



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38680
Telefax: (+43 1) 4000 99 38680
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/046/12522/2021
A. GmbH

Wien, 16.12.2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Mag. Schreiner als Vorsitzende, Mag. Schmied als Berichter und Dr. Schweiger als Beisitzer über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, vom 24.8.2021 auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 16.8.2021, betreffend das Vergabeverfahren "B." nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch Verkündung am 30.9.2021

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 23 Abs. 1 des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes 2020 in Verbindung mit § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 wird der Antrag auf Nichtigerklärung der der Antragstellerin am 16.8.2021 mitgeteilten Ausscheidensentscheidung abgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat gemäß den §§ 14 und 15 WVRG 2020 iVm § 1 WVPVO die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € ... selbst zu tragen.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Stadt Wien (Auftraggeberin) führt unter der Bezeichnung "B." ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich. Es handelt sich um einen Bauauftrag. Das Ende der Angebotsfrist wurde mit 11.8.2021 festgelegt. Der geschätzte Auftragswert überschreitet knapp den Schwellenwert. Die A. GmbH (Antragstellerin) hat fristgerecht ein Angebot gelegt.

Mit Schreiben vom 16.8.2021 gab die Auftraggeberin bekannt, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 ausgeschieden wird und führte begründend aus, die Antragstellerin habe entgegen den Ausschreibungsbestimmungen ein nicht zugelassenes Angebot „MD BD-SR 75“ samt Beilage „13.02 Bestbieter Zuschlagskriterium“ mit der Aktenzahl MA 34-.../2020 eingereicht.

Mit Nachprüfungsantrag vom 24.8.2021 beehrte die A. GmbH durch ihre anwaltliche Vertretung die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 16.8.2021. Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass nach der Ausschreibung in ihrer Stammfassung die Bieter ihr Angebot mit dem Formular „MD BD – SR 75“ einbringen sollten. Im Zuge der zweiten Berichtigung der Ausschreibung sei das genannte Formular leicht modifiziert und auf die Version „MD BD – SR 75B“ abgeändert worden. Die Antragstellerin habe für die Abgabe ihres Angebots irrtümlich das nicht mehr aktuelle Formular „MD BD – SR 75“ hochgeladen. Durch die Änderung des Angebotsformulars habe jedoch die Ausschreibung keine inhaltliche Änderung erfahren. Es seien lediglich Klarstellungen und Präzisierungen vorgenommen und die Zahlungsfrist zu Gunsten der Bieter verkürzt worden. Nach einer Aufforderung zur Aufklärung habe die Antragstellerin den formalen Mangel der Verwendung eines nicht aktualisierten Formulars behoben und das Angebot am aktuellen Formular „MD BD – SR 75B“ hochgeladen. Ein allfälliger Mangel sei damit behoben worden.

Zugleich stellte die A. GmbH einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Auftraggeberin bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Nachprüfungsantrag untersagt werden soll, im Vergabeverfahren "B."

den Zuschlag zu erteilen, und ihr zugleich aufgetragen werden soll, das Vergabeverfahren auszusetzen.

Die Pauschalgebühren für diese Anträge wurden korrekt entrichtet.

Mit Beschluss vom 26.8.2021 wies das Verwaltungsgericht Wien den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab.

Mit Schriftsatz vom 7.9.2021 nahm die Auftraggeberin zum gegenständlichen Nachprüfungsantrag Stellung und beantragte dessen Abweisung. In diesem Schriftsatz brachte die Auftraggeberin noch weitere Gründe für das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin vor. Insbesondere wies sie darauf hin, dass die Befugnis für Schwarzdecker-, Bauspengler- und Holzdeckerleistungen (Leistungsgruppen 21, 23 und 36) bei der Antragstellerin nicht gegeben sei und laut Subunternehmererklärung der von der Antragstellerin diesbezüglich benannten Subunternehmerin diese der Antragstellerin zwar ihre technische Leistungsfähigkeit, nicht aber die Befugnis zur Verfügung stellt. Außerdem betonte die Auftraggeberin, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot gleich mehrere echte Bieterlücken nicht ordnungsgemäß befüllt habe, zumal sie nur die Produkthersteller, nicht jedoch die konkret angebotenen Produkte benannt hat.

