jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2005/3/1 2003/04/0199

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 01.03.2005

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
40/01 Verwaltungsverfahren;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

AVG §52;
BVergG 2002 §163 Abs1;
BVergG 2002 §174 Abs1 Z1;
BVergG 2002 §175 Abs2;
BVergG 2002 §184 Abs2;
BVergG 2002 §20 Z42;
VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte Dr. Stöberl, Dr. Rigler, Dr. Bayjones und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Weiss, über die Beschwerde der R GmbH in W, vertreten durch Dr. Peter Knirsch und Dr. Johannes Gschaider, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Weihburggasse 4, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 5. November 2003, GZ 08N-94/03-192, betreffend Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung (mitbeteiligte Parteien: 1. A GmbH in W, Pstraße 86, und 2. B GmbH in W, Hgasse 88/3-6), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid vom 5. November 2003 hat das Bundesvergabeamt über die Anträge der mitbeteiligten Parteien die Entscheidung der Auftraggeberin Ö GmbH vom 27. August 2003, im Vergabeverfahren betreffend Testsysteme zum Nachweis von TSE-Erregern im Organmaterial von Rindern und kleinen Wiederkäuern den Zuschlag der Beschwerdeführerin erteilen zu wollen, für nichtig erklärt.

In den - im angefochtenen Bescheid in größerem Umfang wörtlich wiedergegebenen - Ausschreibungsunterlagen sind u. a. folgende Passagen enthalten:

"Als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist vorzulegen:

Eine Erklärung über den Gesamtumsatz und eine Erklärung über den Umsatz der letzten drei Geschäftsjahr bezüglich der Lieferung jener Erzeugnisse bzw. Dienstleistungen, die Gegenstand der Ausschreibung sind.

...

Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit hat der Bieter folgende Unterlagen vorzulegen:

Eine Liste der in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen jener Erzeugnisse, die Gegenstand der Ausschreibung sind, mit Angabe des Rechnungswertes, des Lieferzeitpunktes sowie der Auftraggeber.

...

Der Zuschlag wird dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot nach dem Bestbieterprinzip erteilt. Hiefür gelten die bereits in der Bekanntmachung beschriebenen folgenden Zuschlagskriterien nach Priorität (siehe auch genaue Verteilung im Leistungsverzeichnis):

Preis pro Test

50 %

technische Ausführung

50 %

a) Testdauer und Arbeitszeitaufwand

60 %

b) Spezifität

40 %

III. Leistungsverzeichnis

1. Kurzbeschreibung

Testsysteme (Testkits) zum Nachweis von TSE-Erregern in Organmaterial von Rindern und kleinen Wiederkäuern

...

2. Liefermenge

Tests für die Untersuchung von 408.000 Proben (bei einer Vertragsdauer von 24 Monaten).

3. Mindestanforderungen TSE-Tests

3.1.

Anzubieten sind 'Schnelltests' gemäß der zum Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist geltenden Fassung (oder mit einer anderen Zahl erlassenen Fassung) der Verordnung (EG) Nr. 999/2001 Anhang X Kapitel C Ziffer 4.

3.2.

Die Testsysteme müssen in mindestens zwei Mitgliedstaaten der EU im Routinebetrieb mit mindestens insgesamt 10.000 Feldproben in Nicht-Testkit-Herstellerlabors eingesetzt worden sein.

Nachweis: Bestätigung von Laboratorien

...

7. Zuschlagskriterien inkl. Gewichtung

Die Bewertung der Angebote erfolgt nach dem Bestbieterprinzip. Der Zuschlag wird dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäß folgenden Kriterien in der angegebenen Gewichtung erteilt.

7.1. Preis pro Einzeltest: Gewichtung = 50 %

Der beste Preis wird mit 10 Punkten (= 100 %) bewertet. Die weiteren Werte erhalten einen prozentmäßigen Punkteabschlag in Höhe der prozentmäßigen Differenz zum Bestbieter.

7.2. Technische Durchführung: Gewichtung = 50 %

a) Testdauer und Arbeitsaufwand: Gewichtung = 60 %

Die durchschnittlich erforderlichen Personenstunden einer durchschnittlich ausgebildeten Laborfachkraft für die Abarbeitung von 250 Proben vom Einwiegen des Ausgangsmaterials bis inkl. zum Ablesen des Testergebnisses (aktive Testdauer) in Stunden und Minuten (inkl. zeitlicher Aufwand für Vorbereitungsarbeiten).

Die erforderliche Zeit für die Fertigstellung von 250 Proben im diagnostischen System (bis zur Übernahme des Ergebnisses der Ablesung oder Messung).

