

TE Lvwg Erkenntnis 2020/10/12 VGW-123/072/11232/2020

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.10.2020

Entscheidungsdatum

12.10.2020

Index

97 Öffentliches Auftragswesen
L72009 Beschaffung Vergabe Wien
40/01 Verwaltungsverfahren

Norm

BVergG 2018 §2 Z15 lita sublitaa
BVergG 2018 §299 Abs2
WVRG 2020 §18 Abs1
AVG §17

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Maga Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.in Lettner und den Richter Dr. Ooppel über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte OG, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "B." der Wiener Linien GmbH & Co KG, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH,

zu Recht e r k a n n t:

- I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 31.8.2020 wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Die Wiener Linien GmbH & Co KG (in der Folge: Antragsgegnerin) ist Sektorenauftraggeberin. Sie führt ein offenes Verfahren (Lieferauftrag im Oberschwellenbereich) zum Abschluss eines Rahmenvertrages betreffend die Lieferung von B. ... in der Materialausführung gemäß EN D. E.. Nach den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage soll der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden.

Die A. GmbH (in der Folge: Antragstellerin) hat vor Ende der Angebotsfrist ein Angebot gelegt. Mit Schreiben vom 31.8.2020, der Antragstellerin zugestellt am selben Tag, hat die Auftraggeberin der Antragstellerin mitgeteilt, dass das

Angebot der Antragstellerin an vierter Stelle gereiht und dass für die Durchführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung die C. GmbH (in der Folge: Teilnahmeberechtigte) vorgesehen sei. Der Gesamtpreis des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin abgegebenen Angebotes wurde mit ***.***,- Euro angegeben. Weiters wurde mitgeteilt, dass die Stillhaltefrist laut § 306 BVerfG 2018 am 10.9.2020 ende.

Diese Ausscheidensentscheidung hat die Antragstellerin angefochten. Sie führt in ihrem Nachprüfungsantrag aus, dass wesentliche Anforderung an die zu liefernden B. sei, dass diese aus einem Material gefertigt sind, das zumindest der Norm EN D., konkret der Brandschutzgüte E., entspricht. Die Antragstellerin sei weltweit die einzige Anbieterin derartiger Teile, die diese Anforderung ... durch patentgeschützte Innovationen erfüllen könnten. Die ihrem Angebot vorgereichten Angebote seien daher auszuschneiden, da sie diese Anforderung nicht erfüllen könnten. Allfällige Zertifikate anderer Bieter seien entweder nicht von dazu berechtigten Stellen ausgestellt oder die Prüfungen seien nicht nach der EN D. erfolgt.

Weiters sei davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin ein Produkt beschaffen wolle, das dem höheren Stand der Technik entspreche. Die Antragstellerin könne als einzige ein Produkt anbieten, das nicht nur die Brandschutzgüte E., sondern F. aufweise. Aus diesem Grund beliefere die Antragstellerin die Antragsgegnerin bereits seit Jahren mit Produkten in dieser Qualität. Der Zuschlag wäre daher dem Angebot der Antragstellerin zu erteilen gewesen.

In der Folge stellt die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr drohenden bzw. den bereits eingetretenen Schaden durch die angefochtene Entscheidung der Antragsgegnerin nachvollziehbar dar. Sie führte weiters aus, in welchen Rechten sie sich durch die angefochtene Entscheidung als verletzt erachtet.

Der Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren korrekt entrichtet.

Die Antragstellerin führt weiters aus, dass die EN D., ... festlege. Diese Norm sei gegenständlich anwendbar. Die Antragsgegnerin habe in der Ausschreibung die Anforderungen wie folgt definiert: „Material gemäß EN D. E.“.

Zur Erreichung von E. müssten die folgenden Prüfparameter/Werte erfüllt werden: Die einzelnen Prüfverfahren würden in der EN D. und in deren Tabelle ... näher beschrieben. Laut der o.a. Norm müssten für alle Brandschutzmaßnahmen Konformitätserklärungen vorgelegt werden, die insbesondere die Bestätigung von und/oder die Ergebnisse aus Prüfberichten zum Brandverhalten von Materialien und/oder Komponenten gemäß EN D. enthalten müssten. Alle Prüfungen, die nach EN D. erforderlich seien, müssten durch Prüflabore durchgeführt werden, die für diese Prüfungen nach EN G. akkreditiert sind. Die geprüften Produkte müssten dem realen Einsatz (originale Dicke und Dichte) entsprechen. Es müsse daher im Rahmen eines Brandschutztests genau das Material geprüft werden, das schlussendlich für die ausgeschriebenen Komponenten verwendet wird. Dies müsse im Prüfzertifikat nachvollziehbar dargestellt sein.

Die Antragstellerin sei die einzige Herstellerin von Komponenten, deren Produkte den genannten Anforderungen der EN D. gerecht würden. Sie sei Inhaberin diesbezüglicher Patente. Diese Technologie begründe daher den heute verfügbaren Stand der Technik, wogegen die in der EN D. genannten Kriterien nur die niedrigeren allgemein anerkannten Regeln der Technik determinierten, die nicht Stand der Technik seien. Auch die Auftraggeberin beziehe seit Jahren Teile in dieser höheren Qualität von der Antragstellerin. Darauf habe die Antragstellerin die Auftraggeberin auch hingewiesen.

Die Antragstellerin sei regelmäßig damit konfrontiert, dass auch Mitbewerber behaupteten, dass ihre Produkte der Norm EN D. entsprechen. Ohne die Patente der Antragstellerin zu verletzen, sei dies jedoch nicht möglich. Die Antragstellerin habe aufgrund dessen auch in sämtlichen bisherigen Verfahren, in denen sie sich gegen derartige Behauptungen zu Wehr gesetzt habe, Recht bekommen. In keinem dieser Verfahren habe es der Mitbewerber geschafft, nachzuweisen, dass seine Produkte tatsächlich der Norm EN D. entsprechen. In der Folge stellt die Antragstellerin mehrere derartige Verfahren dar.

Die Antragstellerin gehe aufgrund ihrer Branchenkenntnis davon aus, dass die erst- bis drittgerihten Bieter Brandschutzzertifikate vorgelegt hätten, die nicht zu belegen vermögen, dass die angebotenen B. tatsächlich zumindest die Anforderung E. der EN D. erfüllen könnten. Es sei insbesondere davon auszugehen, dass die vorgelegten Zertifikate von nicht akkreditierten Prüfanstalten stammten, die Prüfung nicht nach den strengen Prüfanforderungen

der EN D. durchgeführt und dokumentiert worden sei, oder dass andere Mängel vorlägen, die dazu führten, dass die angebotenen Komponenten gerade nicht der Norm EN D. und insbesondere der Brandschutzqualität E. entsprächen. Es sei daher nicht möglich, dass die erst- bis drittgerihten Bieter ausschreibungskonform angeboten hätten.