Mit Schriftsatz vom 28.9.2021 replizierte die Antragstellerin auf den Schriftsatz der Auftraggeberin und hielt den Nachprüfungsantrag vollinhaltlich aufrecht. Zur Befugnis brachte die Antragstellerin nunmehr vor, dass sie für die ausgeschriebenen Schwarzdecker-, Bauspengler- und Holzdeckerleistungen gar nicht die Befugnis eines Subunternehmers benötige, zumal sie im Rahmen der Ausübung ihrer gewerberechtlichen Nebenrechte als Baumeister auch selbst befugt sei, solche Leistungen zu erbringen. Zu den Bieterlücken führte die Antragstellerin aus, dass selbige gerade einmal 1,22% des Angebotspreises ausmachten, sodass auch bei Vorliegen eines diesbezüglichen Mangels im Angebot eine Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht gegeben sei. Außerdem genüge die Angabe des Herstellers, um das angebotene Produkt hinreichend genau bestimmen zu können, weil die betreffenden Produkte immer Teil eines Systems des Dachaufbaus mit Abdichtung und Wärmedämmung seien. In der Ausschreibung sei das jeweilige Produkt so genau beschrieben, dass bei den

von der Antragstellerin genannten Herstellern jeweils nur ein Produkt in Frage komme.

Mit Schriftsatz vom 29.9.2021, eingelangt am 30.9.2021, replizierte die Auftraggeberin auf den Schriftsatz der Antragstellerin vom Vortag und erneuerte ihren Antrag auf Abweisung des Nachprüfungsantrags.

In der am 30.9.2021 durchgeführten öffentlichen, mündlichen Verhandlung wurde in erster Linie die Frage der Bieterlücken erörtert. Diesbezüglich brachte die Auftraggeberin unter Hinweis auf ihre Replik vom 29.9.2021 vor, dass bei insgesamt 10 Bieterlücken zumindest zwei verschiedene Produkte jener Hersteller, die im Angebot der Antragstellerin benannt sind, angeboten werden könnten. Zum Beweis dafür wurde eine Liste vorgelegt, in welche die Auftraggeberin die von ihr über Nachschau auf den betreffenden Internetseiten der Hersteller in Erfahrung gebrachten Produkte eingetragen hat, vorgelegt. Zudem wurde ein anonymisierter Bieterlückentext aus dem Angebot eines Mitbieters vorgelegt, in welchem zur Position 140395A ein weiteres (drittes) Produkt des betreffenden Herstellers genannt sei. Betreffend die Position 582304B habe die Auftraggeberin im Zuge ihrer Recherche überhaupt kein Produkt des von der Antragstellerin in der Bieterlücke genannten Herstellers gefunden. Diesbezüglich wären somit weitere Nachforschungen über Nachfragen beim Hersteller notwendig gewesen.

Die Antragstellerin replizierte darauf, dass die Auftraggeberin etwa zur Position 094002A zwei Produkte genannt habe, die beide nicht den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen würden. Als einziges Produkt entspreche das Produkt C. sowohl bezüglich Format, als auch Schichtstärke und sonstigen Voraussetzungen den Anforderungen der Ausschreibung.

Auf die Frage, wieso dann dieses Produkt nicht im Bieterlückentext angeführt wurde antwortete die Antragstellerin, dass aufgrund der COVID-19 Situation nicht genügend zeitliche und personelle Ressourcen vorhanden waren, um alles damals schon exakt auszufüllen.

Die Antragstellerin führt des Weiteren aus, dass wenn es für eine Bieterlücke nur ein einziges den Anforderungen der Ausschreibung voll entsprechendes Produkt

gebe, die Nichtanführung des Produkts in der Bieterlücke ein behebbarer Mangel sei. Was zur Position 094002A ausgeführt worden sei, könne auch zu den anderen Positionen ausgeführt und belegt werden. Dies gelte auch für die Positionen, in denen es um die Schlingenmatten der Firma D. gehe.

Diesbezüglich wurde von der Auftraggeberin vorgebracht, es gebe jeweils ein selbstklebendes und ein nicht selbstklebendes Produkt, was sich aus der Preisliste ergebe. Dem hielt die Antragstellerin entgegen, dass im aktuellen Katalog der Firma D. nur Produkte mit dem Kürzel NSK am Ende des Produktnamens zu finden seien und daher nur ein Produkt in Frage komme.