Der schlechteste Wert (= längste Testdauer) wird mit 0 Punkten, der beste Wert (kürzeste Dauer) mit 10 Punkten bewertet. Die dazwischenliegenden Werte erhalten Punkte, die ihrer Positionierung dazwischen entsprechen. Dieses Verfahren wird sowohl für die aktive Bearbeitungszeit als auch für die Gesamtdauer des Testverfahrens angewendet, wobei beide Anteile mit je 50 % Gewichtung in die Beurteilung eingehen.

Nachweis: Erklärung des Bieters.

b) Spezifität: Gewichtung = 40 %

Die Spezifität wird definiert als der durchschnittliche Prozentsatz der nicht eindeutigen Ergebnisse, auf Grund derer Proben einer Wiederholung zugeführt werden mussten. Dabei sind jene Proben außer Betracht zu lassen, die sich im Rahmen der Wiederholungs- und Bestätigungsuntersuchungen als tatsächlich positive erwiesen haben.

Der schlechteste Wert (niedrigste Spezifität) wird mit 0 Punkten, der beste Wert (höchste Spezifität) wird mit 10 Punkten bewertet. Die dazwischenliegenden Werte erhalten Punkte, die ihrer Positionierung dazwischen entsprechen.

Nachweis: Erklärung des Bieters.

..."

Die belangte Behörde führt in der Begründung des angefochtenen Bescheides weiter aus, dass die zweitmitbeteiligte Partei ihren B-Test, die erstmitbeteiligte Partei den A-Test und die Beschwerdeführerin den L-Test sowie den W-Test angeboten habe. Beim L-Test handle es sich um einen erst nach dem 20. Juni 2003 durch EU-Verordnung zugelassenen Schnelltest.

Die Beschwerdeführerin habe für den L-Test Spezifitätszahlen von 100 % und 99,91 % angegeben und für den W-Test eine Spezifität von "praktisch 100 %" behauptet. Die Erstmitbeteiligte habe für den A-Test Spezifitätszahlen von 99,73 %, 99,994 % und 99,966 % genannt. Die Zweitmitbeteiligte habe für den B-Test eine Spezifität von 99,99905 % genannt.

Die Auftraggeberin habe keinen Versuch unternommen, die zum Teil unterschiedlichen Spezifitätszahlen aufzuklären, sondern habe jedem Angebot eine Spezifität von 100 % zugeschrieben.

Bei der zweitmitbeteiligten Partei sei vor allem strittig, ob der Personalzeitaufwand für die Durchführung von 250 Tests 22,5 Stunden oder bloß 7,58 Stunden betrage. Die Auftraggeberin habe ihrer Bewertung einen Personalzeitaufwand von 22,5 Stunden zu Grunde gelegt. Dieses Verständnis der Bietererklärung der zweitmitbeteiligten Partei sei bei der Auftraggeberin auf Grund der Angabe "drei bis vier Personen" in dieser Bietererklärung entstanden. Die Auftraggeberin habe diesbezüglich ein Aufklärungsverlangen gemäß § 94 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2002 - BVergG unterlassen. Die Geschäftsführerin der Zweitmitbeteiligten habe im Schreiben vom 11. August 2003 gegenüber eine Mitarbeiterin der Auftraggeberin ihre Bietererklärung betreffend die Zeitangaben dahin erörtert, dass es sich bei der Zeit von 7 Stunden und 35 Minuten um jenen Zeitraum handle, den eine Person für die Abarbeitung von 250 Proben benötige.

Wenn in der Ausschreibung nach dem "Zeitaufwand einer Person" gefragt werde und in der entsprechenden Bietererklärung von den "durchschnittlich erforderlichen Personenstunden, bezogen auf eine Person" die Rede sei, wären zumindest Zweifel an der Richtigkeit des Verständnisses der Auftraggeberin indiziert gewesen, den für eine Person angegebenen Zeitaufwand mit drei zu multiplizieren.

Der Zuschlagsentscheidung habe die Auftraggeberin nachstehende Zahlen zu Grunde gelegt:

Bei der "Spezifität" zwei Punkte als bestmöglichen Wert für jeden Bieter; beim Personalzeitaufwand 19 Stunden für den A-Test der Erstmitbeteiligten, 22,5 Stunden für den B-Test der Zweitmitbeteiligten, 8,3 Stunden für den L-Test der

Beschwerdeführerin und 12,4 Stunden für den W-Test der Beschwerdeführerin. Die Gesamttestdauer sei mit 7,5 Stunden für den A-Test, 7,5 Stunden für den B-Test, 6 Stunden für den L-Test und 8,4 Stunden für den W-Test angesetzt worden.

Als Preis je Einzeltest seien für den A-Test EUR 9,68, für den B-Test EUR 9,61, für den L-Test EUR 8,20 und für den W-Test EUR 9,40 angesetzt worden.