Gemäß § 302 Abs. 1 BVergG 2018 habe der Sektorenauftraggeber Angebote von Bietern auszuschneiden, deren Eignung nicht gegeben sei; ebenso seien Angebote auszuschneiden, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprächen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben werden könnten. Aus den oben dargestellten Gründen hätten die Angebote der erst- bis drittgerihten Bieter ausgeschieden werden müssen.

Wenn ein Bieter die geforderte Qualität tatsächlich anbiete, so könne dies nur unter Verletzung der von der Antragstellerin innegehabten Patente erfolgt sein, womit das betreffende Angebot den österreichischen Gesetzen widersprechen würde.

Während die o.a. Norm die Regeln der Technik zum geforderten Produkt beinhalte, gehe aus der Ausschreibung hervor, dass die Antragsgegnerin ein Produkt entsprechend dem Stand der Technik beschaffen wolle, was einen höheren Standard bedeute. Dazu sei sie auch gemäß § 9b iVm § 32 und § 93 Eisenbahngesetz verpflichtet. Diese Qualität könne von den Mitbietern noch weniger angeboten werden als die normkonforme.

Es werde daher die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 31.8.2020, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien, die Erteilung von Akteneinsicht und der Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren beantragt.

Weiters möge eine Einstweilige Verfügung erlassen werden, wonach der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen, und der Antragstellerin ein Ersatz der für diesen Antrag entrichteten Pauschalgebühren zugesprochen wird.

Die beantragte Einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 14.9.2020, Zahl VGW-124/072/11233/2020, erlassen.

Die Antragsgegnerin hat den Vergabeakt übermittelt und mit Schriftsatz vom 17.9.2020 ausgeführt, dass Ausschreibungsgegenstand im vorliegenden Vergabeverfahren B. sei. Aufgrund der Beschaffenheit ... sollten diese B. laut Ausschreibung einen gewissen Brandschutz aufweisen. Entsprechende Anforderungen seien im Zusammenhang mit der Eignung der Bieter und den Anforderungen an die zu liefernden Produkte in die Ausschreibung aufgenommen worden.

Hinsichtlich der Eignung der Bieter sei in Punkt 1.2.3 ... Teil 1 festgelegt worden:

„1 Referenz über die Lieferung von Teilen im Werte von mindestens 100.000,- EUR (exkl. USt.) inklusive dem zugehörigen Brandschutzzertifikat nach EN D. innerhalb von 36 Monaten.

Referenzen werden nur gewertet, wenn die Auftragserteilung nicht länger als 60 Monate zurückliegt, Stichtag ist das Datum des Ablaufes der Angebotsfrist.

Oder

3 Referenzen über die Lieferung von Teilen im Werte von mindestens 50.000,- EUR (exkl. USt.) inklusive dem zugehörigen Brandschutzzertifikat nach EN D. innerhalb von 24 Monaten.

Referenzen werden nur gewertet, wenn die Auftragserteilung nicht länger als 60 Monate zurückliegt, Stichtag ist das Datum des Ablaufes der Angebotsfrist.“

Die Referenzen seien nicht auf B. eingeschränkt worden, sondern dürften sich auf Teile beziehen, wobei lediglich ein Zertifikat nach EN D. gefordert gewesen sei; es sei kein Zertifikat über die Erfüllung eines bestimmten Anforderungssatzes laut dieser Norm gefordert gewesen.

Im Leistungsverzeichnis sei folgende Anforderung für die B. festgelegt worden:

„B. ... Material gemäß EN D. E.“.

Es sei somit lediglich gefordert gewesen, dass das Material der B. der EN D. E. entsprechen muss. Darüber hinaus gehende oder abweichende Regelungen etwa dahingehend, dass die B. dem Anforderungssatz F. entsprechend müssten oder zum Nachweis des Anforderungssatzes ein Zertifikat vorzulegen wäre, seien in der Ausschreibung nicht enthalten.

Die Norm EN D. lege für bestimmte Bauteile bestimmte Anforderungen hinsichtlich des Brandverhaltens fest Die Norm umfasse insgesamt 26 Anforderungssätze (...). Jeder Anforderungssatz bestehe aus einer Mehrzahl von technischen Parametern und korrespondierenden Grenzwerten, wobei diese Grenzwerte jeweils von der Gefährdungsstufe (...) abhängen. Umso höher die Gefährdungsstufe, umso strenger seien auch die Grenzwerte.

Das Vorbringen der Antragstellerin, nur sie sei in der Lage, die ausgeschriebenen B. zu liefern, ignoriere den bestandsfesten Inhalt der Ausschreibung. Als Eignungskriterium sei in der Ausschreibung lediglich gefordert gewesen, dass der Bieter die dort festgelegten Referenzen betreffend die Lieferung von Teilen nachweisen kann. Nur hinsichtlich dieser Referenzen sei auch ein Brandschutzzertifikat nach EN D. vorzulegen gewesen. Es sei hinsichtlich dieser Referenzen weder gefordert, dass es sich bei diesen Teilen um B. handelt, noch ein bestimmter Anforderungssatz (zB E.) laut EN D..

Die Teilnahmberechtigte habe eine entsprechende Referenz geliefert.

Die Antragstellerin beanstande weiters, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht in der Lage sein könne, hinsichtlich der angebotenen B. ein normgemäßes Zertifikat vorzulegen, wonach deren Material den Anforderungssatz nach EN D. E. erfülle.

Die Ausführungen der Antragstellerin dazu, wie diese Prüfung zu erfolgen habe, träfen nicht zu. Sie stünden sogar im Widerspruch zum eigenen Angebot der Antragstellerin. Vielmehr sei hinsichtlich des von der Antragstellerin angebotenen Produktes kein Prüfkörper entnommen worden, sondern es seien von der Antragstellerin extra Prüfkörper hergestellt worden, die nicht Teil des bzw. ident mit dem angebotenen Produkt seien. Diese seien sodann von der Prüfstelle geprüft worden. Dass diese Prüfkörper von dem angebotenen Produkt stammten bzw. die Materialien übereinstimmten, sei von der Prüfstelle nicht festgestellt worden; diesbezüglich gebe es lediglich Aussagen der Antragstellerin in Anlage 1 des Prüfberichtes.

Die von der Antragstellerin geschilderten Anforderungen an das anzubietende Produkt stünden nicht im Einklang mit der Ausschreibung, sondern gingen weit darüber hinaus. Gefordert seien folgende Anforderungen:

...

Dass die Einhaltung dieser Anforderungen durch ein Zertifikat mit den von der Antragstellerin geschilderten Eigenschaften nachgewiesen werden müsste, sei in der Ausschreibung nicht festgelegt. Trotzdem hätte die Teilnahmberechtigte mittels eines Zertifikates nachgewiesen, dass das von ihr angebotene Produkt die geforderten Voraussetzungen erfülle.