Zur Position 582304B führte die Antragstellerin aus, dass es sich bei dem einzigen den Anforderungen der Ausschreibung entsprechenden Produkt um ein Produkt der Tochterfirma E. (Firma F.) handle, die Antragstellerin jedoch in der kurzen Zeit, die ihr zur Reaktion auf den letzten Schriftsatz der Auftraggeberin zur Verfügung gestanden sei, kein Produktdatenblatt habe finden können.

Im Anschluss an die Verhandlung erfolgte die mündliche Verkündung des gegenständlichen Erkenntnisses.

Mit Schriftsatz vom 1.10.2021 beantragte die Antragstellerin die Erstellung einer schriftlichen Ausfertigung.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Sachverhalt:

Aufgrund des diesbezüglich unstrittigen Vergabeakts wird folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Die Stadt Wien (Auftraggeberin) führt unter der Bezeichnung "B." ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich. Es handelt sich um einen Bauauftrag. Das Ende der Angebotsfrist wurde mit 11.8.2021 festgelegt. Der geschätzte Auftragswert überschreitet knapp den Schwellenwert.

Die Ausschreibung wurde am 12.7.2021 im ANKÖ sowie im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union kundgemacht. In den Ausschreibungsunterlagen findet sich das Angebotsformblatt mit der Zahl MA 34-...-2020.

Nach einer gegenständlich nicht relevanten ersten Berichtigung am 21.7.2021 wurde die Ausschreibung am 26.7.2021 ein zweites Mal berichtigt. Diese zweite Berichtigung wurde im ANKÖ und im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union 2021/S 146-... kundgemacht. Im berichtigten Text findet sich folgende Passage:

„Es wird darauf hingewiesen, dass nur Vergabeunterlagen mit der Zahl MA 34-...B-2020 für die Angebotslegung gültig sind.“

In den berichtigten Ausschreibungsunterlagen ist auch das Angebotsformblatt mit der Zahl MA 34-...B-2020 enthalten. Zum überwiegenden Teil deckt sich der Inhalt dieses Angebotsformblatts mit der ursprünglichen Version zu Zahl MA 34-...B-2020, es finden sich aber auch Abweichungen. So wird etwa von den Bietern unter Punkt 13.04 zusätzlich zur Vorlage eines Kalkulationblatts K3 auch die Vorlage eines K4-Kalkulationsblattes verlangt. Unter 13.08 werden auch Eignungsnachweise zur Beilage 13.08.01 verlangt. Die Zahlungsfrist für die Schluss- oder Teilrechnungen wird zu Gunsten der Bieter von 60 auf 30 Tage verkürzt.

Von der Berichtigung, wenn auch nicht von deren Inhalt wurde die Antragstellerin über das Vergabeportal ANKÖ am 26.7.2021 in Kenntnis gesetzt, sodass es der Antragstellerin möglich gewesen wäre, den Text der Berichtigung zu öffnen und einzusehen.

Weder die Ausschreibung in ihrer Stammfassung noch die Berichtigungen wurden vergaberechtlich angefochten. Die Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der beiden Berichtigungen sind somit bestandsfest geworden.

Die Antragstellerin hat unstrittig innerhalb der Angebotsfrist ein Angebot mit der Zahl MA 34-...-2020 gelegt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 13.8.2021 wurde die Antragstellerin aufgefordert, dahingehend Aufklärung zu leisten, warum sie entgegen den Bestimmungen der berechtigten Ausschreibung nicht das Formblatt mit der Aktenzahl MA 34-...B-2020 eingereicht hat.

In Reaktion darauf übersendete die Antragstellerin ein nunmehr mit der Zahl MA 34-...B-2020 versehenes, im Übrigen aber unverändertes Angebot, in welchem abermals die oben angeführten echten Bieterlücken nicht vollständig ausgefüllt sind.

Am 16.8.2021 wurde die Antragstellerin vom Ausscheiden ihres Angebots in Kenntnis gesetzt. Als Begründung wurde ihr mitgeteilt, dass sie ein nicht zugelassenes Angebot mit der Zahl MA 34-...-2020 eingereicht habe.

Des Weiteren wird als erwiesen festgestellt, dass im Angebot der Antragstellerin die Bieterlückentexte zu 12 von insgesamt 20 Positionen nicht mit einem spezifischen Produkt, sondern nur mit dem Firmennamen des jeweiligen Produktherstellers befüllt sind. Dies ergibt sich unstrittig aus dem von der Antragstellerin gelegten Angebot. Es handelt sich um folgende Positionen des Leistungsverzeichnisses, die von der Antragstellerin wie folgt ausgefüllt wurden (die Ausfüllung der Felder durch die Antragstellerin ist fett hervorgehoben):

„Bieterlückentexte

VHS, G.-Platz

GU Leistungen Baumeister und Dach

...