Daraus habe sich für die Auftraggeberin folgende Reihung

ergeben:

L-Test

10 Punkte

W-Test

7,34 Punkte

A-Test

7,04 Punkte

B-Test

6,71 Punkte

Hätte die Auftraggeberin ihrer Berechnung beim Angebot der zweitmitbeteiligten Partei einen Personalzeitaufwand von 7 Stunden und 35 Minuten und bei der Spezifität entsprechend einer von der Auftraggeberin selbst vorgelegten Berechnung die von den Bietern angegebenen Werte 99,91 für den L-Test, 100 für den W-Test, 99,966 für den A-Test und 99,99905 für den B-Test zu Grunde gelegt, so wäre das Angebot der Zweitmitbeteiligten (B-Test) als bestes Angebot zu reihen gewesen. Dies auch dann, wenn man die angebotenen Preise je Einzeltest berücksichtigt, obwohl dieser Preis bei der zweitmitbeteiligten Partei - anders als bei den anderen Bietern - auch Gerätekosten enthält.

Die Beschwerdeführerin habe ihrem Angebot betreffend den L-Test zum Nachweis der geforderten 10.000 Feldproben im Routinebetrieb zunächst eine Bestätigung über 5.000 Testungen mit dem L-Test vorgelegt, die allerdings bereits vor der EU-Zulassung dieses Test durchgeführt worden seien. Weiters habe die Beschwerdeführerin eine wissenschaftliche Abhandlung der Universität Bern vorgelegt, die Testungen mit dem L-Test, die von anderen Laboratorien durchgeführt wurden, auswerte. In dieser Studie werde darauf verwiesen, dass die Daten zu ihrer Erstellung vom Testkit-Hersteller zur Verfügung gestellt worden seien. Die Studie setze voraus, dass diese Daten vorurteilsfrei und nicht manipuliert seien. Eigene Vergleichstestungen hätten die Verfasser dieser Studie nicht durchgeführt. Das Ziel dieser Studie sei gewesen, die Erfüllung der Kriterien für die EU-Zulassung für diesen Test darzustellen.

Nach dem - durch Einsichtnahme in Lexika ermittelten - allgemeinen Sprachverständnis handle es sich bei einem "Routinebetrieb" um eine alltägliche Angelegenheit, die sich mit Routine erledigen lasse. Die Aussagen der vernommenen Zeugen hätten nichts Gegenteiliges ergeben. Im Zusammenhang mit TSE-Tests sei unter einem Routinebetrieb ein alltäglicher Testbetrieb zu verstehen, bei dem mit einem zugelassenen Test Organproben auf ihre Infektion getestet würden. Testungen zur Gewinnung von Vergleichsdaten zwischen einem zugelassenen und einem noch nicht zugelassenen Test zum Zweck des Nachweises der Voraussetzungen für die Zulassung stellten keine alltägliche Routineverwendung des noch nicht zugelassenen Tests dar.

Die jeweiligen Zeugenaussagen zum Verständnis des Begriffs "Routinebetrieb" laut Ausschreibung seien derart zu bewerten, dass von den Zeugen darunter tendenziell das verstanden worden sei, was möglichst günstig für den jeweiligen Arbeitgeber sei. Ein vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichendes, in naturwissenschaftlichen Kreisen verfestigtes Begriffsverständnis oder ein vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichendes branchenübliches Begriffsverständnis sei nicht zu Tage getreten.

Aus den dargestellten Gründen habe die Beschwerdeführerin das Kriterium der Vorlage von Laboratoriumsbestätigungen über die Routineverwendung des Tests im Rahmen von mindestens 10.000 Feldproben nicht erbracht.

Der als Zeuge vernommene Fachbereichsleiter der Auftraggeberin, Hofrat S., habe die Ansicht vertreten, dass die Beschwerdeführerin das Mindesterfordernis von 10.000 Feldproben im Routinebetrieb für den L-Test auch durch die

Vorlage von entsprechenden Bestätigungen über Testungen mit dem W-Test habe erbringen können. Diese Auffassung sei nach dem Inhalt der Ausschreibungsunterlagen unhaltbar, werde dort doch von Mindestanforderungen an TSE-Tests und nicht von Mindesterfordernissen für TSE-Test-Lieferanten gesprochen. Das Mindesterfordernis von 10.000 Feldproben im Routinebetrieb sei daher für jeden angebotenen Test gesondert zu erbringen.

Ein objektiv redlicher Leser der Ausschreibungsunterlagen, ausgestattet mit dem Durchschnittswissen von typischen Anbietern, könne aus der Formulierung des Punktes III.3.2. unter Beachtung der systematischen Stellung dieses Punktes nur den Schluss ziehen, dass für jeden angebotenen Test neben der geforderten EU-Zulassung zusätzlich ein Nachweis der Praxisverwendung im Routinebetrieb verlangt werde. Es sei nämlich im Verfahren hervorgekommen, dass als Voraussetzung für die EU-Zulassung eine Vergleichstestung unter Routinebedingungen erforderlich ist. Werde zusätzlich die Anwendung des Tests im Routinebetrieb verlangt, so könne damit nicht die für die Zulassung erforderliche Vergleichstestung gemeint sein.