Auch sei, entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin, nicht auf einen über die in der Ausschreibung geforderten Parameter hinausgehenden Stand der Technik abzustellen, zumal in den Ausschreibungsunterlagen in Punkt 8 der ... Teil 2 „e-Angebot“ festgelegt sei, in welcher Reihenfolge die Vertragsbestandteile zu reihen seien. Das Leistungsverzeichnis sei bereits an dritter Stelle, sohin vorrangig etwa gegenüber den Allgemeinen Vertragsbestimmungen gereiht.

In § 9b EibG sei der Stand der Technik folgendermaßen definiert:

„Der Stand der Technik im Sinne dieses Bundesgesetzes ist der auf den einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhende Entwicklungsstand fortschrittlicher technologischer Verfahren, Einrichtungen, Bau- und Betriebsweisen, deren Funktionstüchtigkeit erwiesen und erprobt ist. Bei der Bestimmung des Standes der Technik sind insbesondere vergleichbare Verfahren, Einrichtungen, Bau- oder Betriebsweisen heranzuziehen und die Verhältnismäßigkeit zwischen dem Aufwand für die nach der vorgesehenen Betriebsform erforderlichen technischen Maßnahmen und dem dadurch bewirkten Nutzen für die jeweils zu schützenden Interessen zu berücksichtigen.“

Bei der Bestimmung des Standes der Technik sei somit auf wissenschaftliche Erkenntnisse und nicht nur auf den Entwicklungsstand eines Unternehmens abzustellen. Weiters sei auch die Verhältnismäßigkeit zwischen Aufwand und Nutzen zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang sei festzuhalten, dass die Produkte der Antragstellerin um ein Vielfaches teurer angeboten würden, als vergleichbare Produkte, und damit die o.a. Anforderung an den Aufwand nicht erfüllten.

Schließlich ergebe sich aus den von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen gerade nicht, dass ihr Produkt die Brandschutzklasse F. erfülle. Es werde lediglich die Erfüllung der Brandschutzstufe E. der Gefährdungsstufe ...

bestätigt. Die von der Antragstellerin für ihr Produkt nachgewiesenen Werte seien zum Teil sogar schlechter, als die von der Teilnahmeberechtigten nachgewiesenen Werte.

Abschließend sei nochmals darauf hingewiesen, dass die Ausschreibung ohnedies nur den Anforderungssatz E. fordere.

Die Teilnahmeberechtigte gab mit Schriftsatz vom 16.9.2020 eine als „Begründete Einwendungen“ bezeichnete Stellungnahme ab, in der sie zunächst den Ablauf des Vergabeverfahrens und die relevanten Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen (Technische Leistungsfähigkeit, Referenzen) darstellt.

Für die Ausschreibung sei vor allem die EN D. relevant, in der die Brandschutzanforderungen ... festgelegt seien. Bei den gegenständlich zu liefernden B. handle es sich um Komponenten, die laut der Ausschreibung die Qualifikation E. der Gefährdungsstufe ... aufweisen müssten.

Die Antragstellerin habe behauptet, dass alle vor ihrem Angebot gereichten Gebote auszuschneiden seien, da diese die ausschreibungsgemäßen Anforderungen nicht erfüllen könnten. Dies habe die Antragstellerin in keiner Weise untermauert.

Die Teilnahmeberechtigte habe jedoch ihre Eignung, insbesondere das Vorliegen der geforderten Referenzen, nachgewiesen. Sie habe auch eine Klassifizierung einer akkreditierten Zertifizierungsstelle vorgelegt.

Auch die Behauptung der Antragstellerin, kein vor ihr gereichter Bieter könne ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt haben, sollte dies doch der Fall sein, so wären Patentrechte der Antragstellerin verletzt worden, treffe nicht zu. Die Teilnahmeberechtigte habe ein Produkt angeboten, das alle in der Ausschreibung geforderten Voraussetzungen erfülle. Es treffe auch nicht zu, dass aus diversen gesetzlichen Vorschriften abgeleitet ein gegenüber den Ausschreibungsunterlagen höher qualifizierter Stand der Technik anzubieten gewesen sei. Die Festlegungen in der Ausschreibung seien bestandsfest.

Beantragt werde daher, die Anträge der Antragstellerin zurück- bzw. abzuweisen sowie die Aktenteile des Vergabeaktes, die vertrauliche Informationen enthielten, von der Akteneinsicht durch die Antragstellerin auszunehmen.

Mit Schriftsatz vom 1.10.2020 hat die Antragstellerin eine ergänzende Stellungnahme abgegeben und Akteneinsicht in die vorgelegten Brandschutzzertifikate/Versuchsberichte (allenfalls ohne technische Zeichnungen), die bestätigen sollen, dass sowohl die Referenzprodukte als auch die angebotenen B. der EN D. entsprechen, sowie in die Formblätter Referenzprojekte (allenfalls mit geschwärzten Kundennamen), sowohl hinsichtlich der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch der zweit- und drittgereichten Bieterinnen begehrt.

Sie hat weiters zu den Ausführungen der Auftraggeberin, für das Brandschutzzertifikat für das Referenzprodukt sei kein bestimmter Anforderungssatz festgelegt worden, vorgebracht, dass die Bezugnahme auf die EN D. bei der Forderung eines Brandschutzzertifikates bedeute, dass dieses der EN D. entsprechen müsse. Es müsse daher der in der Norm für die jeweilige Komponentengruppe festgelegte Anforderungssatz erfüllt sein. Aus der Tabelle ... der EN D. gehe hervor, dass ...komponenten (...) zwingend die Anforderung E. erfüllen müssten. Aus der Argumentation der Auftraggeberin sei zu schließen, dass die Teilnahmeberechtigte ein Referenzprodukt geltend gemacht habe, dass die Anforderung E. nicht erfülle.

Weiters müsse das Zertifikat und das Referenzprodukt zugehörig sein, das bedeute, dass ein zweifelsfreier Konnex zwischen den Produkten bestehen müsse. Es werde bestritten, dass dies für alle drei vorgereichten Angebote zutreffe.

Nach Ansicht der Antragstellerin sei es auch nur sinnvoll, wenn die Referenz ebenso, wie das zu beschaffende Produkt, die Anforderung E. erfüllen müsse, damit die technische Leistungsfähigkeit des jeweiligen Bieters für die konkrete Auftragserfüllung nachgewiesen sei.

Bestritten werde weiters, dass das vorgelegte Zertifikat die Vorgaben der Norm hinsichtlich der Prüfung nach E. erfülle sowie, dass es von einer zur Zertifizierung akkreditierten Prüfanstalt nach EN D. stamme. Auch reiche die Vorlage einer Klassifizierung nicht aus, da diese ohne Prüfbericht unvollständig sei und nicht der Norm entspreche.