- *094002A | Holzwolle-Dreischicht-Dämmpl. D=10cm | m2:
H.*
- *112507E | Az f. Schnellzement SE4+SW1 | m3:
K.*
- *140391A | Feuerschutzbekleidung Stahlstütze+Träger R9 | m2:
L.*
- *140395A | 2xCFK-Lamellen 100/1,2mm zur Ertücht. Stahl:
M.*
- *211701F | Anarbeiten Öffnung./ Durchdringungen 1K PU-:*

N.

- *251212B | Einzelanschlagpunkt Beton f. Sicherheitsn. | Stk:*

P.

- *251213B | Einzelanschlagpunkt Bestandsmwk. NF-Ziege | Stk:*

P.

...

- *361007A | Schlingenmatte-Dampfdruckentspannung Wand | m2:*

D.

- *361010A | Diffusionsoffene Unterspannbahn Wand | m2:*

D.

- *363923A | Diffusionsoffene Unterspannbahn Dach | m2:*

D.

- *363926A | Schlingenmatte-Dampfdruckentspannung Dach | m2:*

D.

...

- *582304B | E-Kontrollsch.300/H150+10mLeit | Stk:*

P. F.“

Aufgrund der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wird in diesem Zusammenhang weiters als erwiesen festgestellt, dass von den von der Antragstellerin in ihrem Angebot genannten Produktherstellern in 10 Fällen mehrere in die betreffende Produktkategorie fallende Produkte angeboten werden. Die Auftraggeberin ist aufgrund der von ihr durchgeführten Recherchen zum Ergebnis gelangt, dass in diesen 10 Positionen des Leistungsverzeichnisses jeweils nicht nur ein Produkt des von der Antragstellerin in ihrem Angebot benannten Herstellers den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen würde. In der Position 582304B konnte die Auftraggeberin im Zuge ihrer im Nachprüfungsverfahren vorgenommenen Recherchen im Internet überhaupt kein spezifisches Produkt des von der Antragstellerin benannten Herstellers finden, und hätte diesbezüglich im Wege einer Anfrage an den Hersteller herantreten müssen. Dies ergibt sich aus den von der Auftraggeberin vorgenommenen, handschriftlich dokumentierten Internetrecherchen und den nachvollziehbaren Angaben des Vertreters der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung.

Die von der Antragstellerin durchgeführten Nachforschungen ergaben, dass jeweils nur ein Produkt des jeweils genannten Herstellers alle Anforderungen der Ausschreibung erfüllen würde. Dies ergibt sich aus dem Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung.

Eine Feststellung dahingehend, ob tatsächlich nur ein oder mehrere oder gegebenenfalls keines der Produkte des im Angebot der Antragstellerin jeweils genannten Herstellers allen Anforderungen der Ausschreibung entspricht, war durch das Verwaltungsgericht nicht zu treffen. Dies deshalb, weil echte Bieterlücken gerade dazu dienen, der Auftraggeberin (und im Nachprüfungsverfahren dem Verwaltungsgericht) Nachforschungen - gegebenenfalls unter Beiziehung eines Sachverständigen - darüber, mit welchen konkreten Produkten die Bieter die beauftragten Leistungen zu erbringen gedenken, erspart werden sollen und die Auftraggeberin durch die vollständige Befüllung der echten Bieterlücken in die Lage versetzt werden soll, nur noch überprüfen zu müssen, ob die konkret angebotenen Produkte (und nicht auch allfällige Alternativprodukte) den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen.

Die vollständige Befüllung der betreffenden Bieterlücken (Benennung des jeweils in den Bieterlücken nachgefragten Produkts mit Hersteller und Produktbezeichnung) ist gegenständlich im Zuge der Angebotserstellung durch die Antragstellerin deshalb unterblieben, weil dazu die zeitlichen und personellen Ressourcen aufgrund der pandemiebedingten Ausnahmesituation nicht vorhanden waren. Diese Feststellung gründet sich auf die Aussage des Vertreters der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung.

Rechtliche Beurteilung:

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

oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden.