Eine weitere Rechtswidrigkeit im Sinn des § 174 Abs. 1 Z. 1 BVergG liege deshalb vor, weil die Auftraggeberin das Zuschlagskriterium der Spezifität unrichtig angewendet habe und zusätzlich hinsichtlich des Angebots der Erstmitbeteiligten die Durchführung einer Verbesserung durch Aufforderung zur Abgabe einer eindeutigen Erklärung über die Spezifität des A-Tests unterlassen habe.

Die Auftraggeberin habe (einmal mit der Behauptung vernachlässigbarer Unterschiede hinter der zweiten Kommastelle, ein anderes Mal mit dem Argument, die 100%ige Spezifität der EU-Zulassung wäre heranzuziehen) allen Bietern die Höchstpunktezahl für dieses Zuschlagskriterium zuerkannt. Sie hätte aber die von den Bietern angegebenen - unterschiedlichen - Spezifitätsdaten der Angebotsbewertung zu Grunde legen müssen. Dies deshalb, weil der Zweck der Einführung dieses Zuschlagskriteriums nur gewesen sein kann, bei den angebotenen Tests im Bereich der Messgenauigkeit eine Reihung der Angebote vorzunehmen.

Weiters sei u.a. die Arbeitszeit einer Person für die Abarbeitung von 250 Proben als Zuschlagskriterium festgelegt worden. Die Zweitmitbeteiligte habe in ihrer dazu abgegebenen Bietererklärung zwar von drei bis vier gleichzeitig tätigen Personen gesprochen, andererseits werde in dieser Erklärung aber die Anzahl der durchschnittlich erforderlichen Personenstunden, bezogen auf eine Person, mit 7 Stunden und 35 Minuten genannt. Da diese Bietererklärung von der Auftraggeberin als unklar angesehen worden sei, hätte sie ein diesbezügliches Aufklärungsverlangen zu stellen gehabt. Sie sei nicht berechtigt gewesen, die angegebene Zeit mit drei zu multiplizieren und der Angebotsbewertung einen Personalzeitaufwand von 22,5 Stunden für die Abarbeitung von 250 Proben zu Grunde zu legen. Im Übrigen habe die Geschäftsführerin der Zweitmitbeteiligten gegenüber einer Mitarbeiterin der Auftraggeberin ohnehin mit Schreiben vom 11. August 2003 klar gestellt, dass die Abarbeitungszeit einer Person für 250 Proben 7 Stunden und 35 Minuten betrage. Möge die genannte Mitarbeiterin der Auftraggeberin in der Ausschreibung auch nicht als vertretungsbefugte Ansprechpartnerin aufscheinen, werde doch der Zugang dieses Schreibens per Fax durch die Auftraggeberin nicht bestritten.

Der Beschwerdeführerin sei am Abend des 27. Oktober 2003 ein Schriftsatz (der Auftraggeberin) und ein Protokoll über eine Zeugenvernehmung übermittelt worden. Dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Vertagung der für den darauffolgenden Tag anberaumten Verhandlung sei nicht Folge zu geben gewesen, weil das erst am Vorabend übermittelte Protokoll der Entscheidung ohnehin nicht unmittelbar zu Grunde gelegt worden sei und von den von der Auftraggeberin vorgelegten Bewertungstabellen nur das Übersichtsblatt und eine Berechnungsvariante in der Verhandlung herangezogen worden seien. Von daher sei die rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführerin nicht gehindert gewesen, in der Verhandlung die zur Durchsetzung ihres Standpunkts notwendigen Handlungen zu setzen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufzuheben.

Die belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin erachtet sich (u.a.) im Recht "auf Zuschlagserteilung als von der ausschreibenden öffentlichen Auftraggeberin gesetzlich ermittelte Bestbieterin" verletzt.

Bei einer Zuschlagsentscheidung handelt es sich gemäß § 20 Z. 42 BVergG um eine "nicht verbindliche Absichtserklärung". Doch räumt eine Zuschlagsentscheidung dem in Aussicht genommenen Bieter das Recht ein, dass

eine Zuschlagserteilung rechtens nur mehr an ihn in Betracht kommt (vgl. AB 1118 Blg NR XXI. GP, 26). Die Beschwerdeführerin macht mit dem dargestellten Beschwerdepunkt erkennbar einen Eingriff in dieses ihr auf Grund der mit dem angefochtenen Bescheid für nichtig erklärten Zuschlagsentscheidung zukommendes Recht geltend. Entgegen der Ansicht der belangten Behörde in der Gegenschrift ist daher eine Verletzung des als Beschwerdepunkt geltend gemachten Rechts durch den angefochtenen Bescheid möglich.