Zum angebotenen Produkt brachte die Antragstellerin zusammengefasst ergänzend vor, dass auch für das angebotene Produkt ein Zertifikat/Prüfbericht vorzulegen sei, da der Verweis in der Ausschreibung auf die EN D. auch die in der Norm enthaltenen Verfahrens- und Formvorschriften zum Teil der Ausschreibung machten. Die Auftraggeberin müsse

das angebotene Produkt auf die Einhaltung der geforderten Eigenschaften bzw. technischen Spezifikationen prüfen können und dafür die erforderlichen Belege zur Hand haben. Andernfalls wäre eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gegeben. Die Antragstellerin habe diesen Vorgaben entsprechende Nachweise vorgelegt; die Prüfung ihres Produktes sei gemäß EN D. erfolgt. Die Endanwendungseignung des von der Antragstellerin angebotenen Produktes ergebe sich schon daraus, dass es schon bisher vielfach erfolgreich an die Auftraggeberin geliefert worden sei.

In der Folge stellte die Antragstellerin ihre Rechtsansicht, wonach das angebotene Produkt die Anforderung laut dem Stand der Technik erfüllen müsse, die höher sei, als die ausdrücklich in der Ausschreibung geforderte E., nochmals dar.

Das geforderte Brandschutzzertifikat zum Referenzprodukt und zum angebotenen Produkt müsse laut EN D. ... von einer gemäß G. akkreditierten Prüfstelle erstellt sein. Die Antragstellerin habe ein Zertifikat ... vorgelegt, das durch die österreichische Akkreditierungsstelle gemäß G. akkreditiert sei.

Sollte ein anderer Bieter ein ausländisches Zertifikat vorgelegt haben, das kein gesetzliches Akkreditierungszeichen verwende, wäre eine entsprechende Bestätigung der österreichischen Akkreditierungsbehörde vorzulegen, ansonsten der nötige Nachweis nicht erbracht sei.

In der Folge legte die Antragstellerin den erforderlichen Inhalt des Brandschutzzertifikates gemäß EN D. dar und führte aus, dass das Zertifikat nur dann der EN D. entspreche, wenn alle dort normierten Voraussetzungen laut Prüfbericht erfüllt seien. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre das Angebot nicht ausschreibungskonform und müsse ausgeschieden werden.

Zum Antrag auf Akteneinsicht brachte die Antragstellerin vor, dass nur die Teile des Vergabeaktes von der Akteneinsicht ausgenommen werden dürften, die Geschäftsgeheimnisse anderer Bieter enthielten. Solche Geschäftsgeheimnisse seien aber jedenfalls in den vorgelegten Zertifikaten und Prüfberichten, die die Konformität mit der EN D. belegen, nicht enthalten.

Zur Beurteilung der Eignung der Teilnehmerechtsberechtigten und der zweit- und drittgerihten Bieterinnen seien die vorgelegten Brandschutzzertifikate im Rahmen der Referenzen entscheidungswesentlich. Die Antragstellerin begehre daher konkret Einsicht in diese Brandschutzzertifikate und in die Formblätter Referenzprojekte, letztere allenfalls hinsichtlich der Kundennamen geschwärzt. Dasselbe gelte im Wesentlichen für das Zertifikat zum Nachweis der Erfüllung des Anforderungssatzes E. hinsichtlich der angebotenen B.. Dies insbesondere zur Prüfung, ob die Materialqualität durch ein normkonformes Zertifikat einer akkreditierten Prüfstelle festgestellt worden sei, wobei auch die Verfahrens- und Prüfbedingungen der Norm einzuhalten gewesen seien.

Diese Unterlagen enthielten weder Angaben zur technischen Konstruktion, zur technischen oder chemischen Ausführung bzw. Zusammensetzung noch andere wettbewerbsrechtlich relevante technische Eigenschaften. Auch könnten daraus weder Angaben zur Angebotskalkulation noch zu anderen Umständen ersichtlich sein oder abgeleitet werden, die die Antragstellerin in die Lage versetzen würde, Kenntnis von den wirtschaftlichen oder technischen Details des Angebots bzw. der angebotenen Produkte zu erlangen. Bei den in den von der begehrten Einsicht umfassten Unterlagen enthaltenen Informationen handle es sich somit gerade nicht um Tatsachen und Erkenntnisse kommerzieller oder technischer Art, die bloß einer bestimmten und begrenzten Zahl von Personen bekannt seien, nicht über diesen Kreis hinausdringen sollen und an deren Geheimhaltung ein wirtschaftliches Interesse bestehe.

Sollte der Antragstellerin diese Akteneinsicht verwehrt werden, würde der Grundsatz des fairen Verfahrens verletzt, da ihr die Möglichkeit eines effektiven Rechtsschutzes genommen werde.

Die Einsicht könne auch nicht durch die Kenntnis des Gerichts substituiert werden, da nur durch Einsicht in die genannten Unterlagen das bereits erstattete konkrete Vorbringen mit den Beweismitteln zur Deckung gebracht werden könne. Die Interessen an einer Akteneinsicht und die effektive Rechtsverfolgung würden daher allfällige Geheimhaltungsinteressen überwiegen.

Entgegen dem Vorbringen der Teilnehmerechtsberechtigten sei der Antrag auf Akteneinsicht auch kein Erkundungsbeweis, da zu der Mangelhaftigkeit der Zertifikate und Prüfberichte bereits umfangreiches und konkretes Vorbringen samt entsprechendem Beweisanbot erstattet worden sei. Dieses Vorbringen beschränke sich auch nicht auf bloße Mutmaßungen, sondern nenne klar die Voraussetzungen, die die vorgelegten Zertifikate und Prüfberichte aufweisen müssten, um nicht mangelhaft zu sein.

Diese Stellungnahme wurde den anderen Parteien im Vorfeld zur mündlichen Verhandlung zur Kenntnis gebracht.

Aufgrund des Nachprüfungsantrags wurde am 8.10.2020 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Die Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

„Festgehalten wird, dass die AST mit ihrem letzten Schriftsatz einen umfangreichen Antrag auf Akteneinsicht gestellt hat. Die AG bringt dazu vor, dass sie sich gegen die Gewährung der Akteneinsicht ausspricht, da die Dokumente in die die AST Einsicht nehmen möchte, Angebotsinhalte der TNB darstellen.

Die TNB bringt dazu vor, dass sie sich ebenfalls gegen die Akteneinsicht ausspricht. Insbesondere stellten die Zertifikate und Prüfberichte Unterlagen dar, die aus fachkundiger Sicht Informationen zu den verwendeten Materialien enthielten. Man könne zB. daraus ablesen welche Flammschutzmittel, etc. verwendet worden seien.

Die AST entgegnet, dass das Vorbringen der AG und der TNB bestritten wird. Man könne aus den Prüfberichten allenfalls zB. die Wärmefreisetzung herauslesen, nicht aber die Zusammensetzung des verwendeten Materials. Allfällig enthaltene Zeichnungen können geschwärzt werden. Zumindest sei Einsicht in die Zertifikate zu gewähren, da dort nur stehe ob das geprüfte Produkt die Voraussetzungen erfülle oder nicht.

