dürfen nur dem Zweck dienen, Zweifel über die Angebote oder die Bieter zu beheben. Sie dürfen nicht das Ziel verfolgen, eine nachträgliche Verbesserung von Angebotsbestandteilen zu erreichen. Insbesondere darf nicht in Verhandlungen eingetreten werden, wenn im Angebote fehlende zwingende Erklärungen über das zu verwendende Material nachgeholt werden sollen.‘
Dieses Beispiel zeigt bereits, in welchem Zusammenhang in der Praxis die Gefahr besteht, dass der Rahmen der Zulässigkeit von Aufklärungsgesprächen überschritten wird - nämlich beim Versuch unbehebbare Angebotsmängel unter dem Deckmantel der Aufklärung zu beheben.“

V.8.6.2. Ferner setzte sich *Gölles* in seinem Aufsatz *„Mangelhafte Angebote - Verbesserbarkeit oder Ausscheiden?“* in ZVB 2003/93 mit dieser Frage auseinander:

„Die Beurteilung, ob ein Mangel oder eine Unvollständigkeit eines Angebotes behebbar oder unbehebbar ist, nähert sich in der Praxis mitunter einer Denksportaufgabe. Das Gesetz gibt hiezu dem Praktiker kaum eine Hilfestellung: Die Kriterien für die Beurteilung von Mängeln oder Unvollständigkeiten als behebbar oder als unbehebbar werden sich vorweg an den Grundsätzen des § 21 Abs. 1 [Anm.: BVergG 2002; sodann § 19 Abs. 1 BVergG 2006; nunmehr § 20 Abs. 1 BVergG 2018], insbesondere am Wettbewerbsprinzip und am Gleichbehandlungsgrundsatz zu orientieren haben. Basierend auf Aicher vertritt die Literatur und die Spruchpraxis, dass nur solche Mängelverbesserungen zulässig sind, die nicht zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung nach der Angebotsöffnung führen. Dies ist auch in der Bestimmung des § 96 Abs. 1 begründet, dass während eines offenen Verfahrens oder eines nicht offenen Verfahrens ‚über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden‘ darf (die Behebung eines unbehebbaren Mangels wäre also auch ein Verstoß gegen das Verhandlungsverbot). Aicher folgend werden mE für eine Behebbarkeit von Mängeln oder Unvollständigkeiten eines Angebotes folgende Kriterien erfüllt sein müssen:
++ keine Änderung (Verbesserung) der Wettbewerbsstellung des mängelverbessernden Bieters durch die Mängelverbesserung oder Beseitigung der Unvollständigkeit;
++ keine durch § 96 Abs. 1 verbotene Angebotsänderung (gemäß § 97 Abs. 2 jedoch geringumfängliche technische Änderungen bei Alternativangeboten zulässig);
++ Wahrung des Wettbewerbsprinzips und des Gleichbehandlungsgebotes des § 21 Abs. 1 [Anm.: BVergG 2002; sodann § 19 Abs. 1 BVergG 2006; nunmehr § 20 Abs. 1 BVergG 2018] (wie es auch im § 94 Abs. 2 normiert ist).“

V.8.7. Ein Widerspruch liegt vor, wenn der Bieter in seinem Angebot erklärt, den zu vergebenden Vertrag nicht zu den Bedingungen in der Ausschreibung, sondern zu anderen Bedingungen abschließen zu wollen. Die Erklärung dieses

Widerspruches kann dabei ausdrücklich oder - was wohl der Regelfall sein wird - stillschweigend (konkludent) erfolgen. Maßstab der Prüfung des Widerspruches sind die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen. Daher weicht das widersprechende Angebot von der Ausschreibung so ab, dass das vom Auftraggeber gewünschte Vertragsverhältnis nicht durch Annahme des Angebotes durch den Auftraggeber mittels Zuschlagserteilung zu Stande kommen könnte, sondern nur durch eine Änderung des Angebotes und damit Verhandeln über das Angebot voraussetzen würde. Dabei kommt es immer auf den objektiven Erklärungswert des Angebotes an und nicht darauf, wie der Bieter sein Angebot verstanden wissen will (Öhler/Schramm, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz^2, § 269 Rz 62). Derartige Angebote sind keiner Verbesserung, also keiner Zurücknahme des Widerspruches durch den Bieter zugänglich. Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, sind daher ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit nach § 126 BVergG 2006 – bzw. § 138 BVergG 2018 – auszuscheiden (Öhler/Schramm, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz^2, § 269 Rz 63).