Gegenständlich widerspricht das Angebot der Antragstellerin insofern den Ausschreibungsbestimmungen, als es nicht auf dem elektronisch verfügbaren Angebotsformblatt mit der Zahl MA 34-...B-2020 eingebracht wurde.

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die Auftraggeberin in den bestandsfesten Ausschreibungstext im Zuge der ebenfalls bestandsfesten zweiten Berichtigung der Ausschreibung ausdrücklich den Passus aufgenommen hat, dass nur Angebote gültig sind, die auf diesem Angebotsformblatt eingebracht werden. Damit hat die Auftraggeberin unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, auf welche Weise das Angebot eingebracht werden muss. Da die Angebotsformblätter zu den Zahlen GZ MA 34-...-2020 und GZ MA 34-...B-2020 zwar nicht viele, aber doch einzelne, nicht unwesentliche Unterschiede aufweisen, kann diese bestandsfeste Vorgabe in der zweiten Berichtigung der Ausschreibung keineswegs als entbehrlich oder unsachlich bezeichnet werden. Ob etwa mit dem Angebot nicht nur das K3-Kalkulationsblatt betreffend den Mittellohn, sondern auch das K4-Kalkulationsblatt betreffend das Arbeitsmaterial vorzulegen ist, macht im Hinblick auf den mit der Erstellung der Angebote verbundenen Aufwand einen Unterschied und wirkt sich somit auf die vergaberechtlichen Grundsätze der Bietergleichbehandlung und der Vergleichbarkeit der Angebote aus. Die gegenständliche Ausscheidensentscheidung erweist sich somit als rechtmäßig.

Der Umstand, dass die Antragstellerin in Reaktion auf das Aufklärungsersuchen vom 13.8.2021 ein auf dem richtigen Formblatt erstelltes und daher grundsätzlich gültiges Angebot vorgelegt hat, vermag daran nichts zu ändern, war doch das innerhalb der Angebotsfrist gelegte Angebot laut bestandsfester Ausschreibung ungültig und langte somit das erste gültige Angebot der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren erst deutlich nach Ablauf der Angebotsfrist ein, sodass es schon aus diesem Grund nicht mehr zu berücksichtigen war.

Ganz abgesehen davon ist gegenständlich noch ein weiterer Ausscheidensgrund hervorgekommen. So ist offenkundig, dass die Antragstellerin von insgesamt 20

echten Bieterlücken 12 nicht vollständig befüllt hat, indem sie kein konkretes Produkt angeboten, sondern nur die Namen von Produktherstellern genannt hat.

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

Würde man der Antragstellerin, die in den Bieterlücken jeweils nur den Namen des Herstellers, nicht aber das spezifische Produkt benannt hat, die Möglichkeit zur nachträglichen Spezifikation im Rahmen einer Mängelbehebung nach Angebotsöffnung geben und ihr damit im Ergebnis zusätzlich Zeit für die Angebotslegung zur Verfügung stellen, würde dies zu einer – unzulässigen - materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung im Vergleich zu anderen Bietern führen, die die Bieterlücke ausschreibungskonform ausgefüllt haben.

Daran würde sich auch nichts ändern, wenn eine detaillierte Angebotsprüfung unter Einbeziehung aller potentiell in Betracht kommender Produkte der von der Antragstellerin in ihrem Angebot benannten Hersteller zum Ergebnis führen würde, dass jeweils nur ein Produkt übrig bleibt, das alle Anforderungen der Ausschreibung erfüllt. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass keineswegs feststeht, dass die Antragstellerin jeweils gerade dieses einzige voll und ganz ausschreibungskonforme Produkt angeboten hätte und ist es ja gerade der Sinn und Zweck der vollständigen Befüllung von Bieterlücken, der Auftraggeberin die Überprüfung zu ermöglichen, ob das tatsächlich angebotene Produkt in jeder Hinsicht ausschreibungskonform ist. Schließlich ist es im Fall von echten Bieterlücken die Aufgabe des Bieters und nicht die Aufgabe der Auftraggeberin

über Marktrecherchen jene Produkte zu ermitteln und anzubieten, die den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen. Würde man der Antragstellerin die Möglichkeit einräumen, diesbezüglich erst nach Ablauf der Angebotsfrist im Zuge einer Aufklärung Farbe zu bekennen, würde man ihr einen vergaberechtlich unzulässigen Wettbewerbsvorteil einräumen. Dazu kommt, dass das Risiko wegen Legung eines ausschreibungswidrigen Angebots ausgeschieden zu werden, für einen Bieter, der die echten Bieterlücken gar nicht oder nur unvollständig befüllt hat, deutlich geringer ist, zumal ein solcher Bieter noch nach Angebotslegung im Angebotsprüfungsverfahren argumentieren könnte, er hätte ohnedies ein ausschreibungskonformes Produkt anbieten wollen, wohingegen ein Bieter, der eine echte Bieterlücke zwar vollständig befüllt, aber ein ausschreibungswidriges Produkt benannt hat, auszuschneiden wäre.