Zum weiteren Vorbringen der belangten Behörde in der Gegenschrift, wonach die Beschwerde mangels Rechtsschutzbedürfnisses der Beschwerdeführerin unzulässig sei, weil die gegenständliche Ausschreibung bereits vor Beschwerdeerhebung widerrufen worden sei, wird auf § 175 Abs. 2 BVergG verwiesen, wonach das Bundesvergabeamt im Fall der Aufhebung eines Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof nach Zuschlagserteilung oder Widerruf des Vergabeverfahrens unter Bindung an die Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofes - als Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen - festzustellen hat, ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig war (vgl. dazu auch das hg. Erkenntnis vom 1. März 2004, Zl. 2004/04/0012).

Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, dass die belangte Behörde den für ihre Entscheidung wesentlichen Begriff des "Routinebetriebes" im Zusammenhang mit Analyselabors ohne das erforderliche Sachverständnis nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ausgelegt habe. Zur Klärung des für den hier gegenständlichen Bereich spezifischen Inhalts des Begriffs wäre die Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Fach Laboranalytik erforderlich gewesen. Der Begriff "Routinebetrieb" beziehe sich auf den Ablauf eines Analyseverfahrens im Labor und bilde mit dem Begriff des wissenschaftlichen Betriebes ein Gegensatzpaar. Mit der behördlichen Zulassung des jeweiligen Tests habe das nichts zu tun. Ein Routinebetrieb könne im Labor auch mit einem nicht zugelassenen Test stattfinden. Diese Auslegung des Begriffs sei vom Zeugen Hofrat S. bestätigt worden. Dieser Zeuge sei der einzige in Österreich "einschlägig beeidete" Sachverständige. Entgegen der Ansicht der belangten Behörde habe daher die Befragung von Zeugen sehr wohl einen vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichenden Inhalt des Begriffs "Routinebetrieb" ergeben. Dies ergebe sich nicht nur aus der Aussage des Zeugen Hofrat S., sondern auch aus den Zeugenaussagen von Dr. K. und Dr. U. Die Beweiswürdigung der belangten Behörde, wonach sämtliche Zeugen das ausgesagt hätten, was für ihren jeweiligen Dienstgeber vorteilhaft wäre, sei zwar einfach, entbinde die Behörde aber nicht davon, ein gesetzmäßiges Ermittlungsverfahren durchzuführen. Die Behörde hätte jedenfalls auf Grund der differierenden Zeugenaussagen zum Schluss kommen müssen, dass die Beiziehung eines Sachverständigen unumgänglich sei.

Ebenso habe die belangte Behörde ohne den erforderlichen Sachverstand nicht beurteilen können, dass die Spezifitätsbewertung bzw. die Berechnung der Arbeitzeit durch die Auftraggeberin unrichtig sei. Die von der belangten Behörde vertretene Auffassung, dass für die Beurteilung der Spezifität nur die Angaben der Bieter heranzuziehen seien, widerspreche § 91 Abs. 1 BVergG, wonach Angebote vom Auftraggeber jedenfalls in technischer Hinsicht zu prüfen seien. Die Vorgabe der Ausschreibungsunterlagen, wonach der Nachweis der Spezifität durch Bietererklärungen zu erbringen sei, könne nicht zu einer Unanwendbarkeit von § 91 Abs. 1 BVergG führen. Die Bietererklärungen seien vielmehr auf ihre Plausibilität und technische Nachvollziehbarkeit zu prüfen, wie dies die belangte Behörde getan habe, die zur Gewährleistung von Gleichbehandlung und Transparenz die für jeden Test 100 % betragende Zahl der EU-Zulassung herangezogen habe. Diese Ausführungen würden analog auch für die Bewertung der Abarbeitungszeit durch die Auftraggeberin und deren Beurteilung durch die belangte Behörde gelten.

Auch hätte die belangte Behörde für die Beurteilung der Ergebnisrelevanz der angenommenen Rechtswidrigkeiten einen Sachverständigen beizuziehen gehabt. Die belangte Behörde habe nämlich rein hypothetische Spezifitäts- und Abarbeitungswerte angenommen und sei auf Grund dieser hypothetischen Werte zur Ansicht gelangt, dass es bei rechtmäßiger Vorgangsweise zu einem Bietersturz gekommen wäre. Die Auftraggeberin hätte durch einen Sachverständigen zu klären gehabt, welche von den Bietern angegebenen Spezifitätszahlen überhaupt so realistisch seien, dass sie einer Bestbieterermittlung zu Grunde gelegt werden könnten.

Ein Verfahrensmangel liege darin, dass der Beschwerdeführerin für die Verhandlung vom 28. Oktober 2003, 09.30 Uhr, keine ausreichende Vorbereitungszeit zur Verfügung gestanden sei. Am Vorabend um 18.30 Uhr sei in der Kanzlei des Beschwerdevertreters ein 39-seitiges Telefax eingelangt, welches ein Protokoll über die Aussage des Zeugen Hofrat S. sowie ein Konvolut von Berechnungen der Auftraggeberin enthalten habe. Der angefochtene Bescheid beruhe auf den hypothetischen Berechnungen der Auftraggeberin, die der Beschwerdeführerin erst am 27. Oktober 2003 am Abend zur Kenntnis gebracht worden seien. Hätte die Beschwerdeführerin genügend Vorbereitungszeit zur Verfügung

gehabt, so hätte sie im Rahmen der Befragung des Zeugen Hofrat S. die hypothetischen Berechnungen der Auftraggeberin über die Ergebnisrelevanz der angenommenen Rechtswidrigkeiten entkräften können.

Dem Beschwerdevorbringen ist Folgendes entgegen zu halten:

Die angebotenen Testsysteme müssen nach den Ausschreibungsunterlagen "in mindestens zwei Mitgliedsstaaten der EU im Routinebetrieb mit mindestens insgesamt 10.000 Feldproben in Nicht-Testkit-Herstellerlabors eingesetzt worden sein", wobei diese Voraussetzung durch Bestätigung von Laboratorien nachzuweisen ist. Die Beschwerdeführerin hat ihrem den L-Test betreffenden Angebot zum Nachweis dieser Voraussetzung eine Laborbestätigung über 5.000 Testungen, welche allerdings vor dem Zeitpunkt der EU-Zulassung dieses Tests durchgeführt wurden, vorgelegt. Zum Nachweis der weiteren 5.000 Feldproben hat sie unstrittig eine schriftliche Abhandlung der Universität Bern vorgelegt, die nicht die Durchführung von Tests bestätigt, sondern die Ergebnisse von in anderen Laboratorien durchgeführten Tests wissenschaftlich beurteilt. Dabei wird die Richtigkeit dieser Testergebnisse nicht überprüft, sondern vorausgesetzt. Bei den beschriebenen Tests handelt es sich um Vergleichstestungen des im Testzeitpunkt noch nicht zugelassenen L-Tests mit einem bereits zugelassenen Test. Ziel der im Auftrag des Herstellers des L-Tests durchgeführten Studie der Universität Bern war es darzustellen, dass der L-Test die Voraussetzungen für eine EU-Zulassung erfüllt.

Damit hat die Beschwerdeführerin den in der Ausschreibung geforderten Nachweis über den Einsatz des L-Tests in 10.000 Feldproben im Routinebetrieb nicht erbracht. Nach den Ausschreibungsunterlagen ist der diesbezügliche Nachweis durch Bestätigungen von Laboratorien zu erbringen. Bei der Ausarbeitung der Universität Bern handle es sich jedoch - wie dargestellt - nicht um eine Bestätigung eines Labors über die Durchführung von Tests. Überdies kann auch die Ansicht der belangten Behörde, dass es sich bei der gleichzeitigen Testung von Gewebeproben mit einem noch nicht zugelassenen Test und einem zugelassenen Test zum Zweck der Erstellung einer Vergleichsstudie zur Erlangung der EU-weiten Zulassung nicht um eine Verwendung des noch nicht zugelassenen Tests im "Routinebetrieb" im Sinn der Ausschreibung handle, nicht als rechtswidrig erkannt werden. Dies ergibt sich - wie die belangte Behörde richtig erkannt hat - zunächst schon daraus, dass es sich bei der Verwendung des angebotenen Tests im Routinebetrieb um ein von der Ausschreibung zusätzlich zur EU-weiten Zulassung gefordertes Kriterium handelt. Überdies spricht auch die Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen, wonach zum Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters u.a. eine Liste über die Lieferung der angebotsgegenständlichen Erzeugnisse in den letzten drei Jahren mit Angabe des Rechnungswertes vorzulegen ist, dafür, dass das anzubietende Testsystem bereits außerhalb von - im Auftrag des Erzeugers durchgeführten - Vergleichstestungen im Rahmen des EU-Zulassungsverfahrens von Kunden verwendet worden sein muss.

Mit ihrem Vorbringen, nach der Aussage der Zeugen Hofrat Dr. S., Dr. K. und Dr. U. sei der Begriff "Routinebetrieb" nicht im Sinn der belangten Behörde zu verstehen, gelingt es der Beschwerdeführerin nicht, die diesbezügliche Beweiswürdigung der belangten Behörde, die Zeugen hätten in diesen Punkten jeweils das für ihren Dienstgeber Günstige ausgesagt, ein vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichendes Verständnis dieses Begriffs könne nicht festgestellt werden, als unschlüssig darzustellen. Im Übrigen ergibt sich aus den Aussagen des Zeugen Hofrat Dr. S. - der von der Beschwerdeführerin als einziger "einschlägig beeideter" Sachverständiger in Österreich genannt wird - bei den Vernehmungen vom 8. Oktober 2003 und 27. Oktober 2003 jeweils deutlich, dass dessen - damaliger - Meinung nach ein erst neu zugelassener Test das Kriterium der Verwendung im Routinebetrieb nicht erfüllen könne. Dieser Zeuge führte nämlich aus, dass sich das Kriterium der Durchführung von 10.000 Feldproben im Routinebetrieb seiner Meinung nach nicht auf den jeweils angebotenen Test beziehe, sondern auch durch Tests mit anderen Produkten desselben Bieters erfüllt werden könne, weil sonst ein erst neu zugelassener Test dieses Kriterium nicht erfüllen könne. In diesem Zusammenhang sei ausgeführt, dass die - nicht bekämpfte -

Ansicht der belangten Behörde, das Kriterium der Durchführung von mindestens 10.000 Tests im Routinebetrieb müsse nach dem Inhalt der Ausschreibungsunterlagen für jeden angebotenen Test erfüllt werden, unbedenklich ist.

Da somit der Inhalt des Begriffs "Routinebetrieb" durch Auslegung der Ausschreibungsbestimmungen ermittelt werden konnte und die Zeugenvernehmungen kein anderes Ergebnis gebracht haben, war die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Ermittlung dieses Begriffsinhalts entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht erforderlich. Hinzugefügt sei, dass die Beschwerdeführerin gar nicht vorbringt, zu diesem konkreten Thema die Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragt zu haben.

Da das Angebot der Beschwerdeführerin betreffend den L-Test somit die Ausschreibungsbestimmung des Nachweises von 10.000 Verwendungen des angebotenen Tests im Routinebetrieb nicht erfüllt, wäre es gemäß § 98 Z. 8 BVergG auszuscheiden gewesen. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten dieses Angebots widerspricht daher dem BVergG und ist - selbst wenn ein anderes Angebot desselben Bieters zum Zug hätte kommen müssen - für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Die Voraussetzungen für die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 174 Abs. 1 BVergG liegen daher vor.

Die gemäß § 163 Abs. 1 BVergG geforderte Voraussetzung des bereits entstandenen oder drohenden Schadens für den Antragsteller ist jedenfalls für die Zweitmitbeteiligte (diese wird im Folgenden als Mitbeteiligte bezeichnet) aus nachfolgenden Gründen gegeben:

Nach den Ausschreibungsunterlagen hat der Bieter eine Erklärung abzugeben, aus der u.a. "die durchschnittlich erforderlichen Personenstunden einer durchschnittlich ausgebildeten Laborfachkraft für die Abarbeitung von 250 Proben vom Einwiegen des Ausgangsmaterials bis inklusive zum Ablesen des Testergebnisses (aktive Testdauer) in Stunden und Minuten (inklusive zeitlicher Aufwand für Vorbreitungsarbeiten)" hervorgehen.

Die Mitbeteiligte hat dazu folgende - dem Protokoll über eine Zeugenvernehmung vom 27. Oktober 2003 (OZ 167a des Verwaltungsaktes) angeschlossene - Erklärung abgegeben:

"a) Testdauer und Arbeitsaufwand

Die angegebenen Zeiten errechnen sich aus der Addition der Personenstunden aller beteiligten Personen bei guter Labororganisation, hiebei werden für die Abarbeitung von 250 gleichzeitig eintreffenden Proben ca. 3 bis 4 Personen gleichzeitig beschäftigt.

Für eine zusätzliche Beurteilung des tatsächlichen Personalaufwandes verweisen wir auf die Schemata zur Abarbeitung einer vollen Platte/90 Proben im Anhang zu dieser Bietererklärung.

Die durchschnittlichen, erforderlichen Personenstunden für die Abarbeitung von 250 Proben vom Einwiegen des Probematerials bis zum Ablesen der Ergebnisse betragen, bezogen auf 1 Person:

Rein manuelle Durchführung:

...

Total für 250 Proben

7 h 35 min

Halbautomatische Durchführung mittels NSP-Pipettierroboter:

...

Total für 250 Proben

6 h 55 min

"

Die Mitbeteiligte hat somit zunächst klargestellt, dass für die Abarbeitung von 250 gleichzeitig eintreffenden Proben nicht nur eine Person, sondern drei bis vier Personen benötigt werden, sich die angegebenen Zeiten jedoch durch Addition der Arbeitszeiten dieser Personen ergeben. Schon damit hat sie deutlich gemacht, dass es sich bei den angegebenen Zeiten um die für die Abarbeitung von 250 Proben insgesamt erforderlichen Personenstunden handelt. Dies hat sie dann noch einmal verdeutlicht, indem sie ausgeführt hat, dass es sich bei den angegebenen Zeiten von 7 Stunden 35 Minuten für die manuelle und 6 Stunden 55 Minuten für die halbautomatische Abarbeitung um die durchschnittlich erforderlichen Personenstunden für die Abarbeitung von 250 Proben "bezogen auf 1 Person", also bei - fiktiver - Tätigkeit nur einer Person, handelt. Damit hat die Mitbeteiligte zweifelsfrei erklärt, dass eine durchschnittlich ausgebildete Laborfachkraft für die Abarbeitung von 250 Proben 7 Stunden und 35 Minuten bzw. bei halbautomatischer Durchführung 6 Stunden und 55 Minuten benötigt. Die Ansicht der belangten Behörde, die auf diese Bietererklärung gestützte Zugrundelegung eines Personalzeitaufwandes von 22,5 Stunden durch die Auftraggeberin sei rechtswidrig, ist daher unbedenklich.

Nach den Angebotsunterlagen stellt die Spezifität eines der Zuschlagskriterien dar, wobei die Spezifität des angebotenen Tests durch Vorlage einer Bietererklärung nachzuweisen ist.

Die Mitbeteiligte hat für ihren Test unstrittig eine Spezifität von 99,99905 % angegeben. Ebenso unstrittig haben die übrigen Bieter jeweils andere Spezifitätszahlen für ihre Produkte genannt. Den Umstand, dass die Auftraggeberin entgegen diesen Bietererklärungen jedem Test - entsprechend des für alle Produkte gleichen Wertes laut EU-Zulassung - eine Spezifität von 100 % zuordnete und damit im Ergebnis dieses Zuschlagskriterium nachträglich eliminierte, wertete die belangte Behörde zu Recht als Vergaberechtswidrigkeit.

Dem Beschwerdeeinwand, die Vorgangsweise der Auftraggeberin sei unbedenklich, weil sie verpflichtet gewesen sei, die Bietererklärungen einer technischen Prüfung zu unterziehen, ist entgegenzuhalten, dass die Berücksichtigung einer Spezifität von 100 % für jedes Angebot - und damit höherer Werte als in den Bietererklärungen enthalten - nicht auf Grund einer technischen Überprüfung der angegebenen Werte erfolgte.

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht konkret, dass bei Zugrundelegung der von der Mitbeteiligten angegebenen Abarbeitungszeit für 250 Proben durch eine Person und Heranziehung der Spezifitätszahlen laut den Bietererklärungen das Angebot der Mitbeteiligten - auch unter Zugrundelegung des angebotenen Preises, der auch Gerätekosten beinhaltet - an erster Stelle zu reihen gewesen wäre. Soweit sie ausführt, die diesbezüglichen Bieterangaben hätten von der belangten Behörde auf ihre Plausibilität geprüft werden müssen, ist ihr zunächst zu entgegnen, dass die Auftraggeberin diese Angaben nicht als unplausibel gewertet hat, sondern bei der Spezifität sogar einen höheren Wert angenommen und bei der Abarbeitungszeit die Bietererklärung unrichtig interpretiert hat. Jedenfalls in einer derartigen Konstellation kann von der Nachprüfungsbehörde nicht verlangt werden, im Rahmen der Prüfung der Antragsvoraussetzung eines dem Antragsteller drohenden Schadens, derartige Ermittlungen - durch Beiziehung von Sachverständigen - durchzuführen.

Soweit die Beschwerdeführerin rügt, keine ausreichende Vorbereitungszeit für die Verhandlung vom 28. Oktober 2003 eingeräumt erhalten zu haben, tut sie die Relevanz dieses geltend gemachten Verfahrensmangels nicht dar. Sie führt zwar aus, dass sie bei ausreichender Vorbereitungszeit durch entsprechende Fragestellung an den Zeugen Hofrat Dr. S. die Berechnungen der Auftraggeberin betreffend die Ergebnisrelevanz der Rechtswidrigkeiten entkräften hätte können, bringt jedoch nicht vor, aus welchen Gründen diese Berechnungen falsch seien.

Aus den dargestellten Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Spruch über den Aufwandersatz gründet auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 1. März 2005

Schlagworte

Individuelle Normen und Parteienrechte Rechtsanspruch Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2 Sachverständiger Entfall der Beiziehung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2005:2003040199.X00

Im RIS seit

29.03.2005

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, http://www.vwgh.gv.at

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at