Auf die Frage, ob die vor dem Angebot der AST gereichten Angebote auf ihre Zuschlagsfähigkeit geprüft wurden und damit eine Aussage zur Antragslegitimation der an 4. Stelle gereichten AST getroffen werden könne, teilt die AG mit, dass eine solche genaue Prüfung nur hinsichtlich des Angebots der TNB erfolgt sei. Die anderen Angebote seien nicht in dieser Tiefe geprüft worden.

Auf die Frage, welche Festlegung zur technischen Leistungsfähigkeit (Referenz) in der Ausschreibung getroffen wurde, teilt die AG mit, dass es sich dabei um die Festlegung in Punkt 1.2.3. ... Teil 1 handelt. In dieser Referenz sei nicht nachzuweisen gewesen, dass der Bieter bereits die nunmehr ausgeschriebenen B. geliefert hat, sondern es war nur die Lieferung von „Teilen“ nachzuweisen. Dabei handelt es sich um einen weiteren Begriff als bei dem Begriff „B.“.

Weiters sei nicht gefordert gewesen, dass die gelieferten Produkte dieselben Anforderungen erfüllen müssen, wie die nunmehr ausgeschriebenen Produkte. Die Formulierung „innerhalb von 36 Monaten“ bedeute, dass die Lieferung innerhalb von 36 Monaten vor dem Ende der Angebotsfrist der ggst. Ausschreibung erfolgen musste.

Die AST entgegnet, dass laut den Festlegungen in der Ausschreibung ein Brandschutzzertifikat nach EN D. zu erbringen sei. Dies bedeute, dass, wie aus der Tabelle zu dieser Norm ersichtlich, auch für das Referenzprodukt E. nachzuweisen sei. Dort sei nämlich festgehalten, dass flexible Teile diese Brandschutzqualifikation aufweisen müssten, um der Norm zu entsprechen.

Die AG hält dem entgegen, dass hinsichtlich der Referenzen bewusst kein bestimmter Anforderungssatz festgelegt worden sei. Aus ihrer Sicht sei die Argumentation der AST zu der EN D. nicht nachvollziehbar, zumal dort von flexiblen Komponenten die Rede sei, dabei handle es sich um etwas Anderes, als bei Teilen. Hätte die AG auch für die Referenz einen bestimmten Anforderungssatz festlegen wollen, so hätte sie das getan. Dies ist ja auch hinsichtlich des zu liefernden Produktes erfolgt.

Die TNB entgegnet, dass die Tabelle nicht isoliert betrachtet werden dürfte. Es müsse auch Punkt ... der Norm mitberücksichtigt werden. Dort werde für bestimmte Komponenten festgelegt, dass auch H. ausreichend sei. Im Übrigen habe die TNB ein Brandschutzzertifikat gem. END. vorgelegt, das sich auf Teile beziehe. Es sei damit nachgewiesen, dass diese Teile die dort bestätigten Voraussetzungen erfüllten.

Die AST bringt dazu abschließen vor, dass für gelistete Teile die in der Tabelle angeführten Qualifikationen nachzuweisen seien. Wenn die TNB nur H. für ihr Referenzprodukt nachgewiesen habe, so sei damit nicht die Normkonformität dieses Produktes nachgewiesen. Die AG bringt dazu vor, dass in der Tabelle hinsichtlich der flexiblen Komponenten nur für jene Komponenten die Anforderung E. gefordert sei, die in Drehgestellen verwendet werden. Das Referenzprodukt der TNB sei keine solche Komponente. Es dürfe daher nicht auf die Festlegung in der Tabelle abgestellt werden.

Auf die Frage, ob nach Ansicht der AG das Vorbringen der AST zutrefe, wonach die Bestimmung END. ... anzuwenden sei und die nach END. erforderlichen Prüfungen von Prüflabors durchgeführt werden müssten, die nach G. akkreditiert seien, bringt diese vor: Im Leistungsverzeichnis werde nicht auf die gesamte Norm EN D. verwiesen, sondern nur die

technische Spezifikation aus dieser Norm (E.) festgelegt. Aus diesem Grund sei auch die oben festgelegte Anforderung an das Prüflabor nicht ausschreibungsgegenständlich geworden. Im Übrigen erfülle das von der TNB vorgelegte Zertifikat diese Voraussetzung.

Die TNB schließt sich dem Vorbringen der AG an. Im Übrigen liegen entsprechende Unterlagen vor, die die Akkreditierung der Prüfstelle nachweisen, die die von der TNB vorgelegten Zertifikate erstellt hat.

Die AST bringt vor, dass der Verweis in der Ausschreibung auf die Norm auch einen Verweis auf die Verfahrens- und Formvorschriften dieser Norm inkludiere. Im Übrigen werde ... auf ... verwiesen. Eine allfällige Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen in diesem Punkt gehe zu Lasten der AG.

Auf Frage aus dem Senat teilt die AG mit, dass für die Referenz ein Brandschutzzertifikat vorzulegen war. Dabei handelt es sich nach Ansicht der AG um eine Bestätigung der Einhaltung der geforderten Eigenschaften. Das diesem Zertifikat zugrundeliegende Prüfgutachten war nicht vorzulegen.

Für das angebotene Produkt sind die geforderten Eigenschaften im Leistungsverzeichnis festgelegt. Der Nachweis durch ein Zertifikat oder ein Prüfgutachten war nicht gefordert. Sollte das angebotene Produkt des Bieters, mit dem der Vertrag abgeschlossen wird, die geforderten Eigenschaften nicht aufweisen, so wäre das aus der Sicht der AG eine Frage der Vertragserfüllung.

Die AG verlasse sich auf das Versprechen des Bieters, die geforderten Eigenschaften mit ihrem Produkt anzubieten. Aus diesem Grund sei in der Ausschreibung nicht die Vorlage eines Musters oder von Zertifikaten gefordert worden.

Zur Frage, ob hinsichtlich der geforderten Qualität des zu liefernden Produktes nicht auf die Festlegungen in der Ausschreibung E. sondern auf den Stand der Technik abzustellen sei, der nach Ansicht der AST F. betrage, bringt die AG nichts Ergänzendes vor. Die TNB schließt sich diesem Vorbringen an.

Die AST fasst zusammen, dass aus ihrer Sicht die Frage entscheidend sei, ob für den Nachweis der geforderten Qualität des Referenzproduktes die Tabelle der END. ausschlaggebend ist oder ob, wie von der AG vorgebracht, Punkt ... mitberücksichtigt werden müsse.

Die Verhandlung wird um 10.34 Uhr unterbrochen. Die Verfahrensparteien verlassen den Verhandlungssaal.

Die AG und TNB betreten den Verhandlungssaal um 10.55 Uhr. Die Verhandlung wird fortgesetzt. Es erfolgten die in Beiblatt B1 ersichtlichen Erörterungen des Antragsvorbringens im Hinblick auf das Angebot der Teilnahmeberechtigten.

Die AST betritt um 11.25 Uhr den Verhandlungssaal.

Der AST wird zusammengefasst vorgetragen, welche Themen mit der TNB und der AG in ihrer Abwesenheit erörtert wurden. Es wird ausgeführt, dass es dabei um die Akkreditierung der Prüfstelle gegangen ist, die die Zertifikate für die Produkte der TNB ausgestellt hat. Weiters wurde das Referenzprodukt der TNB näher erörtert und eine Frage zur Referenz der TNB besprochen.

Auf Frage der AST wird dieser mit Zustimmung der TNB mitgeteilt, dass die akkreditierte Prüfstelle die K. ist. Weiters wird ihr mitgeteilt, dass die im Vergabeakt befindlichen Zertifikate hinsichtlich des dort ausgewiesenen Produktes jeweils mit dem Referenzprodukt bzw. mit dem angebotenen Produkt übereinstimmen. Die nachgewiesenen Anforderungssätze werden der AST nicht mitgeteilt, da es sich dabei nach Ansicht des Senates um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse handelt.

Die AST bringt ergänzend vor, dass die Prüfung des Prüfkörpers allein nichts darüber aussage, ob er für die Endanwendung auch geeignet sei. Es müsse daher bei der Prüfung auch die Endanwendung mitberücksichtigt werden. Nach Ansicht der AST entspreche der den Zertifikaten zu Grunde liegende Prüfkörper jeweils nicht den in der END. festgelegten Voraussetzungen. Insbesondere müssten Bieter, die die Qualität ihres Materials nicht anhand der Praxiserprobung nachweisen könnten, eine Materialanalyse oder eine Dauerfestigkeitsprüfung nachweisen, auf die das Brandschutzzertifikat Bezug nehmen müsse.“

Aufgrund des Vergabeaktes, der Schriftsätze, die den jeweils anderen Parteien zur Kenntnis gebracht wurden, und des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung steht über die bereits oben dargestellten Tatsachen hinaus folgender Sachverhalts als erwiesen fest:

Ausschreibungsgegenstand ist im vorliegenden Vergabeverfahren laut Leistungsverzeichnis der Abschluss eines Rahmenvertrages betreffend die Lieferung von B. ... in der Materialausführung gemäß EN D. E.. Nach den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden.

Mit Schreiben vom 31.8.2020, der Antragstellerin zugestellt am selben Tag, hat die Auftraggeberin der Antragstellerin mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin an vierter Stelle gereiht und dass für die Durchführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung die Teilnahmeberechtigte vorgesehen sei. Diese Zuschlagsentscheidung hat die Antragstellerin am 8.9.2020 angefochten. Der Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig.

Die zu beschaffenden B. bestehen aus Dieses ist brennbar. Aus diesem Grund wurden in die Ausschreibung technische Parameter zum Brandverhalten aufgenommen, die das angebotene Produkt erfüllen muss.

Hinsichtlich der Eignung der Bieter wurde in der Ausschreibung in Punkt 1.2.3 ... Teil 1 als Referenzanforderung festgelegt:

„1 Referenz über die Lieferung von Teilen im Werte von mindestens 100.000, -- EUR (exkl. USt.) inklusive dem zugehörigen Brandschutzzertifikat nach EN D. innerhalb von 36 Monaten.

Referenzen werden nur gewertet, wenn die Auftragserteilung nicht länger als 60 Monate zurückliegt, Stichtag ist das Datum des Ablaufes der Angebotsfrist.

Oder

3 Referenzen über die Lieferung von Teilen im Werte von mindestens 50.000,- EUR (exkl. USt.) inklusive dem zugehörigen Brandschutzzertifikat nach EN D. innerhalb von 24 Monaten.

Referenzen werden nur gewertet, wenn die Auftragserteilung nicht länger als 60 Monate zurückliegt, Stichtag ist das Datum des Ablaufes der Angebotsfrist.“

Die Antragstellerin hat ein Angebot abgegeben, das an der vierten Stelle gereiht wurde. Da die Auftraggeberin die Ausschreibungskonformität aller Angebote, die vor ihrem Angebot gereiht sind, bestritten hat, von der Auftraggeberin jedoch nicht geprüft wurde, ob das zweit- und drittgereichte Angebot zuschlagsfähig sind, war von der Antragslegitimation der Antragstellerin auszugehen.

In der Ausschreibung wird mehrfach auf die Norm EN D. (...) Bezug genommen. Diese Norm enthält ... Anforderungen an das Brandverhalten an Materialien und Komponenten. Teil 1 bestimmt ..., dass alle Prüfungen, die nach EN D. erforderlich sind, durch Prüflabore durchgeführt werden müssen, die für diese Prüfungen nach G. akkreditiert sind.

...

Das Referenzprodukt der Teilnahmeberechtigten erfüllt laut der vorgelegten Klassifizierung vom 10.5.2016 (der Referenz angeschlossen, im Vergabeakt unter Rubrik 7) den dort ersichtlichen Anforderungssatz. Die Bezeichnung des Produktes in der Referenz und in der Qualifizierung stimmen überein. Die Teilnahmeberechtigte hat in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar dargelegt, weshalb das Referenzprodukt ... die mit der vorgelegten Klassifizierung zum Referenzprodukt nachgewiesene Anforderung ausreicht (siehe Beiblatt 1 zur Verhandlungsschrift). Ein Prüfbericht wurde zum Referenzprodukt nicht vorgelegt.

Die Teilnahmeberechtigte hat das in der Klassifizierung vom 10.2.2017 genannte Produkt (im Vergabeakt unter Rubrik 7) angeboten. Dies ergibt sich aus ihrem Vorbringen und u.a. auch aus der im Angebot enthaltenen Zeichnung vom 11.5.2020 und aus dem Bericht Seite 4, wo ... dasselbe Produkt angeführt wird, wie in der beigelegten Klassifizierung. Dem Angebot sind auch die entsprechenden Prüfberichte zur Wärmefreisetzungsrate, Rauchgastoxizität und Rauchdichte des angebotenen Produktes angeschlossen, die im Wesentlichen die von der Antragstellerin in ihrem letzten Schriftsatz dargestellten Voraussetzungen an den Inhalt erfüllen.

Die Klassifizierungen und Prüfberichte stammen von der K.. Diese ist, wie aus den von der Teilnahmeberechtigten in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien vorgelegten Unterlagen ersichtlich ist, eine durch die deutsche Akkreditierungsstelle gemäß G. akkreditierte Prüfstelle u.a. für das Brandverhalten von Bauteilen ... (national und europäisch).

Die Teilnahmeberechtigte hat die in der mündlichen Verhandlung gestellte Frage zum Formblatt Referenzprojekte nachvollziehbar beantwortet (siehe Beiblatt 1 zum Verhandlungsprotokoll).

Im vorliegenden Fall wurde Folgendes erwogen

Vorab ist festzuhalten, dass von einer Antragslegitimation der Antragstellerin auszugehen war, da sich aus dem Vergabeakt kein Hinweis darauf ergab, dass ihr Angebot auszuschneiden gewesen wäre. Weiter hat die Auftraggeberin das zweit- und drittgereichte Angebot nicht so tief geprüft, dass festgestellt werden könnte, ob diese Angebote für den Zuschlag in Frage kommen. Auch sind entsprechend vollständige Unterlagen zu diesen Angeboten nicht im Vergabeakt enthalten.

Gemäß § 2 Z 15 lit a sublit aa BVergG 2018 sind im offenen Verfahren folgende Festlegungen eines Auftraggebers gesondert anfechtbare Entscheidungen:

Die Ausschreibung; sonstige Entscheidungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung.

Gemäß § 200 Abs. 1 und 2 BVergG 2018 haben der Sektorenauftraggeber und die Teilnehmer eines Vergabeverfahrens den vertraulichen Charakter aller bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens ausgetauschten Informationen zu wahren. Sofern in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, darf der Sektorenauftraggeber keine ihm von einem Unternehmer übermittelten und von diesem als vertraulich bezeichneten Informationen weitergeben. Dies betrifft insbesondere technische Geheimnisse, Betriebsgeheimnisse sowie vertrauliche Aspekte der Angebote.

Gemäß § 299 Abs. 2 BVergG 2018 sind die Angebote von der Auftraggeberin in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu prüfen.

Der Ausschreibung widersprechende Angebote sind gemäß § 302 Abs. 1 Z 5 BVergG 2018 auszuschneiden.

Gemäß § 14 Abs. 1 WVRG 2020 hat die Antragstellerin oder der Antragsteller für Anträge nach den §§ 18 Abs. 1, 25 und 28 Abs. 1 und 2 jeweils eine Pauschalgebühr gemäß den von der Landesregierung durch Verordnung festzusetzenden Gebührensätzen zu entrichten. Für Anträge gemäß § 25 (Einstweilige Verfügung) beträgt die Gebühr gemäß Abs. 4 die Hälfte des ausgewiesenen Gebührensatzes.

Gemäß § 15 Abs. 1 WVRG 2020 hat die vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 14 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber.

Gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. sie oder er ein Interesse am Abschluss eines Vertrages behauptet, dessen Nachprüfung gemäß § 1 dieses Landesgesetzes in den Vollziehungsbereich des Landes Wien fällt, und
2. ihr oder ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

In der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung ist in Punkt 1.2.3. ... Teil 1 hinsichtlich der vorzulegenden Referenz(en) festgelegt, dass sich diese auf „Teile“ zu beziehen haben und „inklusive dem zugehörigen Brandschutzzertifikat nach EN D.“ vorzulegen sind. Dies bedeutet nach der Rechtsansicht des Senates, dass das Brandschutzzertifikat die Anforderungen der EN D. zu erfüllen hat. Dies gilt mangels näherer Festlegung in der Ausschreibung für die technischen Anforderungen ebenso, wie für die Frage wie und von wem das Zertifikat zu erstellen ist.

Der o.a. Bestimmung der Ausschreibung ist aber auch keine nähere Festlegung zur nachzuweisenden Anforderung der Teile zu entnehmen. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass der Nachweis ebenso als erbracht anzusehen ist, wenn für einen Bauteil ... die Anforderung E. nachgewiesen wird, wie wenn für einen Bauteil, auf den die Gruppierungsregeln nach Punkt ... anzuwenden sind, die dort geforderte Anforderung nachgewiesen wird.

Die Teilnahmeberechtigte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien zu der von ihr mit dem Angebot vorgelegten Referenz die aus Beiblatt 1 ersichtliche Erklärung abgegeben, die dem Senat im Hinblick auf die Darstellung des Prüfprozesses in Bild 1 auf Seite 13 der EN D. und der dort enthaltenen Anforderung, bei der

Prüfung im Zuge des Bewertungsprozesses durch die akkreditierte Prüfstelle auch die Gruppierungsregeln zu berücksichtigen, als nachvollziehbar erschien.

Dass für das Referenzprodukt dieselbe Anforderung hinsichtlich des Brandschutzes nachzuweisen gewesen wäre, wie für das zu liefernde Produkt, geht aus der Ausschreibung nicht hervor.

Die vorgelegte „Klassifizierung“ erfüllt die Voraussetzungen an das geforderte „Zertifikat“, da dort die Prüfergebnisse betreffend die nachgefragten Parameter zum Brandschutz unter Bezugnahme auf den dazugehörigen Prüfbericht von einer akkreditierten Prüfstelle bestätigt werden. Dieser wurde von der Teilnahmeberechtigten zum Referenzprodukt nicht vorgelegt; dies war in der bestandsfesten Ausschreibung auch nicht gefordert. Die Zertifizierung stellt eine Zusammenfassung der Ergebnisse des im Prüfbericht dargestellten Prüfvorganges durch die prüfende Stelle dar und weist die Erfüllung der dort festgehaltenen Anforderungen in ausreichender Weise nach.

Die Klassifizierung bezieht sich auf dasselbe Produkt, das in der vorgelegten Referenz ausgewiesen ist. Auch die anderen Anforderungen der Ausschreibung an die Referenz(en) sind im Angebot der Teilnahmeberechtigten erfüllt.

Die Teilnahmeberechtigte hat in der mündlichen Verhandlung durch die Vorlage diverser Unterlagen, darunter insbesondere ein Ausdruck aus der Homepage der Deutschen Akkreditierungsstelle, nachgewiesen, dass die Prüfstelle, die das von der Teilnahmeberechtigten angebotene Produkt bzw. dessen Komponenten geprüft und die entsprechende Klassifizierung ausgestellt hat, die K., für die Prüfung des Brandverhaltes ... akkreditiert ist.

Die Auftraggeberin ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass die Teilnahmeberechtigte ihre technische Leistungsfähigkeit entsprechend den Anforderungen der Ausschreibung an die vorzulegende Referenz nachgewiesen hat.

Die Frage, ob aus der Ausschreibung im Allgemeinen und dem Leistungsverzeichnis im Besonderen abzuleiten sei, dass auch für das angebotene Produkt ein Nachweis gemäß EN D. über die Einhaltung der geforderten Brandschutzparameter vorzulegen gewesen wäre, kann dahingestellt bleiben, da dem Angebot der Teilnahmeberechtigten eine Klassifizierung angeschlossen ist, die die Einhaltung der Anforderung E. durch das von der Teilnahmeberechtigten angebotene Produkt bestätigt. Auch die Prüfberichte, auf die sich diese Klassifizierung stützt, wurden dem Angebot beigelegt. Die Prüfberichte und die Klassifizierung stammen ebenfalls von der K..

Eine nähere Prüfung durch das Gericht, ob die nachgewiesenen Prüfergebnisse durch einen normkonformen Prüfprozess zustande gekommen sind, hatte im Hinblick darauf zu unterbleiben, dass diese Prüfung von einer akkreditierten Prüfstelle durchgeführt und die Prüfergebnisse von dieser bestätigt wurden. Es bestand weiters kein Anlass, trotz Beziehung einer akkreditierten Prüfstelle an der Korrektheit und Normkonformität des Prüfvorganges zu zweifeln.

Die Teilnahmeberechtigte hat damit ein hinsichtlich der o.a. technischen Voraussetzungen der Ausschreibung entsprechendes Produkt angeboten.

Der Antragstellerin war nicht zu folgen, wenn sie vermeint, dass nicht ein Produkt mit der Anforderung E. anzubieten war, sondern eine höhere Qualifikation gefordert gewesen wäre, da diese dem Stand der Technik entspreche. Die Anforderung an das zu liefernde Produkt wurde in der gegenständlichen Ausschreibung im Leistungsverzeichnis ausdrücklich mit E. festgelegt. Diese Festlegung erfüllt das von der Teilnahmeberechtigten angebotene Produkt laut den von ihr mit dem Angebot vorgelegten Unterlagen.

Allfällige im Eisenbahngesetz enthaltene, aber in der Ausschreibung nicht festgelegte Anforderungen an die zu liefernden Bauteile haben hier außer Betracht zu bleiben. Die Vorlage weiterer Nachweise (Materialanalyse, Dauerfestigkeitsprüfung) wurden in der Ausschreibung nicht verlangt. Es steht der Auftraggeberin frei, das Produkt zu beschaffen, das sie für die von ihr beabsichtigte Verwendung als geeignet ansieht. Wenn die Antragstellerin Bedenken gegen die in der Ausschreibung festgelegten technischen Voraussetzungen an das zu liefernde Produkt gehabt hätte, so hätte sie diese allenfalls in einem Nachprüfungsantrag gegen die Ausschreibung geltend machen können. Dies ist nicht erfolgt. Die Ausschreibung ist daher bestandsfest.

Zum Antrag der Antragstellerin auf Akteneinsicht in die Brandschutzzertifikate und Prüfberichte (allenfalls ohne die technischen Zeichnungen) sowie in die Referenznachweise (mit geschwärzten Kundennamen) aller vor ihr gereihten Bieter ist zunächst auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (RA 2018/04/0001 mwN) zu verweisen, wonach die Bestimmungen im BVergG betreffend den Schutz der Vertraulichkeit keine Grundlage dafür bieten können, der

Beschwerdeführerin die Einsicht in verfahrensgegenständliche Urkunden, auf die sich die belangte Behörde in ihrer Entscheidung tragend stützen möchte, generell zu verweigern. Maßstab für die Ausnahme von der Akteneinsicht sei vielmehr § 17 Abs. 3 AVG, wonach Aktenbestandteile von der Akteneinsicht ausgenommen seien, insoweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde. Im Rahmen des § 17 Abs. 3 AVG ist das Interesse der Beschwerdeführerin an der Akteneinsicht gegen das Interesse anderer Parteien (fallbezogen der anderen Bieter) im Einzelfall abzuwägen bzw. ist im Einzelfall zu beurteilen, inwieweit ein überwiegendes Interesse besteht, einem Bieter bestimmte Informationen vorzuenthalten.

Die im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren vorgelegten Klassifizierungen, Prüfberichte und Referenzen sind Teil der Angebote und beziehen sich notwendig auf ein bestimmtes Produkt des jeweiligen Bieters; es erscheint nachvollziehbar, dass aus den in den Prüfberichten enthaltenen Angaben zum Produkt und den Messergebnissen (auch ohne allfällige Zeichnungen) für eine fachkundige Person Rückschlüsse auf Eigenschaften des geprüften Produktes möglich sind. Auch in den Referenzen scheinen die Produkte sowie der Auftraggeber auf. Dem Vorbringen der Teilnahmeberechtigten, einer Akteneinsicht werde nicht zugestimmt, weil die o.a. Unterlagen aus fachkundiger Sicht Informationen zu den verwendeten Materialien enthielten, war daher zu folgen.

Die Antragstellerin wurde in der mündlichen Verhandlung, soweit dies im Hinblick auf die Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen möglich war, über die Prüfstelle, die die von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Zertifikate ausgestellt hat, und die Übereinstimmung der Zertifikate mit dem Referenzprodukt bzw. angebotenen Produkt informiert. Welche darüber hinaus gehenden Informationen sie benötigt hätte, um die von ihr behauptete Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten effektiv verfolgen zu können, ist nicht erkennbar, zumal sie umfangreich dazu vorgebracht hat und ihr Vorbringen vom Senat im Hinblick auf den vorgelegten Vergabeakt in allen Punkten geprüft wurde. Sie hat in ihrer letzten Stellungnahme vielmehr selbst ausgeführt, dass sie zur vermuteten Mangelhaftigkeit der von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Zertifikate und Prüfberichte ein umfangreiches und konkretes Vorbringen samt entsprechendem Beweisanbot erstattet habe.

Eine Akteneinsicht in die Angebote der zweit- und drittgerihten Bieter erscheint im Hinblick darauf nicht geboten, dass der Antragstellerin die Antragslegitimation ohnedies zuerkannt wurde; ein weiteres durch Rechtsschutzüberlegungen gerechtfertigtes Interesse an diesen Unterlagen ist nicht erkennbar.

Das Interesse der Teilnahmeberechtigten an der Geheimhaltung ihrer Angebotsinhalte überwog nach Ansicht des Senates das Interesse der Antragstellerin, die, gemessen an ihrem Vorbringen, ihren Standpunkt im Verfahren auch ohne genaue Kenntnis dieser Details darlegen konnte.

Auf die von der Antragstellerin vorgelegten Urteile anderer Gerichte war nicht näher einzugehen, da diese zwar darstellen, dass der Markt für das gegenständlich ausgeschriebene Produkt umkämpft ist; die Urteile beziehen sich aber auf andere Produkte als das verfahrensgegenständliche. Es konnte ihnen daher keine Aussage zur Ausschreibungskonformität des konkreten Angebots der Teilnahmeberechtigten entnommen werden.

Dem Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung war daher keine Folge zu geben.

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren gemäß §§ 14 und 15 WVRG 2020 selbst zu tragen, da sie mit ihrem Antrag auch nicht teilweise obsiegt hat.

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.

Schlagworte

Vergabeverfahren; Zuschlagsentscheidung; Antrag auf Nichtigerklärung; Ausschreibung; Nachweis; technische Leistungsfähigkeit; Akteneinsicht

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWI:2020:VGW.123.072.11232.2020

Zuletzt aktualisiert am

19.02.2021

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at