Gerade der Grund, den die Antragstellerin für die nicht korrekte Befüllung der Bieterlücken angeführt hat, nämlich die pandemiebedingt angespannte Personalsituation zeigt zudem, dass ein Bieter, dem für die Befüllung von Bieterlücken ein über das Ende der Angebotsfrist hinausreichender Zeitraum eingeräumt werden würde, einen deutlichen Wettbewerbsvorteil hätte und bezüglich seines Angebots die Vergleichbarkeit mit den Angeboten der Mitbewerber nicht mehr in vollem Umfang gegeben wäre. Vor diesem Hintergrund ist auch nicht von Relevanz, dass die Bieterlücken gegenständlich nur knapp mehr als 1% des Auftragsvolumens ausmachen.

Selbst wenn man somit dem Umstand, dass die Antragstellerin ihr Angebot auf einem den Festlegungen in der zweiten Berichtigung der Ausschreibung widersprechenden Angebotsformblatt abgegeben hat, keine die Erlassung einer Ausscheidensentscheidung rechtfertigende Bedeutung beimessen wollte, haftet dem Angebot der Antragstellerin im Zusammenhang mit den unzureichenden Angaben zu gleich 12 Bieterlücken ein unbehebbarer Mangel an und ist das Angebot (auch) in diesem Punkt ausschreibungswidrig.

Da sich das Angebot der Antragstellerin bereits aus den dargelegten Gründen als ausschreibungswidrig erweist, war auf die Frage der Befugnis bzw. auf die Notwendigkeit und den Umfang der Subunternehmererklärungen nicht mehr näher einzugehen.

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

Zur Unzulässigkeit der Revision:

Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist die (ordentliche) Revision zulässig, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, insbesondere weil das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht einheitlich beantwortet wird.

Ein Vergleich der Regelungen zum Ablehnungsmodell gemäß Art. 131 Abs. 3 B-VG aF mit dem Revisionsmodell nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zeigt, dass diese Bestimmungen nahezu ident sind. Zur Auslegung des Begriffes „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ kann somit auch auf die bisherige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum Ablehnungsrecht nach Art. 131 Abs. 3 B-VG aF zurückgegriffen werden (in diesem Sinne Thienel, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, 74). Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist dann anzunehmen, wenn die Entscheidung des VwGH von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt. Einer Rechtsfrage kommt grundsätzliche Bedeutung zu, wenn sie über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung besitzt (VwGH 18.06.2014, Ra 2014/01/0029). Trotz fehlender Rechtsprechung des VwGH liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, wenn die Rechtslage eindeutig ist oder bereits durch ein Urteil des EuGH gelöst wurde (VwGH 28.05.2014, Ra 2014/07/0053; 28.02.2014, Ro 2014/16/0010). Die Rechtsfrage muss eine solche sein, durch deren Lösung im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ein Eingriff in subjektive Rechte des Revisionswerbers im Sinne des Art. 133 Abs. 6 Z 1 B-VG zumindest möglich ist. Für die Lösung abstrakter Rechtsfragen hingegen ist der VwGH nicht zuständig (VwGH 12.08.2014, Ra 2014/06/0015). Der VwGH ist als Rechtsinstanz tätig, zur Überprüfung der Beweiswürdigung ist er im Allgemeinen nicht berufen. Unter

Beachtung dieses Grundsatzes kann der VwGH jedoch prüfen, ob das Verwaltungsgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung alle in Betracht kommenden Umstände vollständig berücksichtigt hat (VwGH 19.05.2014, Ra 2015/19/0091).

Da in Ansehung dieser von Judikatur und Literatur herausgearbeiteten Grundsätze im gegenständlichen Fall eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nicht vorliegt, war die (ordentliche) Revision nicht zuzulassen.

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 Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der

Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. 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.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Schreiner
(Senatsvorsitzende)