Nach der mittlerweile ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind - unter Bezugnahme auf die sogenannte Aicher-Formel - Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, die „nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen können. Gravierende formale und inhaltliche Mängel in dem Angebot sowie unverbindliche Angebote sind sofort auszuscheiden.“ Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes darauf abzustellen, „ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessert würde.“ Eine solche materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung könnte „insofern eintreten, als nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten (durch die Möglichkeit der Mängelbehebung dem diesbezüglichen Bieter ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung seines Angebotes eingeräumt würde)“ (Öhler/Schramm, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz^2, § 269 Rz 72).

V.8.8. Wie schon die Vorgängerbestimmungen in § 21 BVergG 2002 und in § 19 BVergG 2006 normiert nunmehr auch § 20 BVergG 2018 den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauteren Wettbewerbes. Abgesehen von Neuformulierungen und Präzisierungen im neuen § 20 BVergG 2018, lässt sich aber die bisherige Rechtsprechung zu den Vorgängerbestimmungen auch auf die neue Rechtslage übertragen.

V.8.9. Durch die von der Antragstellerin vorgenommene Ausgestaltung des Angebotes – insbesondere die fehlenden Komponentenlisten und Ersatzteilgarantie

– hat die Antragstellerin ein nicht ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Es war daher die Aufgabe der Antragsgegnerin, bereits vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden bzw. die bereits getroffene Zuschlagsentscheidung wieder zurückzunehmen.

Unter Zugrundelegung der obigen Grundsätze des § 20 BVergG 2018 kann bei der gegenständlichen Fallkonstellation nicht vom Vorliegen eines behebbaren Mangels ausgegangen werden. Würde der Antragstellerin die Möglichkeit eingeräumt werden, die notwendigen Komponentenlisten bzw. die geforderte Ersatzteilgarantie erst zu einem späteren Zeitpunkt – nach der Angebotsöffnung – vorzulegen, würde ihr dadurch eine Fristverlängerung eingeräumt werden, was eine ungerechtfertigte Besserstellung gegenüber den anderen am Vergabeverfahren teilnehmenden Bietern zur Folge hätte.

Dadurch würde es zu einer den Grundsätzen des § 20 Abs. 1 BVergG 2018 widersprechenden Verbesserung der Wettbewerbsstellung zu Gunsten der Antragstellerin und somit zu einer Ungleichbehandlung der Bieter untereinander kommen.

In Zusammenschau mit den Ausführungen unter Punkt V.7. liegt somit ein unvollständiges, mit nicht behebbaren Mängeln behaftetes, Angebot der Antragstellerin vor.

Das Angebot der Antragstellerin war daher gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 auszuscheiden.

V.8.10. Nachdem das Angebot der Antragstellerin von der Antragsgegnerin zu Recht von der Antragsgegnerin auszuscheiden war, kann die Antragstellerin auch nicht in ihren im Nachprüfungsantrag geltend gemachten subjektiven Rechten verletzt worden sein, sodass der auf Nichtigkeit des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin gerichtete Nachprüfungsantrag zur Gänze abzuweisen ist.

V.9. Ergebnis:

Die in Nachprüfung gezogene Ausscheidensentscheidung vom 6. Februar 2020 hat sich somit als (vergabe-)rechtskonform erwiesen. Die von der Antragstellerin vorgebrachten Nichtigkeitsgründe liegen nicht vor. Der Nachprüfungsantrag war daher zur Gänze und in der Folge auch der Antrag auf Kostenersatz abzuweisen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen

Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Die vorliegende Entscheidung steht im Einklang mit der dargestellten ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Bestandsfestigkeit einer Ausschreibung bzw. zu den Präklusionsregelungen und Präklusionswirkungen (VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; 13.06.2005, 2004/04/0090; 07.11.2005, 2003/04/0135; 27.06.2007, 2005/04/0234; 25.06.2008, 2006/04/0116; 07.09.2009, 2007/04/0090; 12.06.2013, 2011/04/0169).

VI.3. Auch mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter bzw. zum Verbot der Veränderung der Wettbewerbsstellung (siehe die zu Punkt V.7. wiedergegebene Rechtsprechung) steht die vorliegende Entscheidung im Einklang (VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186; 03.09.2008, 2007/04/0017; 12.05.2008, 2008/04/0087).

VI.4. Ebenso steht die vorliegende Entscheidung im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Beurteilung der Unbehebbarkeit von Mängeln (siehe oben, insb. VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186; 03.09.2008, 2007/04/0017; 12.05.2011, 2008/04/0087).

VI.5. Die Frage, inwiefern die Ausscheidensentscheidung von der Antragsgegnerin stammt bzw. der Antragsgegnerin zurechenbar ist, ergibt sich aus dem im Nachprüfungsverfahren festgestellten, konkreten, Sachverhalt. Dieser ist einzelfallbezogen und nicht verallgemeinerungsfähig. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt insofern nicht vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu

verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer