

TE Verg Bescheid 2005/4/11 04N-6/05-76

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.04.2005

Norm

BVergG 2002 §2

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2

BVergG 2002 §20 Z6

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitaa

BVergG 2002 §20 Z13 litb

BVergG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §88 Abs5 Z3

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2002 §162 Abs2 Z2

BVergG 2002 §163 Abs2

BVergG 2002 §165 Abs2

BVergG 2002 §166 Abs1 Z5

BVergG 2002 §166 Abs1 Z6

BVergG 2002 §166 Abs2 Z1

BVergG 2002 §167

BVergG 2002 §174 Abs1 Z2

AVG 1991 §13 Abs3

ABGB §914

ABGB §915

1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. ABGB § 915 heute
2. ABGB § 915 gültig ab 01.01.1812

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Ing. Mag. Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung eines Testsystems zum Nachweis von krankheitsspezifischem Prionprotein im Stammhirn von Rindern (BBG-GZ 530000182)" des Auftraggebers Österreichische Agentur für

Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH (AGES), vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Obere Donaustraße 63, 1020 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 11. Februar 2005, und über die Anträge des 1. Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Ing. Mag. Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG 2002), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung eines Testsystems zum Nachweis von krankheitsspezifischem Prionprotein im Stammhirn von Rindern (BBG-GZ 530000182)" des Auftraggebers Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH (AGES), vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Obere Donaustraße 63, 1020 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 11. Februar 2005, und über die Anträge des 1.

Teilnahmeantragstellers, B***, vertreten durch Y***, vom 18. Februar 2005, sowie über die Anträge des 2.

Teilnahmeantragstellers, C***, vom 30. März 2005, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 11. Februar 2005,

1. 1.Ziffer eins

"die Entscheidung des Auftraggebers vom 31.1.2005, den Zuschlag der B*** zu erteilen, für nichtig zu erklären,"

2. 2.Ziffer 2

"in eventu, die des Auftraggebers vom 31.1.2005, den Zuschlag der B*** für das Hauptangebot zu erteilen, für nichtig zu erklären,"

3. 3.Ziffer 3

"in eventu, die Entscheidung des Auftraggebers vom 31.1.2005, den Zuschlag der B*** für das Hauptangebot (den Prionics LIA-Test) zu erteilen, für nichtig zu erklären",

werden abgewiesen.

II.römisch zwei.

Den Anträgen des 1. Teilnahmeantragstellers, B***, vertreten durch Y***, vom 18. Februar 2005, auf Ab- bzw. Zurückweisung der Nachprüfungsanträge der A*** wird insoweit stattgegeben, als die Nachprüfungsanträge der A*** abgewiesen werden. Der Antrag betreffend die Zurückweisung der Nachprüfungsanträge der A*** wird abgewiesen.

III.römisch drei.

Der Antrag des 2. Teilnahmeantragstellers, C***, vom 30. März 2005, die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** im Vergabeverfahren "Lieferung eines Testsystems zum Nachweis von krankheitsspezifischem Prionprotein im Stammhirn von Rindern" für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

IV.römisch vier.

Die Anträge des 2. Teilnahmeantragstellers, C***, vom 30. März 2005,

1. 1.Ziffer eins

die "Ausschließung der A*** aufrecht zu erhalten"

2. 2.Ziffer 2

den "Zuschlag der C*** zu erteilen"

werden zurückgewiesen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum gegenständlichen Vergabeverfahren "Lieferung eines Testsystems zum Nachweis von krankheitsspezifischem Prionprotein im Stammhirn von Rindern" wurde am 14. August 2004 unter 2004/S-158-137225 im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Union und am 13. August 2004 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Rubrik: Amtlicher Lieferungsanzeiger zu L 180171 veröffentlicht. In den genannten Veröffentlichungen wird unter der Rubrik "Art des Lieferauftrages" der "Kauf" angegeben. Der Auftragsgegenstand soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines offenen Verfahrens vergeben werden. Die Legung von Alternativen wurde für

zulässig erklärt. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 4. Oktober 2004, 11.00 Uhr, fixiert.

In den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen wurde Folgendes angeführt:

"...

1. 3.Ziffer 3

Ziel dieses Vergabeverfahrens/Ausschreibungsgegenstand Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss eines Liefervertrages über die Lieferung eines Testsystems für ca. 408.000 Testungen zum Nachweis von krankheitsspezifischem Prionprotein im Stammhirn von Rindern für die Dauer von voraussichtlich 24 Monaten ab Zuschlagserteilung.

...

1. 7.Ziffer 7

Ausschreibungsunterlagen

Die Ausschreibungsunterlagen bestehen aus

- -Strichaufzählung
diesen Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen
- -Strichaufzählung
dem Liefervertrag samt Beilagen, insbesondere dem Leistungsverzeichnis (Beilage 3) und dem Preis- und Bewertungsblatt (Beilage 2)
- -Strichaufzählung
dem Angebotsanschreiben samt Bietererklärung und Fragebogen (Beilage 1)

....

1. 20.Ziffer 20

Hauptangebot und Alternativangebot

Der Bieter hat ein Hauptangebot nach den Bestimmungen dieser Ausschreibungsunterlagen abzugeben. Ein Hauptangebot ist ein Angebot, das alle Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen erfüllt.

-Alternativangebote können nach Maßgabe folgender Bestimmungen gelegt werden: Alternativangebote sind nur neben einem gültigen Hauptangebot zulässig. Rechtliche und kommerzielle Alternativangebote sind unzulässig. Alternativangebote müssen in einer eigenen als „Alternativangebot“ bezeichneten Ausarbeitung eingereicht werden. Alternativangebote, die ohne Einreichung eines inhaltlich vollständigen und formal den Ausschreibungsbedingungen entsprechenden Hauptangebotes gelegt werden, finden keine Berücksichtigung.

Die Gleichwertigkeit des Alternativangebotes ist vom Bieter anhand plausibler und nachvollziehbarer Unterlagen nachzuweisen. Der Nachweis ist bereits mit der Abgabe des Angebotes vollständig zu erbringen.

Die Vorgaben hinsichtlich der Form und des Inhalts der Angebote sind sinngemäß anzuwenden.

.....

1. 23.Ziffer 23

Veränderliche Preise

Der Angebotspreis ist für die ersten 12 Monate der Leistungserbringung ein unveränderlicher Preis. Danach gilt Wertbeständigkeit des Preises als vereinbart. Als Maß zur Wertbeständigkeit dient der vom Österreichischen Statistischen Zentralamt monatlich verlaubliche Großhandelspreisindex,

....

1. 25.Ziffer 25

Form und Inhalt des Angebotes

Das Angebot hat zu bestehen aus

- -Strichaufzählung
dem vollständig ausgefüllten und rechtsverbindlich unterzeichneten Angebotsschreiben samt Bietererklärung und Fragebogen (Beilage 1 zum Liefervertrag),
- -Strichaufzählung
dem vollständig ausgefüllten Preis- und Bewertungsblatt (Beilage 2 zum Liefervertrag), auch in elektronischer

Form auf Datenträger,

- -Strichaufzählung

den erforderlichen Nachweisen gemäß diesen Ausschreibungsunterlagen

Das Angebot ist gemäß diesen Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zu erstellen. Das Angebot muss alle in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Angaben und Bestandteile enthalten.

.....

1. 30.Ziffer 30

Zuschlagskriterien

Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, wird der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt.

Bewertet und gewichtet werden erstens die Sachkosten in Euro (alle Beträge auf zwei Nachkommastellen gerundet) für 408.000 Testungen, die sich aus den Kosten für Testkits, Geräte, Zusatzmaterialien und Zusatzreagenzien zusammensetzen, sowie zweitens der Personalzeitaufwand zur Untersuchung von 300 Proben in Minuten.

1. 31.Ziffer 31

Ermittlung des (der) Bestandangebote(s)

Pro Zuschlagskriterium werden maximal 100 Bewertungspunkte vergeben. ...

Bewertung

(Nicht abbildbare Tabelle)

...

Der Bieter hat den Personalzeitaufwand durch seine eigenen Verfahrensanweisungen und durch die Bestätigung mindestens eines vom Bieter in keinem Eigentumsverhältnis stehenden Labors glaubhaft zu machen. Dem Auftraggeber steht es frei, diese Bestätigung bei dem vom Bieter namhaft zu machenden Ansprechpartner des unabhängigen Labors zu überprüfen. Es werden keine Minuspunkte vergeben (d.h. die Gesamtpunktzahl kann nicht weniger als null sein.)

Gewichtung der Bewertungspunkte

Die Gewichtung der beiden Zuschlagskriterien erfolgt in folgendem Verhältnis: Die ermittelten Bewertungspunkte für Sachkosten in Euro (auf zwei Nachkommastellen gerundet) werden zu 80% gewichtet (= mit dem Faktor 0,8 multipliziert), die ermittelten Bewertungspunkte für den Personalzeitaufwand (in Minuten) zu 20% gewichtet (= mit dem Faktor 0,2 multipliziert).

Bewertungsschema

Die Bewertung erfolgt für jedes Angebot eines jeden Bieters nach

folgendem Schema:

(Nicht abbildbare Tabelle)

Die sich aus dieser Tabelle ergebende Summe der gewichteten Punkte der beiden Zuschlagskriterien ergibt die Reihung der Angebote nach erreichter Summe gewichteter Punkte. Die Sachkosten setzen sich gemäß Beilage 2, Preis- und Bewertungsblatt zusammen aus Kosten für Testkits, Kosten für Geräte und Kosten für Zusatzmaterialien und Zusatzreagenzien....."

In dem einen Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen bildenden "Liefervertrag" wird Folgendes ausgeführt:

1. 1.Ziffer eins

Vorbemerkung:

...

Ziel dieses Liefervertrages ist die Beschaffung von Testsystemen für ca. 408.000 Testungen (Schnelltests) zum Nachweis von krankheitsspezifischem Prionprotein im Stammhirn von Rindern für die Dauer von voraussichtlich 24 Monaten ab Zuschlagserteilung.

....

1. 3.Ziffer 3

Vertragsgegenstand:

Gegenstand dieses Liefervertrages ist die Lieferung eines Testsystems für ca. 408.000 Testungen zum Nachweis von krankheitsspezifischem Prionprotein im Stammhirn von Rindern. Der geplante Abrufzeitraum beträgt 24 Monate. Der Auftraggeber behält sich vor, diese Menge um 25% zu überschreiten oder zu unterschreiten. Das heißt, der Vertrag kann das erste Mal gekündigt werden, wenn die Testkits für ca. 408.000 Testungen minus 25%, also Testkits für ca. 306.000 Testungen abgerufen werden oder er kann den Vertrag solange verlängern, bis Testkits für ca. 408.000 Testungen plus 25%, also Testkits für 510.000 Testungen abgerufen werden. Der Vertrag ist auf jeden Fall zu Ende, wenn Testkits für 510.000 Testungen abgerufen wurden. Eine allfällige Kündigung erfolgt zeitgerecht drei Monate vor dem prognostizierten Erreichen der Stückzahl.

.....

1. 5.Ziffer 5

Pflichten des Auftragnehmers

Der Auftragnehmer wird ein Testsystem für voraussichtlich 408.000 Testungen gemäß Leistungsverzeichnis (Beilage 3) und zu den in Punkt 6 angeführten Lieferbedingungen liefern.

Der Auftragnehmer hat voraussichtlich für ca. 17.000 Testungen pro Monat für voraussichtlich 24 Monate an die abrufenden Dienststellen der AGES frei Bedarfsträger zu liefern. Die Lieferung hat an einem nach freier Wahl durch den Auftraggeber festzulegenden Werktag (Montag - Samstag) zwischen 09.00 h und 16.00 h zu erfolgen.

Für alle vom Auftragnehmer angebotenen Geräte wird eine Garantie von zwei Jahren vereinbart. Der Auftragnehmer gewährleistet außerdem die Wartung der Geräte innerhalb von 24 Stunden nach Information des Auftraggebers an den Auftragnehmer über einen Störfall.

...

1. 11.Ziffer 11

Haftung und Gewährleistung

Die Gewährleistungsfrist (Rügefrist) beträgt im Sinne der ÖNÖRM A 2060 zwei Jahre. Das Recht zur gerichtlichen Geltendmachung durch Klage erlischt jedoch erst nach einem weiteren Jahr, wenn der Auftraggeber innerhalb der Gewährleistungsfrist dem Auftragnehmer den Mangel angezeigt hat. Die Gewährleistungsfrist und die Rügefrist beginnen mit dem Tage der Übernahme der Leistung. Tritt ein wesentlicher, unbehebbarer Mangel auf, so ist der Auftraggeber in jedem Fall berechtigt, die gänzliche Aufhebung des Vertrages (Wandlung) zu fordern. In diesem Fall ist alles in den vorigen Stand zu setzen. Abweichungen von den im Leistungsverzeichnis beschriebenen Anforderungen gelten als wesentliche Mängel.

Im Angebot gemachte Angaben hinsichtlich der Zuschlagskriterien gelten als ausdrücklich bedungene Eigenschaften. Abweichungen von diesen Angaben gelten ebenfalls als wesentliche Mängel. Geheime Mängel können unbeschadet der Gewährleistungsfrist jederzeit geltend gemacht werden. Bei üblicherweise bis zur Verwendung verpackt gelassener Ware gelten Mängel, die erst bei der Entnahme aus der Verpackung sichtbar werden, als geheime Mängel.

Der Auftragnehmer garantiert über die Gewährleistung hinaus die einwandfreie, den Ausschreibungsunterlagen und dem Angebot entsprechende Funktionsfähigkeit gemäß seinen im Angebot gemachten Erklärungen.

1. 12.Ziffer 12

Rücktritt vom Liefervertrag

Der Auftraggeber ist in folgenden Fällen berechtigt, den sofortigen Rücktritt vom Vertrag zu erklären:

....."

In dem dem Liefervertrag beiliegenden Preis- und Bewertungsblatt

ist Nachfolgendes ausgeführt:

"Preis- und Bewertungsblatt

Dieses Preis- und Bewertungsblatt stellt das Angebot des Bieters dar, ist von diesem auszufüllen und dem Bietererklärung (Dok C) beizulegen. Die Angaben sind die Grundlage für die Bewertung des Angebotes gemäß Punkt 30, Rz 70 - Zuschlagskriterien der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen.

(Nicht abbildbare Tabelle)

Name des Bieters:

....."

Im Leistungsverzeichnis ist Folgendes festgehalten:

1. "1.Ziffer eins

Gegenstand der Ausschreibung

Testsystem zum Nachweis von krankheitsspezifischem Prionprotein im Stammhirn von Rindern.

Der Gegenstand der Ausschreibung wird unter Punkt 2 genauer spezifiziert.

Der Auftragnehmer hat in seinem Angebot zu berücksichtigen, dass die Testungen an vier verschiedenen Standorten gleichzeitig stattfinden werden.

1. 2.Ziffer 2

Begriffserklärung

1. a)Litera a

"Testsystem"

dieser Begriff umfasst alle beweglichen Sachkomponenten, die zur validen Durchführung eines "Schnelltests" bzw. einer "Testung" notwendig sind. Das Testsystem hat zu bestehen aus "Testkits", "Geräten" und erforderlichenfalls "Zusatzreagenzien und -materialien."

...

1. d)Litera d

"Testkit"

ein Set von Reagenzien und Materialien eines "Schnelltests", geeignet zur validen Untersuchung bzw. Testung einer vom Anbieter bestimmten Anzahl von Proben.

...

1. f)Litera f

Geräte

Alle manuell zu bedienenden oder automatisch arbeitenden Werkzeuge und Maschinen, die gemäß diesem Leistungsverzeichnis zur validen Untersuchung der unter Punkt 3 des Liefervertrages genannten Zahl von Testungen erforderlich und Teil des angebotenen "Testsystems" sind, sofern sie nicht schon Teil des "Testkits" sind. Die Geräte werden für jeden der vier Standorte benötigt, an denen Testungen durchgeführt werden (siehe Punkt 6, Lieferadressen).

1. g)Litera g

"Zusatzmaterialien und Zusatzreagenzien"

Alle sonstigen Materialien und Reagenzien, die zur validen Durchführung des "Schnelltests" mit dem angebotenen "Testsystem" unter den unter "Vorgaben durch den Auftraggeber" angeführten Rahmenbedingungen erforderlich und nicht im "Testkit" enthalten oder "Geräte" sind.

...

1. i)Litera i

"Kosten für Testkits"

Kosten für die vom Anbieter angebotene Anzahl von "Testkits" ausreichend zur Durchführung der unter "Liefermenge" genannten Zahl von Testungen mit dem angebotenen "Testsystem" unter den unter "Vorgaben durch den Auftraggeber" angeführten Rahmenbedingungen.

1. i)Litera i

"Kosten für Geräte"

Kosten für die Anschaffung aller "Geräte", die, zur Durchführung der unter der unter "Liefermenge" genannten Zahl von Testungen mit dem angebotenen Testsystem unter den unter "Vorgaben durch den Auftraggeber" angeführten Rahmenbedingungen, erforderlich sind. Diese Kosten sind im Angebot separat auszuweisen.

1. j)Litera j

"Kosten für Zusatzmaterialien und Zusatzreagenzien" Kosten für Materialien und Reagenzien, die zur Durchführung der unter "Liefermenge" genannten Zahl von Testungen mit dem angebotenen "Testsystem" unter den unter "Vorgaben durch den Auftraggeber" angeführten Rahmenbedingungen erforderlich sind und nicht in

den "Testkits" und den "Geräten" enthalten sind.

2. k) Litera k

"Personalzeitaufwand zur Untersuchung von 300 Proben" Gesamtsumme der Arbeitszeit (Angaben in Minuten) aller für die Untersuchung von 300 Proben eingesetzten Laborfachkräfte. Als Personalzeitaufwand gilt auch der Zeitaufwand, der bloß in einer erforderlichen Anwesenheit oder Überwachungstätigkeit sowie sonstiger erforderlicher Wartezeit liegt (es ist daher auch Personalzeitaufwand einzurechnen, wenn das Personal nicht aktiv tätig ist, jedoch vor Ort vorhanden sein muss).

Maßgeblich ist die Gesamtanzahl der Personenminuten (Multiplikation der Personenanzahl mit den Minuten pro Person; es ist dabei irrelevant, auf wie viele Personen sich der Personalzeitaufwand verteilt, wobei allerdings laut den "Vorgaben durch den Auftraggeber" zu beachten ist, dass nicht mehr als fünf Personen gleichzeitig zur Verfügung stehen).

Auszugehen ist von dem Zeitaufwand, der entsteht, wenn der unter "Testkit" angegebene bzw. angebotene Testkit, die unter "Zusatzmaterialien und -reagenzien" angegebenen bzw. angebotenen Zusatzmaterialien und -reagenzien und die unter "Geräte" angegebene bzw. angebotene Geräteausstattung verwendet werden. Ausgangspunkt der Zeitmessung ist, bei Vorliegen von 300 einzeln in Probengefäßen verpackten und im jeweiligen Labor-Datensystem erfassten Proben im Labor, das Öffnen des ersten Probengefäßes. Endpunkt ist das Vorliegen eines Testergebnisses, das die Ausstellung von Befunden für alle 300 zu untersuchenden Proben erlaubt.

Der Bieter hat den Personalzeitaufwand durch seine eigenen Verfahrensanweisungen und durch die Bestätigung mindestens eines vom Bieter in keinem Eigentumsverhältnis stehenden Labors glaubhaft zu machen. Dem Auftraggeber steht es frei, diese Bestätigung bei dem vom Bieter namhaft zu machenden Ansprechpartner des unabhängigen Labors zu überprüfen.

1. 3. Ziffer 3

Liefermenge

Die zur Vornahme von 408.000 Testungen entsprechend den "Vorgaben durch den Auftraggeber" erforderliche Gesamtmenge an "Testkits" und "Geräten" sowie "Zusatzreagenzien und Zusatzmaterialien".

1. 4. Ziffer 4

Mindestanforderungen an das zu liefernde "Testsystem" Anzubieten ist ein "Testsystem", dass die Durchführung von Schnelltests bzw. Testungen ermöglicht.

..."

Bis zum 4. Oktober 2004 legten drei Bieter Angebote, wobei die A*** (in der Folge Antragsteller) und die B*** (in der Folge 1. Teilnahmeantragsteller bzw. präsumtiver Zuschlagsempfänger) jeweils ein Haupt- und ein Alternativangebot und die C*** (in der Folge 2. Teilnahmeantragsteller), ein Hauptangebot eingereicht hatten. Im Protokoll über die Angebotseröffnung am 4. Oktober 2004 war zum Haupt- und Alternativangebot des Antragstellers unter der Rubrik "2.11. Wesentliche Vorbehalte und Erklärungen der Bieter" nichts vermerkt. Unter Punkt 4. dieses Protokolls wurde vom anwesenden Vertreter des Antragstellers, Herrn Dr. G***, sowohl für das Haupt- als auch das Alternativangebot des Antragstellers mittels Unterschrift bestätigt, dass alles Wesentliche verlesen worden sei.

Im Preis- und Bewertungsblatt des Hauptangebotes und des Alternativangebotes des Antragstellers waren unter der Rubrik "Sachkosten in Euro (auf zwei Nachkommastellen gerundet)" unter den Positionen "Kosten für Geräte" sowie "Kosten für Zusatzmaterialien und Zusatzreagenzien" Null Euro angeführt. In einem mit 28.9.2004 datierten, dem Angebot des Antragstellers beiliegenden Begleitschreiben wurde zum Hauptangebot sowie zum Alternativangebot Nachfolgendes ausgeführt:

"...

Zum Preis- und Bewertungsblatt:

Gerätekosten fallen nicht an. Wir stellen Ihnen für die Durchführung der Tests und für die Dauer des Liefervertrages die Geräte kostenlos und leihweise zur Verfügung. Die Zusatzmaterialien und Zusatzreagenzien, die notwendig sind, erhalten Sie für die Zeitdauer des Liefervertrages und die Anzahl der durchzuführenden vertraglich vereinbarten BSE-Tests kostenlos."

Nach einer Preisauflistung zum Hauptangebot wird in diesem Begleitschreiben nochmals zur Geräteausstattung Folgendes ausgeführt:

"Geräteausstattung: Die Geräte aus Pos 5 mit 21 (Grundausstattung), so wie 22 mit 24 (Automatisierung mittels NSP-System) werden in den angegebenen Stückzahlen für jedes der 4 Labors und für den Vertragszeitraum kostenfrei und leihweise zur Verfügung gestellt. Wunschgemäß gewähren wir 24 Monate Garantie auf unsere Geräte. Die spezifischen Verbrauchsmaterialien (Pos. 25 mit 31) erhalten Sie für den Vertragszeitraum zur Durchführung der BSE-Tests für die ausgeschriebene Probenzahl kostenfrei.

....."

Im Preis- und Bewertungsblatt des Hauptangebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers war zu Punkt 2. Personalaufwandzeit (in Minuten gesamt) die Zahl 416 angegeben. Außerdem lag dem Angebot eine mit 28.9.2004 datierte Bemerkung zum Leistungsverzeichnis mit nachfolgender Ausführung bei:

"....

1. 1.Ziffer eins

Punkt 2. Begriffserklärung

1. k) Litera k

"Personalzeitaufwand zur Untersuchung von 300 Proben"

Die Gesamtprozesszeit zur Abarbeitung von 300 Proben mit dem Prionics-Check LIA beträgt 5,4 Stunden.

In der Beilage erhalten Sie eine Laborbestätigung der Firma

D***.

....."

In der, mit 27.9.2004 datierten, beiliegenden Laborbestätigung der

D*** wird Folgendes ausgeführt:

"....

Betreff: Kapazität des PrionicsR -LIA-Check

Sehr geehrter Herr Dr. H***,

hiermit bestätige ich Ihnen, dass mit dem PrionicsR-LIA-Check 400- 500 Proben in der Regel mit maximal 4-5 Mitarbeitern durchgeführt werden kann, da sich die einzelnen Inkubations- und Messschritte hervorragend miteinander ergänzen und dadurch ein kontinuierlicher Arbeitsfluss entsteht.

Ich bestätige die genaue Analyse, die von B*** für geforderte 320 Proben/Tag erstellt wurde (siehe Anlage von Analyse B***), so dass für 320 Proben im LIA 416 min (ca. 7 Std) "Hands on Time" (reine Arbeitszeit aller Arbeiter aufsummiert) bzw 547 min (ca 9 Std) "Working Hours" (alle Zeiten aufsummiert) sind.

Die D*** bearbeitet 400 Proben routinemäßig mit maximal 4 geschulten Mitarbeitern, ohne dabei in Zeitnot zu geraten. Zum Ende der Testung (meist nach der Beprobung) wird das Personal auf 2 Mitarbeiter reduziert.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. M***

Geschäftsführende Gesellschafterin"

Das Preis- und Bewertungsblatt des 2. Teilnahmeantragstellers enthielt unter Punkt 2. Personalzeitaufwand (in Minuten gesamt) die Zahl 945.

Am 12. Oktober 2004 teilte die für die Beurteilung der Erfüllung der fachlichen Anforderungen der Angebote entsprechend der Ausschreibung zuständige Fachkommission, die sich aus drei Mitgliedern, nämlich Dr. E***, Dr. F*** und Dr. S*** - drei Mitarbeiter des Institutes für veterinärmedizinische Untersuchungen - zusammensetzte, mit, dass das Hauptangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers drei verschiedene Angaben über den Personalzeitaufwand zur Untersuchung der Proben enthalte. Einerseits würde eine Gesamtprozesszeit von 5,4 Stunden für 300 Proben, andererseits wäre in der Laborbestätigung der D*** (416 Minuten "Hands on time" - reine Arbeitszeit aller Arbeiter

aufsummiert bzw. 547 Minuten "Working hours" - alle Zeiten aufsummiert), sowie im Preis- und Bewertungsblatt (416 Minuten) aufscheinen. Von diesem Bieter wäre daher zumindest mit Hinweis auf Punkt 2 k des Leistungsverzeichnisses, besonders dessen erster Absatz, eine Erklärung und eine dazu passende Bestätigung eines Anwenderlabors zu fordern, sofern nicht weitergehende Maßnahmen erforderlich seien. Auch im Angebot des 2. Teilnahmeantragstellers sei in einer Bestätigung ein höherer Aufwand genannt, während im Preis- und Bewertungsblatt ein anderer Aufwand in Bezug auf ein nicht näher definiertes Schema aufscheine. Der 2.

Teilnahmeantragsteller sei daher aufzufordern, eine unmissverständliche Bestätigung entsprechend dem Lieferverzeichnis Punkt 2 k letzter Absatz beizubringen.

Am 21. Oktober 2004 forderte der Auftraggeber den präsumtiven Zuschlagsempfänger betreffend das Hauptangebot auf, bis zum 8.11.2004 u.a. hinsichtlich der zum Personalzeitaufwand im Preis- und Bewertungsblatt und der in den beigelegten Bestätigungen aufscheinenden Personalaufwandzeit gemäß dem Leistungsverzeichnis (Beilage 3) Punkt 12 k mittels unmissverständlichen Schreibens eine Klärung der Diskrepanz herbeizuführen. Mit selbem Datum und mit selber Frist wurde ebenso der 2. Teilnahmeantragsteller aufgefordert, auf Grund widersprechender Personalzeitaufwandsangaben im Preis und Bewertungsblatt einerseits und in den beigelegten Bestätigungen andererseits, eine Klärung mittels verbindlichen und unmissverständlichen Schreibens herbeizuführen.

Ebenso wurde der Antragsteller zur Nachreichung von Unterlagen bis zum genannten Termin aufgefordert.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger teilte mit Schreiben vom 4.11.2004 unter anderem mit, dass der Personalzeitaufwand zur Abarbeitung von 320 Proben 416 Minuten (dabei sei die Arbeitszeit aller Mitarbeiter aufsummiert) betrage. Die Angabe "547 Minuten" beinhalte auch jene Zeiten (Inkubations- & Reaktionszeiten), in welcher keine Mitarbeiter zur Überwachungstätigkeit vor Ort sein müssten, d.h. dass die Mitarbeiter für anderweitige Tätigkeiten eingesetzt werden könnten.

Mit Schreiben vom 5.11.2004 führte der 2. Teilnahmeantragsteller auf Grund der Aufforderung des Auftraggebers Nachfolgendes aus:

".....

ad 3)

Angaben bezüglich Personalzeitaufwand:

Die Gesamtsumme der Arbeitszeit aller für die Untersuchung von 300 Proben eingesetzten Laborfachkräfte liegt bei 945 min. Diese 945 min. ergeben sich aus der Gesamtsumme der Arbeitszeiten der einzelnen Arbeitskräfte. Diese Zeitangabe befindet sich auf dem Preis/Bewertungsblatt sowie auf dem beigelegten Workflow. Die Angaben des Preis/Bewertungsblattes und des Workflows sind kalkuliert und repräsentieren Durchschnittswerte von Laboratorien, die in Routine ca. 300 Tests abarbeiten.

Erklärung der Diskrepanz zwischen Preis/Bewertungsblatt und

Workflow und den beiden Laborbestätigungen

Workflow Gesamtminuten *) 945 min.

Testdauer 380 min.

Arbeitskräfte 3

Die beiden Laborbestätigungen sind Angaben der einzelnen individuellen Laboratorien.

Bestätigung 1 - Breisgau

Für 300 Proben werden zwei Arbeitskräfte benötigt, die Schicht dauert 8 Std.

Dies bedeutet:

Gesamtminutenanzahl 960 min (zwei Arbeitskräfte je 480 min.)

Unterschied zum Preis/Bewertungsblatt & Workflow: + 15 min.,

unterliegt der individuellen Schwankungsbreite

Bestätigung 2 - Ettlingen/Karlsruhe

Bestätigt den beigelegten Workflow.

Testdauer 380 min.

Für 300 Proben werden 2-3 Personen benötigt

Dies entspricht bei 2,5 Personen Gesamtminutenanzahl 950 min.

Unterschied zum Preis/Bewertungsblatt & Workflow: +5 min.

unterliegt der individuellen Schwankungsbreite

ad 4)

Personalzeitaufwand/Abarbeitungszeit

Grundsätzlich sind die Abarbeitungszeit des Testes und der Gesamtpersonal-Zeitaufwand zwei unterschiedliche Aspekte/Kriterien:

A) Als Kriterium für die Abarbeitungszeit =Testdauer vorgegeben:

300 Proben müssen innerhalb von max. 10 Std. abgearbeitet werden

Da die Testdauer insgesamt 380 min beträgt, liegt dies im

geforderten

Rahmen

(siehe dazu Workflow)

B) Der Gesamtpersonalzeitaufwand bezieht sich auf die Arbeitszeit

der für die Testdurchführung benötigten Personen und ergibt sich wie

folgt:

Arbeitszeit =Testminuten x Arbeitskraft

Für den ENFER TSE Test ergibt sich die Gesamtminutenanzahl

von 945

min.

Anzahl an eingesetzten Personen: 3

.....

Abschließend weisen wir darauf hin, dass unsere Angaben hinsichtlich Gesamtpersonalaufwand echten Daten aus der Praxis entsprechen und es für uns aus heutiger Sicht unerklärlich ist, dass bei vergleichbarem Testaufbau innerhalb der angebotenen ELISA-Teste eine derart große Schwankungsbreite bei den Angaben zu diesem Kriterium festgestellt werden kann."

Am 13. Dezember 2004 stellte die Vergabekommission im Hinblick auf die Angebote des Antragstellers fest, dass auf Grund der Anführung des Wortes "Kauf" in der Vergabebekanntmachung, sowie der Worte "Liefervertrag" in den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen und "Kosten für die Anschaffung" in Beilage 3 der Wille des Auftraggebers auf den Kauf bzw die Anschaffung gerichtet sei, jedoch der Antragsteller sowohl in seinem Haupt- als auch im Alternativangebot die Geräte nur leihweise zur Verfügung gestellt habe. Da die beiden anderen Bieter einen Kauf der Geräte angeboten hätten, wäre eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben. Das Angebot des Antragstellers wäre daher auszuscheiden. Ebenso werden Überlegungen zum Alternativangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers angestellt.

Mit Schreiben vom 13. Dezember 2004 wurde der 2.

Teilnahmeantragsteller im Hinblick auf seine Ausführungen im Schreiben vom 5. November 2004 vom Auftraggeber aufgefordert, mittels eidesstattlicher Erklärung über die 945 Minuten und einer Bestätigung eines nicht in seinem Eigentum stehenden Labors die angegebenen 945 Minuten bis zum 16.12.2004 zu untermauern.

Dem kam der 2. Teilnahmeantragsteller mit Schreiben vom 15.12.2004 mit der entsprechenden eidesstattlichen Erklärung und der Beilage von Bestätigungen der T*** und des Laborzentrums E*** sowie eines Workflows und des oben angeführten Schreibens vom 5.11.2004 nach. Aus genannten Laborbestätigungen 2. Teilnahmeantragstellers ergibt sich nachfolgender Inhalt:

1. 1.Ziffer eins

Bestätigung:

" T***

C***str. 27

XXXXX F***

.....

RE: TSE testing using the Enfer TSE Kit, Version 2.0 Herewith we confirm and certify, that we test in our daily diagnostical routine 300 obex region samples (cattle brain stem) in 8 hours with 2 staff members using the Enfer TSE Kit Version 2.

...."

2. Bestätigung:

"Laborzentrum E***

.....

aus eigener praktischer Erfahrung mit dem Enfer TSE-Test können

wir bestätigen, dass die Bearbeitung von 300 Proben in dem

dargestellten Schema (Präanalytik und Analytik mit 3 bzw. 2

Arbeitskräften in 380 Minuten) durchführbar ist.

....."

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2004 wurde der präsumtive Zuschlagsempfänger vom Auftraggeber aufgefordert, unter anderem eine schriftliche Bestätigung über die Abarbeitungszeit für 300 Proben sowie eine Laborbestätigung gemäß den Ausschreibungsbedingungen über die Abarbeitungszeit von 300 Proben mittels Laborbestätigung bis 4.1.2005 zu erbringen.

Mit einem mit selbem Datum datierten Schreiben wendete sich Dr. F*** mit dem Hinweis an die Vergabekommission, noch dringend vom präsumtiven Zuschlagsempfänger die genaue "Analyse" zu benötigen, die dem Labor D*** zur Bestätigung vorgelegt worden und in der die genaue Ermittlung der 416 Minuten Personalzeitaufwand dargestellt sei. Das Labor würde nämlich die Analyse des präsumtiven Zuschlagsempfängers bestätigen. Ohne Analyse könnte die Richtigkeit der Angaben des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht zu 100% geprüft werden. Eine solche Analyse liege aber nicht definitiv vor.

Am Schreiben vom 23.12.2004 teilte der präsumtive Zuschlagsempfänger dem Auftraggeber Folgendes mit:

".....

zu Punkt 2+3:

Hiermit erklären wir eidesstattlich, dass die Abarbeitung von 300 Tests keinesfalls länger dauert als die Abarbeitung von 320 Tests (416 Minuten). Die Angabe über die Abarbeitungszeit von 320 Tests resultiert daraus, dass eine Testplatte zur Abarbeitung von 80 Proben geeignet ist. Unter voller Ausnutzung von 4 Platten ergibt sich eine Zahl von 320 Proben. Das ist der Grund warum der Ersteller der Laborbestätigung sich auf 320 Proben, statt der gefragten 300 Proben, bezieht. Für 300 Proben reduziert sich die Abarbeitungszeit von 416 Minuten auf 400 Minuten.

....."

Am 4.1.2005 wurde die Fachkommission - Dr. F***, Dr. S*** und Dr. E*** - u.a. auf die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegte eidesstattliche Erklärung über die Abarbeitungszeit von 300 Proben hingewiesen. Das Nicht-Beilegen der Laborbestätigung könne akzeptiert werden, denn genau diese Laborbetätigung würde schon vorliegen. Da von keinem Anbieter eine genaue Analyse gefordert worden sei, könne im Sinne der Gleichbehandlung auch von keinem Bieter eine solche mehr gefordert werden. Herr Dr. F*** sollte auch nicht auf eigene Faust mit betroffenen Parteien bzw. verbundenen Unternehmen Kontakt aufnehmen. Der Informationsweg habe ausschließlich über die ausschreibende Stelle zu laufen.

Am 10.1.2005 wurde der Fachkommission mitgeteilt, dass der präsumtiven Zuschlagsempfänger die Erklärung, dass die Abarbeitung von 320 Proben jedoch keine höhere Abarbeitungszeit als die für 300 Proben beinhalte, mit neuerlichem Schreiben beigebracht habe. Es sei wiederum auf die bereits vorliegende Laborbestätigung mit 320 Proben (=416 min) verwiesen worden. Da diese Laborbestätigung keinerlei Vorteile für den Bieter bedeute, zumal 320 Proben voraussichtlich mehr Zeit in Anspruch nehmen würden als 300 Proben und keine anders lautende Bestätigung vom präsumtiven Zuschlagsempfänger beigebracht worden sei, könne die vorliegende Bestätigung für die Bestbieterermittlung berücksichtigt werden.

Unter Berücksichtigung der vorgelegten Unterlagen zog die Fachkommission am 10.1.2005 den Schluss, dass die Angebote den fachlichen Anforderungen der Ausschreibung entsprechen würden. Entsprechend den mathematischen Vorgaben in der Ausschreibung zu den Zuschlagskriterien sei daher der präsumtive Zuschlagsempfänger mit seinem Hauptangebot als Bestbieter ermittelt worden. Dies wurde der vergebenden Stelle (Bundesbeschaffung GmbH) und Dr. N*** (Auftraggeber) mitgeteilt.

Am 27.1.2005 stellte die Vergabekommission in ihrer Sitzung fest, dass der Antragsteller sowohl im Hauptangebot, als auch im Alternativangebot die Geräte leihweise angeboten habe, was sowohl den Bestimmungen des Liefervertrags als auch denen des Leistungsverzeichnisses (Beilage./3, Punkt j - Kosten für die Anschaffung) widerspreche. Auch sei in der Vergabebekanntmachung vom 11.8.2004 explizit das Wort "Kauf" angeführt. Der Wille des Auftraggebers sei daher eindeutig auf den Kauf der Geräte hin ausgerichtet gewesen. Während der Angebotsfrist wäre genügend Zeit gegeben gewesen, um zu klären, ob auch ein leihweises zur Verfügung Stellen möglich wäre. Der Antragsteller habe jedoch dies nicht getan. Das Angebot des Antragstellers sei nicht ausschreibungskonform und somit gem. § 98 Z 8 BVergG 2002 auszuscheiden. Da die B*** als Bestbieter ermittelt worden sei, sei diesem Angebot der Zuschlag zu erteilen. Die Zustimmung zu dieser internen Entscheidung der Vergabekommission sei mittels Rundlaufbeschlusses erfolgt. Am 27.1.2005 stellte die Vergabekommission in ihrer Sitzung fest, dass der Antragsteller sowohl im Hauptangebot, als auch im Alternativangebot die Geräte leihweise angeboten habe, was sowohl den Bestimmungen des Liefervertrags als auch denen des Leistungsverzeichnisses (Beilage./3, Punkt j - Kosten für die Anschaffung) widerspreche. Auch sei in der Vergabebekanntmachung vom 11.8.2004 explizit das Wort "Kauf" angeführt. Der Wille des Auftraggebers sei daher eindeutig auf den Kauf der Geräte hin ausgerichtet gewesen. Während der Angebotsfrist wäre genügend Zeit gegeben gewesen, um zu klären, ob auch ein leihweises zur Verfügung Stellen möglich wäre. Der Antragsteller habe jedoch dies nicht getan. Das Angebot des Antragstellers sei nicht ausschreibungskonform und somit gem. Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 auszuscheiden. Da die B*** als Bestbieter ermittelt worden sei, sei diesem Angebot der Zuschlag zu erteilen. Die Zustimmung zu dieser internen Entscheidung der Vergabekommission sei mittels Rundlaufbeschlusses erfolgt.

Am 31.1.2005 wurde der C*** und der B*** via Telefax mitgeteilt, dass auf Grund des Ergebnisses der Bestbieterermittlung beabsichtigt sei, den Zuschlag dem Gesamtangebot der "B***" zu erteilen.

Mit selben Datum wurde dem Antragsteller ebenfalls via Telefax mitgeteilt, dass seine Angebote gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 auszuscheiden seien, da die "Muss-Forderung" gemäß den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllen würde: Es sei mit der Veröffentlichung der Ausschreibungsunterlagen die Lieferung von Testsystemen ausgeschrieben worden. In der Vergabebekanntmachung der Europäischen Union sei ausdrücklich auf einen Lieferauftrag in Form eines Kaufes hingewiesen worden. Sowohl aus den Titeln als auch den Dokumenten der Ausschreibung ergebe sich, dass der Auftraggeber beabsichtige, den Auftragsgegenstand zu kaufen. Dies impliziere, dass der Auftragsgegenstand (Testsystem gemäß Leistungsverzeichnis, Beilage./3 zum Liefervertrag bestehend aus Testkits, Geräten und erforderlichenfalls Zusatzreagenzien - und Material) in das Eigentum des Auftraggebers übergehen solle. Aus dem Begleitschreiben zu den Angeboten des Antragstellers ergebe sich allerdings, dass sowohl für das Gesamtangebot als auch für das Alternativangebot keine Gerätekosten anfallen würden, da die Geräte für die

Dauer des Liefervertrages leihweise angeboten werden würden. Der Auftraggeber habe jedoch keine Geräteleihe beabsichtigt, da die Geräte auch nach der Abarbeitung der 408.000 Testungen noch einen materiellen Wert für den Auftraggeber darstellen würden. Außerdem wurde in dieser Mitteilung des Auftraggebers dem Antragsteller bekannt gegeben, dass auf Grund der Ergebnisse der Bestbieterermittlung beabsichtigt sei, den Zuschlag der B*** zu erteilen. Mit selbem Datum wurde dem Antragsteller ebenfalls via Telefax mitgeteilt, dass seine Angebote gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 auszuschneiden seien, da die "Muss-Forderung" gemäß den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllen würde: Es sei mit der Veröffentlichung der Ausschreibungsunterlagen die Lieferung von Testsystemen ausgeschlossen worden. In der Vergabebekanntmachung der Europäischen Union sei ausdrücklich auf einen Lieferauftrag in Form eines Kaufes hingewiesen worden. Sowohl aus den Titeln als auch den Dokumenten der Ausschreibung ergebe sich, dass der Auftraggeber beabsichtige, den Auftragsgegenstand zu kaufen. Dies impliziere, dass der Auftragsgegenstand (Testsystem gemäß Leistungsverzeichnis, Beilage./3 zum Liefervertrag bestehend aus Testkits, Geräten und erforderlichenfalls Zusatzreagenzien - und Material) in das Eigentum des Auftraggebers übergehen solle. Aus dem Begleitschreiben zu den Angeboten des Antragstellers ergebe sich allerdings, dass sowohl für das Gesamtangebot als auch für das Alternativangebot keine Gerätekosten anfallen würden, da die Geräte für die Dauer des Liefervertrages leihweise angeboten werden würden. Der Auftraggeber habe jedoch keine Geräteleihe beabsichtigt, da die Geräte auch nach der Abarbeitung der 408.000 Testungen noch einen materiellen Wert für den Auftraggeber darstellen würden. Außerdem wurde in dieser Mitteilung des Auftraggebers dem Antragsteller bekannt gegeben, dass auf Grund der Ergebnisse der Bestbieterermittlung beabsichtigt sei, den Zuschlag der B*** zu erteilen.

Auf Grund einer Anfrage des Antragstellers teilte der Auftraggeber am 9. Februar 2005 mit, dass die Bewertung des Bestangebotes gemäß den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen des gegenständlichen Verfahrens, Punkt 30, Zuschlagskriterien, und Punkt 31, Ermittlung des Bestangebotes, erfolgt sei. Es habe sich nachfolgende Bewertung ergeben:

"Angebot der Firma C***:

(Tabelle)

Hauptangebot der Firma B***:

(Tabelle)

Das Alternativangebot der Firma B*** wurde nicht berücksichtigt."

Das Angebot der C*** sei zwar das Günstigste, auf Grund der erheblich längeren Arbeitszeiten der Proben jedoch nicht das beste Angebot (Gesamtpunktezahl). Da die B*** mit ihrem Hauptangebot die höchste Punktezahl der zu bewertenden Angebote erreicht habe, sei geplant, den Zuschlag der B*** zu erteilen.

In seinem Schriftsatz vom 11. Februar 2005 stellte der Antragsteller unter Punkt I.b die im Spruch wiedergegebenen Begehren. Außerdem wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt und ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 18. Februar 2005, Zl. 04N-6/05-6, stattgegeben. Der unter Punkt I.a gestellte Antrag, die Entscheidung des Auftraggebers vom 31.1.2005, das Haupt- und das Alternativangebot der A*** auszuschneiden, für nichtig zu erklären, wurde mit Schriftsatz vom 4.3.2005 unter Hinweis darauf zurückgezogen, dass die Ausscheidensentscheidung ohnehin mit dem Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung angefochten worden sei, jedoch die Zurückziehung dieses Antrages keinesfalls als Anerkennung der Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers zu verstehen sei. Darin sowie in einem weiteren Schriftsätzen vom 17.3.2005 wird im Wesentlichen begründend vorgebracht, dass die Zuschlagsentscheidung insoweit rechtswidrig erscheine, als sie keine Angaben darüber enthalte, auf welches der beiden von der Firma B*** gelegten Angebote der Zuschlag erteilt werden solle. Die Verständigung des Auftraggebers sei rechtzeitig im Sinne von § 163 Abs. 2 letzter Satz BVergG 2002 erfolgt. Diese sei unmittelbar vor der Einbringung des Nachprüfungsantrages erfolgt und stehe daher jedenfalls im Einklang mit den zitierten gesetzlichen Bestimmungen, nämlich dass "spätestens gleichzeitig" mit der Einbringung des Nachprüfungsantrages eine Auftraggeberverständigung durch den Nachprüfungswerber zu erfolgen habe. Der Antragsteller erachte sich durch die angefochtene Entscheidung in seinem subjektiven Recht auf Erteilung des Zuschlags und in seinem Recht auf Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter verletzt. In seinem Schriftsatz vom 11. Februar 2005 stellte der Antragsteller unter Punkt römisch eins.b die im Spruch wiedergegebenen Begehren. Außerdem wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt

und ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 18. Februar 2005, Zl. 04N-6/05-6, stattgegeben. Der unter Punkt römisch eins.a gestellte Antrag, die Entscheidung des Auftraggebers vom 31.1.2005, das Haupt- und das Alternativangebot der A*** auszuschneiden, für nichtig zu erklären, wurde mit Schriftsatz vom 4.3.2005 unter Hinweis darauf zurückgezogen, dass die Ausscheidensentscheidung ohnehin mit dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung angefochten worden sei, jedoch die Zurückziehung dieses Antrages keinesfalls als Anerkennung der Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers zu verstehen sei. Darin sowie in einem weiteren Schriftsätzen vom 17.3.2005 wird im Wesentlichen begründend vorgebracht, dass die Zuschlagsentscheidung insoweit rechtswidrig erscheine, als sie keine Angaben darüber enthalte, auf welches der beiden von der Firma B*** gelegten Angebote der Zuschlag erteilt werden solle. Die Verständigung des Auftraggebers sei rechtzeitig im Sinne von Paragraph 163, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2002 erfolgt. Diese sei unmittelbar vor der Einbringung des Nachprüfungsantrages erfolgt und stehe daher jedenfalls im Einklang mit den zitierten gesetzlichen Bestimmungen, nämlich dass "spätestens gleichzeitig" mit der Einbringung des Nachprüfungsantrages eine Auftraggeberverständigung durch den Nachprüfungswerber zu erfolgen habe. Der Antragsteller erachte sich durch die angefochtene Entscheidung in seinem subjektiven Recht auf Erteilung des Zuschlags und in seinem Recht auf Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter verletzt.

Der dem Antragsteller vom Auftraggeber mit Schreiben vom 31.1.2005 genannte Grund für das Ausscheiden seines Haupt- und Alternativangebotes, nämlich die Nichterfüllung von Muss-Forderungen der Ausschreibung, sei unzutreffend. In den Ausschreibungsunterlagen sei zu Einem der Begriff "Muss-Forderungen" nicht verwendet worden, zum anderen würde sich an keiner Stelle der Hinweis oder eine Festlegung finden, dass der Kauf eines Testsystems ausgeschrieben werde und das Testsystem zwingend in das Eigentum des Auftraggebers überzugehen habe. Der Auftraggeber habe möglicherweise in der Bekanntmachung den Kauf des Testsystems zum Ausdruck gebracht. Das Testsystem sei jedoch in der Bekanntmachung nicht definiert worden, sondern scheine erst im Leistungsverzeichnis der Ausschreibung auf. In der Ausschreibung selbst werde an keiner Stelle auf einen Kauf Bezug genommen, sondern nur der Begriff der Lieferung verwendet. Für die zivilrechtliche Qualifikation eines Vertrages seien die Angaben in der Bekanntmachung irrelevant und ausschließlich der in der Ausschreibung als vertragsrelevant bezeichnete Teil ausschlaggebend. Nach den Ausschreibungsbedingungen bestehe der Liefervertrag aus der Liefervertragsurkunde, den allgemeinen Bedingungen und den Beilagen, die das Angebotsschreiben mit der Bietererklärung und den Fragebögen, das Preis- und Bewertungsblatt sowie das Leistungsverzeichnis umfassen würden. Dies ergebe eindeutig, dass die Bekanntmachung nicht Vertragsbestandteil und für die zivilrechtliche Qualifikation des Vertrages damit irrelevant sei. Der Ausschreibung komme im Übrigen höherer Erklärungswert als der Bekanntmachung zu. Während bei der Berichtigung der Ausschreibung eine persönliche Verständigung der Bewerber und Bieter erforderlich sei, sei eine Berichtigung der Bekanntmachung nur in derselben Weise bekannt zu machen wie die ursprüngliche Bekanntmachung.

In den Ausschreibungsunterlagen werde weitgehend der Begriff des Abschlusses des Lieferauftrages verwendet, der jedoch sowohl Erwerbs- als auch Gebrauchsüberlassungsverträge erfasse. Der Auftraggeber habe keinen Kauf sondern vielmehr ein vertraglich näher spezifiziertes Dauerschuldverhältnis dadurch ausgeschrieben, dass über den Vertragszeitraum Testsysteme sowie eine bestimmte Anzahl von Testkits geliefert werden sollten.

Kaufverträge seien Zielschuldverhältnisse, die grundsätzlich keine Beendigung durch Zeit oder Kündigung vorsehen würden. Die Dauer des Liefervertrages sei jedoch mit 24 Monaten festgelegt. Den Ausschreibungsunterlagen folgend würde zudem ein Recht auf Kündigung eingeräumt. Gegen das Vorliegen eines Kaufvertrages würde auch die Preisgleitung sprechen.

Außerdem hätte sich der Auftraggeber gemäß § 915 ABGB bei einer unklaren Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen die für ihn nachteilige Auslegung zurechnen zu lassen. Im Hinblick auf die vage und nicht eindeutige Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen zum Vertragstypus würden die Angebote des Antragstellers voll inhaltlich den Ausschreibungsbedingungen entsprechen. Es sei auch das Ausscheiden der Angebote des Antragstellers auf Grund seiner Äußerung im Begleitschreiben, dass für die Durchführung der Tests und die Dauer des Liefervertrages die Geräte kostenlos und leihweise zur Verfügung gestellt werden sollen, zu Unrecht erfolgt. Diese Passage im Begleitschreiben zu den Angeboten sei seinem objektiven Erklärungswert nach darüber hinaus als Wissensklärung zu werten. Außerdem hätte sich der Auftraggeber gemäß Paragraph 915, ABGB bei einer unklaren Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen die für ihn nachteilige Auslegung zurechnen zu lassen. Im Hinblick auf

die vage und nicht eindeutige Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen zum Vertragstypus würden die Angebote des Antragstellers voll inhaltlich den Ausschreibungsbedingungen entsprechen. Es sei auch das Ausscheiden der Angebote des Antragstellers auf Grund seiner Äußerung im Begleitschreiben, dass für die Durchführung der Tests und die Dauer des Liefervertrages die Geräte kostenlos und leihweise zur Verfügung gestellt werden sollen, zu Unrecht erfolgt. Diese Passage im Begleitschreiben zu den Angeboten sei seinem objektiven Erklärungswert nach darüber hinaus als Wissenserklärung zu werten.

Würde man demgegenüber vom Vorliegen einer Willenserklärung im Begleitschreiben ausgehen, wäre diese im Übrigen im Zusammenhang mit der Erklärung des Bieters in den Ausschreibungsunterlagen zu interpretieren, mit den darin enthaltenen Bestimmungen einverstanden zu sein, und sie für ein künftiges Vertragsverhältnis als bindend anzusehen. Damit liege bestenfalls eine undeutliche Erklärung des Antragstellers vor, welche gemäß § 915 ABGB zu seinem Nachteil, nämlich im Sinne einer uneingeschränkten Bindung an die Ausschreibungsbestimmungen, zu interpretieren sei. Auch unter diesem Gesichtspunkt liege kein Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen vor. Die kommerziellen Ausschreibungsunterlagen würden ein vom Bieter zu übermittelndes Begleitschreiben überhaupt nicht anführen, sodass ein solches auch nicht als Vertragsbestandteil zu werten und jedenfalls nachrangig zu behandeln sei. Auch unter diesem Gesichtspunkt liege kein Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen vor. Eine richtige Interpretation des § 98 Z 8 BVergG 2002 führe zur Unzulässigkeit des Ausscheidens der Angebote des Antragstellers. Würde man demgegenüber vom Vorliegen einer Willenserklärung im Begleitschreiben ausgehen, wäre diese im Übrigen im Zusammenhang mit der Erklärung des Bieters in den Ausschreibungsunterlagen zu interpretieren, mit den darin enthaltenen Bestimmungen einverstanden zu sein, und sie für ein künftiges Vertragsverhältnis als bindend anzusehen. Damit liege bestenfalls eine undeutliche Erklärung des Antragstellers vor, welche gemäß Paragraph 915, ABGB zu seinem Nachteil, nämlich im Sinne einer uneingeschränkten Bindung an die Ausschreibungsbestimmungen, zu interpretieren sei. Auch unter diesem Gesichtspunkt liege kein Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen vor. Die kommerziellen Ausschreibungsunterlagen würden ein vom Bieter zu übermittelndes Begleitschreiben überhaupt nicht anführen, sodass ein solches auch nicht als Vertragsbestandteil zu werten und jedenfalls nachrangig zu behandeln sei. Auch unter diesem Gesichtspunkt liege kein Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen vor. Eine richtige Interpretation des Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 führe zur Unzulässigkeit des Ausscheidens der Angebote des Antragstellers.

Der Antragsteller würde sich auch gegenüber den anderen Bietern keinen Wettbewerbsvorteil verschaffen, zumal die für die Tests erforderlichen Geräte ohnehin für die gesamte Vertragslaufzeit unentgeltlich angeboten werden würden. Zudem müssten die potenziell kontaminierten Geräte so gründlich dekontaminiert werden, dass sie mit großer Wahrscheinlichkeit zu zerstören wären. Für andere Tests auf dem Markt seien Geräte - wenn überhaupt - nur mit größtem finanziellem, personellem sowie zeitlichem Aufwand verwendbar.

Die Unsicherheit in Bezug auf die Annahme eines Kaufes ergebe sich auch aus dem Protokoll der Vergabekommission vom 13.12.2004, zumal lediglich zwei von sieben Mitgliedern der Vergabekommission anwesend gewesen seien und die Ausscheidensentscheidung erst am 27.1.2005 durch "Umlaufbeschluss" getroffen worden sei. Die unvollständige Besetzung der Vergabekommission belaste auch die Vergabeentscheidung mit Rechtswidrigkeit. Auffallend sei auch, dass die Ausscheidensentscheidung erst mehr als zwei Monate nach der Angebotsöffnung getroffen worden sei. Daraus ergebe sich, dass das Angebot des Antragstellers ursprünglich als ausschreibungskonform beurteilt worden sei. Aus diesem Grunde seien auch vom Antragsteller Unterlagen nachgefordert worden, was bei einem nicht ausschreibungskonformen Angebot nicht erforderlich gewesen wäre. Auch sei im Protokoll der Vergabekommission vom 13.12.2004 keinerlei schriftliche Begründung für das Ausscheiden des Angebotes enthalten, sodass auf Grund eines zumindest zweifelhaften Verlaufes der Angebotsprüfung auf mögliche Interventionen zum Nachteil des Antragstellers geschlossen werden könne.

Die bloße Protokollierung von Sitzungen der Vergabekommission und Erörterung allfälliger Problemfelder im Rahmen der Vorbereitung dieser Sitzungen entspreche nicht den Anforderungen des § 95 Abs. 1 BVergG 2002. Im gegenständlichen Fall sei daher von einer nicht ordnungsgemäß durchgeführten Angebotsprüfung auszugehen. Gemäß § 88 Abs. 5 Z 3 BVergG 2002 wären wesentliche Vorbehalte und Erklärungen bei der Angebotsöffnung zu verlesen und zu protokollieren. Eine solche Verlesung hätte jedoch nicht stattgefunden, woraus geschlossen werden könne, dass der Auftraggeber diese nicht als wesentlich eingeschätzt habe. Die Form der Einreichung des Angebotes enthebe den Auftraggeber nicht von der Verpflichtung zur Verlesung wesentlicher vorbehaltener Erklärungen im Sinne

von § 88 Abs. 5 Z 3 BVergG 2002. Die Tatsache, dass die Geräte, Zusatzmaterialien und Zusatzreagenzien mit Euro 0,- ausgepriesen worden seien, reiche auch nicht aus, um die Verpflichtung zur Verlesung zu ersetzen, sondern wäre im Hinblick auf die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers auch der Hinweis auf die kostenlose und leihweise zur Verfügungstellung der Geräte zu verlesen gewesen. Die Auspreisung der Positionen "Kosten für Geräte" und "Kosten für Zusatzmaterial und Zusatzreagenzien" mit Euro 0,- sei auch von den Auftraggebern als zulässig erachtet worden. Bei dieser Auspreisung mit Euro 0,- handle es sich um eine Willenserklärung und somit um ein verbindliches Angebot, während die Wortfolge "kostenlos und leihweise" im Begleitschreiben als Wissenserklärung zu werten sei. Die bloße Protokollierung von Sitzungen der Vergabekommission und Erörterung allfälliger Problemfelder im Rahmen der Vorbereitung dieser Sitzungen entspreche nicht den Anforderungen des Paragraph 95, Absatz eins, BVergG 2002. Im gegenständlichen Fall sei daher von einer nicht ordnungsgemäß durchgeführten Angebotsprüfung auszugehen. Gemäß Paragraph 88, Absatz 5, Ziffer 3, BVergG 2002 wären wesentliche Vorbehalte und Erklärungen bei der Angebotsöffnung zu verlesen und zu protokollieren. Eine solche Verlesung hätte jedoch nicht stattgefunden, woraus geschlossen werden könne, dass der Auftraggeber diese nicht als wesentlich eingeschätzt habe. Die Form der Einreichung des Angebotes enthebe den Auftraggeber nicht von der Verpflichtung zur Verlesung wesentlicher vorbehaltener Erklärungen im Sinne von Paragraph 88, Absatz 5, Ziffer 3, BVergG 2002. Die Tatsache, dass die Geräte, Zusatzmaterialien und Zusatzreagenzien mit Euro 0,- ausgepriesen worden seien, reiche auch nicht aus, um die Verpflichtung zur Verlesung zu ersetzen, sondern wäre im Hinblick auf die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers auch der Hinweis auf die kostenlose und leihweise zur Verfügungstellung der Geräte zu verlesen gewesen. Die Auspreisung der Positionen "Kosten für Geräte" und "Kosten für Zusatzmaterial und Zusatzreagenzien" mit Euro 0,- sei auch von den Auftraggebern als zulässig erachtet worden. Bei dieser Auspreisung mit Euro 0,- handle es sich um eine Willenserklärung und somit um ein verbindliches Angebot, während die Wortfolge "kostenlos und leihweise" im Begleitschreiben als Wissenserklärung zu werten sei.

Die vom Antragsteller vorgelegten Angebote wären als Bestangebote zu werten. Die Bewertung des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers durch den Auftraggeber sei unrichtig, da der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger bekannt gegebene Personalzeitaufwand zu kurz angegeben worden sei, was zu einem Ausscheiden der beiden Angebote des präsumtiven Zuschlagsempfängers wegen unrichtiger Angaben führen hätte müssen.

Mit Schriftsatz vom 15. 2. 2005, sowie vom 11. 3. und 24. 3. 2005 nahm der Auftraggeber zu dem Vorbringen des Antragstellers Stellung: Der geschätzte Auftragswert über die Lieferung eines Testsystems für 408.000 Testungen gemäß dem bis dato maßgeblichen Lieferkonditionen des Auftraggebers (Zweijahresbedarf) sei mit Euro 4,080.000,-- beziffert worden. Auf Grund des größeren Wettbewerbs am Markt sei das ursprünglich genannte Auftragsvolumen nach den am 4. Oktober 2004 eingegangenen Angeboten auf ca. Euro 2,100.000,-- gesunken. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei gemäß § 100 Abs. 1 BVergG 2002 am 31. Jänner 2005 per Telefax erfolgt. Der Auftrag sei bis dato nicht vergeben und sei auch die Ausschreibung nicht widerrufen worden. Mit Schriftsatz vom 15. 2. 2005, sowie vom 11. 3. und 24. 3. 2005 nahm der Auftraggeber zu dem Vorbringen des Antragstellers Stellung: Der geschätzte Auftragswert über die Lieferung eines Testsystems für 408.000 Testungen gemäß dem bis dato maßgeblichen Lieferkonditionen des Auftraggebers (Zweijahresbedarf) sei mit Euro 4,080.000,-- beziffert worden. Auf Grund des größeren Wettbewerbs am Markt sei das ursprünglich genannte Auftragsvolumen nach den am 4. Oktober 2004 eingegangenen Angeboten auf ca. Euro 2,100.000,-- gesunken. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei gemäß Paragraph 100, Absatz eins, BVergG 2002 am 31. Jänner 2005 per Telefax erfolgt. Der Auftrag sei bis dato nicht vergeben und sei auch die Ausschreibung nicht widerrufen worden.

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, da keine Verständigung gemäß § 163 Abs. 2 BVergG 2002 erfolgt sei. In Folge der unzulässigen Auftraggeberverständigung sei der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, da keine Verständigung gemäß Paragraph 163, Absatz 2, BVergG 2002 erfolgt sei. In Folge der unzulässigen Auftraggeberverständigung sei der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Im Bekanntmachungsformular an das Amtsblatt der Europäischen Union sei unter Punkt II. 1.2. (Art des Lieferauftrages) die Intention des Kaufes bekannt und damit ein Kauf ausgeschrieben worden. Es sei dazu das Kästchen neben dem Wort "Kauf" gekennzeichnet worden, sodass damit eindeutig festgelegt worden sei, dass Ausschreibungsgegenstand der Kauf des gesamten Testsystems - und nicht nur ein Teil davon - sein soll und keinesfalls eine bloße Miete oder Leihe erfolgen sollen. Vom Kauf sei auch in den Festlegungen der

Ausschreibungsbedingungen niemals abgegangen worden. Eine mehrfache Festlegung des Vertragstypus sei nach Ansicht des Auftraggebers auch nicht erforderlich. Bei der Bekanntmachung handle es sich gemäß § 20 Z 6 BVergG 2002 ex lege um einen Teil der Ausschreibung. Die unterschiedlichen Bekanntmachungsformen bei der Berichtigung der Bekanntmachung einerseits und der Berichtigung der Ausschreibung andererseits seien auf die unterschiedlichen Publizitätsformen zurückzuführen. Im Fall, dass sich der Antragsteller nur auf den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen verlassen habe, sei zu bezweifeln, dass es sich um einen redlichen Erklärungsempfänger handle. Jedenfalls habe sich der Antragsteller von der Bekanntmachung und deren Inhalt Kenntnis verschaffen müssen, um überhaupt zu den Ausschreibungsunterlagen gelangen zu können. Im Bekanntmachungsformular an das Amtsblatt der Europäischen Union sei unter Punkt römisch zwei. 1.2. (Art des Lieferauftrages) die Intention des Kaufes bekannt und damit ein Kauf ausgeschrieben worden. Es sei dazu das Kästchen neben dem Wort "Kauf" gekennzeichnet worden, sodass damit eindeutig festgelegt worden sei, dass Ausschreibungsgegenstand der Kauf des gesamten Testsystems - und nicht nur ein Teil davon - sein soll und keinesfalls eine bloße Miete oder Leihe erfolgen sollen. Vom Kauf sei auch in den Festlegungen der Ausschreibungsbedingungen niemals abgegangen worden. Eine mehrfache Festlegung des Vertragstypus sei nach Ansicht des Auftraggebers auch nicht erforderlich. Bei der Bekanntmachung handle es sich gemäß Paragraph 20, Ziffer 6, BVergG 2002 ex lege um einen Teil der Ausschreibung. Die unterschiedlichen Bekanntmachungsformen bei der Berichtigung der Bekanntmachung einerseits und der Berichtigung der Ausschreibung andererseits seien auf die unterschiedlichen Publizitätsformen zurückzuführen. Im Fall, dass sich der Antragsteller nur auf den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen verlassen habe, sei zu bezweifeln, dass es sich um einen redlichen Erklärungsempfänger handle. Jedenfalls habe sich der Antragsteller von der Bekanntmachung und deren Inhalt Kenntnis verschaffen müssen, um überhaupt zu den Ausschreibungsunterlagen gelangen zu können.

Da bei der vorhergehenden Ausschreibung erhebliche Auffassungsunterschiede darüber bestanden hätten, was unter einem Testsystem für BSE-Tests zu verstehen sei, sei im Gegensatz zur vorhergehenden Ausschreibung in der nunmehrigen, verfahrensgegenständlichen Ausschreibung der Begriff "Testsystem" im Punkt 2 des Leistungsverzeichnisses eindeutig definiert worden. Danach bestehe das Testsystem aus Testkits, Geräten und erforderlichen Zusatzreagenzien- Materialien. Auch seien bei der Auspreisung am "Preis- und Bewertungsblatt" die Kosten für Testkits, für Geräte und für Zusatzmaterial und Zusatzreagenzien anzugeben gewesen.

Auch die Beendigung des Vertragsverhältnisses durch Zeit oder Kündigung spreche nicht gegen das Vorliegen eines Kaufes des Testsystems. Diese wäre vielmehr notwendig, um klarzulegen, bis wann, oder bis zu welcher Menge der Auftragnehmer verpflichtet sei, BSE-Tests zu liefern. Auch könne beispielsweise ein Abonnent einer Tageszeitung mit einer auf eine bestimmte Dauer, mit Preisgleitung und vorgesehener Vertragskündigungsmöglichkeit Vertragspartei eines Kaufvertrages sein und erwerbe Eigentum an den zu erhaltenen Zeitungen.

Bei der Ausschreibung handle es sich zivilrechtlich um eine Aufforderung zur Angebotslegung und um keinen Vertrag. Dieser werde erst mit der Zuschlagserteilung abgeschlossen. Bieter und Antragsteller hätten kein subjektives Recht auf eine konkrete Zusammensetzung der Vergabekommission und auf eine bestimmte Sitzungsdauer oder Anwesenheitsdauer einzelner Mitglieder. Die Wahl der Entscheidungsfindung liege im Ermessen des Auftraggebers. Protokolle der Vergabekommission würden der internen Dokumentation dienen und keine Mitteilung an Außenstehende enthalten. Welches Mitglied der Vergabekommission, die als Kollegialorgan des Auftraggebers eingerichtet sei, zu welchem Zeitpunkt die Ausscheidung wahrgenommen habe, müsse gemäß den Anforderungen der Niederschrift in § 95 Abs. 1 BVergG 2002 nicht vermerkt sein. Es seien darin lediglich alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten. Der Antragsteller habe sein Angebot als ungeordnetes Konvolut eingereicht, sodass das Vorhandensein der Wortfolge "kostenlos und leihweise" vom Auftraggeber erst im Rahmen der Prüfung festgestellt werden habe können. Aus dem Nichtverlesen könne jedoch nicht geschlossen werden, dass der Auftraggeber diese Wortfolge nicht als wesentlich eingeschätzt habe. Eine Sanierung von den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Erklärungen könne jedoch dadurch herbeigeführt werden, dass diese nicht bei der Angebotsöffnung verlesen werden. Der Antragsteller hätte auch im Übrigen auf die Nichtverlesung aufmerksam machen können. Jedenfalls könne der Antragsteller aus dem Nichtverlesen keine Rechtsfolgen zu seinen Gunsten ableiten. Dem einzelnen Bieter komme eine Mitwirkungsobliegenheit bei der Angebotsöffnung zu. Der Antragsteller habe im Haupt- und im Alternativangebot einzig Kosten für die Testkits ausgewiesen. Die Kosten von Geräten und Zusatzmaterial sowie Zusatzreagenzien seien hingegen mit Euro 0,- bei der Ausschreibung handle es sich

zivilrechtlich um eine Aufforderung zur Angebotslegung und um keinen Vertrag. Dieser werde erst mit der Zuschlagserteilung abgeschlossen. Bieter und Antragsteller hätten kein subjektives Recht auf eine konkrete Zusammensetzung der Vergabekommission und auf eine bestimmte Sitzungsdauer oder Anwesenheitsdauer einzelner Mitglieder. Die Wahl der Entscheidungsfindung liege im Ermessen des Auftraggebers. Protokolle der Vergabekommission würden der internen Dokumentation dienen und keine Mitteilung an Außenstehende enthalten. Welches Mitglied der Vergabekommission, die als Kollegialorgan des Auftraggebers eingerichtet sei, zu welchem Zeitpunkt die Ausscheidung wahrgenommen habe, müsse gemäß den Anforderungen der Niederschrift in Paragraph 95, Absatz eins, BVergG 2002 nicht vermerkt sein. Es seien darin lediglich alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten. Der Antragsteller habe sein Angebot als ungeordnetes Konvolut eingereicht, sodass das Vorhandensein der Wortfolge "kostenlos und leihweise" vom Auftraggeber erst im Rahmen der Prüfung festgestellt werden habe können. Aus dem Nichtverlesen könne jedoch nicht geschlossen werden, dass der Auftraggeber diese Wortfolge nicht als wesentlich eingeschätzt habe. Eine Sanierung von den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Erklärungen könne jedoch dadurch herbeigeführt werden, dass diese nicht bei der Angebotsöffnung verlesen werden. Der Antragsteller hätte auch im Übrigen auf die Nichtverlesung aufmerksam machen können. Jedenfalls könne der Antragsteller aus dem Nichtverlesen keine Rechtsfolgen zu seinen Gunsten ableiten. Dem einzelnen Bieter komme eine Mitwirkungsobliegenheit bei der Angebotsöffnung zu. Der Antragsteller habe im Haupt- und im Alternativangebot einzig Kosten für die Testkits ausgewiesen. Die Kosten von Geräten und Zusatzmaterial sowie Zusatzreagenzien seien hingegen mit Euro 0,-

beziffert worden, was begrifflich einer Nichtangabe eines Preises und einer unentgeltlichen zur Verfügungstellung gleichzuhalten sei.

Durch die laut seinem Angebot für den Vertragszeitraum kostenfreie und leihweise zur Verfügungstellung der Geräte würden die Angebote des Antragstellers den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, in denen eindeutig festgelegt sei, dass das Testsystem mit allen Komponenten gekauft werden solle. Die Angebote könnten eventuell als Alternativangebote gewertet werden, für deren Gültigkeit gemäß den allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen allerdings das Vorhandensein eines gültigen Hauptangebotes Voraussetzung wäre. Die Zuschlagsentscheidung entspreche den Bestimmungen des § 100 Abs. 1 BVergG 2002. Diese normierten, dass den Bietern mitzuteilen sei, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden solle. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung des Auftraggebers dahingehend, dass den Bietern mit der Bekanntgabe gemäß § 100 Abs. 1 leg.cit. auch bekannt zu geben sei, welchem Angebot des präsuntiven Bestbieters der Zuschlag erteilt werden solle, sei dem Gesetz nicht zu entnehmen. Auch sei der Auftraggeber der Verpflichtung, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes mitzuteilen, nachgekommen. Dem Transparenzgebot sei entgegen der Ansicht des Antragstellers entsprochen worden. Durch die laut seinem Angebot für den Vertragszeitraum kostenfreie und leihweise zur Verfügungstellung der Geräte würden die Angebote des Antragstellers den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, in denen eindeutig festgelegt sei, dass das Testsystem mit allen Komponenten gekauft werden solle. Die Angebote könnten eventuell als Alternativangebote gewertet werden, für deren Gültigkeit gemäß den allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen allerdings das Vorhandensein eines gültigen Hauptangebotes Voraussetzung wäre. Die Zuschlagsentscheidung entspreche den Bestimmungen des Paragraph 100, Absatz eins, BVergG 2002. Diese normierten, dass den Bietern mitzuteilen sei, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden solle. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung des Auftraggebers dahingehend, dass den Bietern mit der Bekanntgabe gemäß Paragraph 100, Absatz eins, leg.cit. auch bekannt zu geben sei, welchem Angebot des präsuntiven Bestbieters der Zuschlag erteilt werden solle, sei dem Gesetz nicht zu entnehmen. Auch sei der Auftraggeber der Verpflichtung, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes mitzuteilen, nachgekommen. Dem Transparenzgebot sei entgegen der Ansicht des Antragstellers entsprochen worden.

Im Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers sei gemäß den Ausschreibungsunterlagen die Abarbeitungszeit (Personalzeitaufwand) von 416 Minuten bewertet worden. Aus der eingereichten Laborbestätigung habe der Auftraggeber den Personalzeitaufwand für 320 Proben (416 Minuten) und nicht den hochgerechneten Personalzeitaufwand von 390 Minuten für die Bewertung von 300 Proben (wie in der Ausschreibung vorgesehen) verwendet, da ohnehin eine Laborbestätigung eines unabhängigen Labors nachgewiesen hätte werden müssen. Im Vergleich zu bloßen Produkt- und Marktinformationen des Herstellers habe eine Bestätigung eines unabhängigen Labors eine höhere Beweiskraft.

Mit Telefaxmitteilung vom 14. Februar 2005 informierte der Auftraggeber die C*** und B*** über die Einleitung des

Nachprüfungsverfahrens gemäß § 163 Abs. 3 BVergG 2002. Mit Telefaxmitteilung vom 14. Februar 2005 informierte der Auftraggeber die C*** und B*** über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 163, Absatz 3, BVergG 2002.

Mit Schriftsatz vom 18.2.2005, eingebracht am 21.2.2005, stellte die B*** (1. Teilnahmeantragsteller) einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren sowie auf Abweisung der Nachprüfungsanträge der A*** vom 11.2.2005. Außerdem wurde ein Antrag auf Akteneinsicht gestellt. In einem weiteren Schriftsatz des 1. Teilnahmeantragstellers vom 10.3.2005 wurde begründend ausgeführt, dass die Entscheidung des Auftraggebers, die Angebote des Antragstellers auszuschneiden, zu Recht erfolgt sei. Unter "Leihe" sei die Übergabe einer Sache zum unentgeltlichen Gebrauch zu verstehen. Der Begriff "Lieferung" umfasse einen entgeltlichen Auftrag, dessen Vertragsgegenstand der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder der Ratenkauf von Waren, nicht aber die unentgeltliche Leihe zu subsumieren seien. Der Begriff des Lieferauftrages gemäß § 2 BVergG 2002 umfasse keinesfalls eine unentgeltliche Leihe. Die Unklarheitsregel des § 915 ABGB sei im gegenständlichen Fall als subsidiäre Regelung nicht anwendbar, zumal gar keine Unklarheit bestehe. Der Antragsteller verschaffe sich durch die von den Ausschreibungsbestimmungen abweichenden Angebote einen Wettbewerbsvorteil, der darin bestehe, dass der Antragsteller nur für einen Teil des ausgeschriebenen Testsystems tatsächlich einen Preis ansetzen müsse und darüber hinaus zusätzlich - entgegen der Ausschreibung - das Eigentum an den übrigen Teilen des ausgeschriebenen Testsystems zurückbehalte. Mit der Behauptung des "zweifelhaften Weges" des Ausscheidens des Angebotes des Antragstellers werde der Versuch der Konkretisierung bestimmter Verdächtigungen des Auftraggebers unternommen. Der Personalaufwand im Angebot des 1. Teilnahmeantragstellers sei richtig angegeben worden und durch eine Laborbestätigung nachgewiesen worden. Da der Antragsteller seinen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung zurückgezogen habe, fehle es ihm am rechtlichen Interesse am Abschluss des Vertrages, sodass die verbleibenden Anträge des Antragstellers zurückzuweisen seien. Es werde daher der Antrag auf Ab- bzw. Zurückweisung der Nachprüfungsanträge des Antragstellers gestellt. Mit Schriftsatz vom 18.2.2005, eingebracht am 21.2.2005, stellte die B*** (1. Teilnahmeantragsteller) einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren sowie auf Abweisung der Nachprüfungsanträge der A*** vom 11.2.2005. Außerdem wurde ein Antrag auf Akteneinsicht gestellt. In einem weiteren Schriftsatz des 1. Teilnahmeantragstellers vom 10.3.2005 wurde begründend ausgeführt, dass die Entscheidung des Auftraggebers, die Angebote des Antragstellers auszuschneiden, zu Recht erfolgt sei. Unter "Leihe" sei die Übergabe einer Sache zum unentgeltlichen Gebrauch zu verstehen. Der Begriff "Lieferung" umfasse einen entgeltlichen Auftrag, dessen Vertragsgegenstand der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder der Ratenkauf von Waren, nicht aber die unentgeltliche Leihe zu subsumieren seien. Der Begriff des Lieferauftrages gemäß Paragraph 2, BVergG 2002 umfasse keinesfalls eine unentgeltliche Leihe. Die Unklarheitsregel des Paragraph 915, ABGB sei im gegenständlichen Fall als subsidiäre Regelung nicht anwendbar, zumal gar keine Unklarheit bestehe. Der Antragsteller verschaffe sich durch die von den Ausschreibungsbestimmungen abweichenden Angebote einen Wettbewerbsvorteil, der darin bestehe, dass der Antragsteller nur für einen Teil des ausgeschriebenen Testsystems tatsächlich einen Preis ansetzen müsse und darüber hinaus zusätzlich - entgegen der Ausschreibung - das Eigentum an den übrigen Teilen des ausgeschriebenen Testsystems zurückbehalte. Mit der Behauptung des "zweifelhaften Weges" des Ausscheidens des Angebotes des Antragstellers werde der Versuch der Konkretisierung bestimmter Verdächtigungen des Auftraggebers unternommen. Der Personalaufwand im Angebot des 1. Teilnahmeantragstellers sei richtig angegeben worden und durch eine Laborbestätigung nachgewiesen worden. Da der Antragsteller seinen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung zurückgezogen habe, fehle es ihm am rechtlichen Interesse am Abschluss des Vertrages, sodass die verbleibenden Anträge des Antragstellers zurückzuweisen seien. Es werde daher der Antrag auf Ab- bzw. Zurückweisung der Nachprüfungsanträge des Antragstellers gestellt.

Auf Grund der Anfragen des Bundesvergabeamtes vom 25.3.2005 und 30.3.2005 an das Labor D*** (Dr. M***), gibt dieses in den Schreiben vom 29.3.2005 und vom 30.3.2005 an, in keinerlei rechtlichem oder verpflichtendem Verhältnis zum präsumtiven Zuschlagsempfänger zu stehen. Seit dem Jahr 2000 würde das BSE-Testsystem von B*** bzw. Prionics herangezogen werden. Zuerst sei der PrionicsR-Western-Check und seit September 2003 der PrionicsR-LIA-Check in Verwendung. Pro Platte würden 80 Proben getestet werden. Vier Platten würden 320 Proben ergeben. Entscheidend sei die Zeit pro Platte. Ob die Platte mit 80 Proben voll belegt sei oder nur mit 60 Proben ändere nichts am eigentlichen Zeitablauf, da die Inkubationszeiten - wie bei allen Tests - konsequent eingehalten werden müssten. Lediglich bei der zu Beginn der Testung vorgesehenen Probenentnahme - der eigentliche 1. Inkubationsstart (Verdau) könnte verzögert sein, da für 320 Proben mehr Proben zu entnehmen seien, was jedoch am Personal liege. Es seien

zwar für die Berechnung vom Auftraggeber keine Vorgaben vorgegeben worden, als Ausgangspunkt der Berechnung sei das Öffnen des ersten Probengefäßes sowie als Endpunkt das Vorliegen eines Testergebnisses, das die Ausstellung von Befunden für alle zu untersuchenden Proben bei maximal fünf Mitarbeitern erlaube, herangezogen worden.

Das Labor habe sich sklavisch genau an die vom Hersteller vorgegebenen Bearbeitungs- und Inkubationsschritte gehalten, um die Zeiten beziffern zu können. Unverständlich sei die feste Ausrichtung auf 300 Proben, zumal andere ELISA-Testsysteme auch jeweils 80 Proben pro Platte umfassen würden und nicht täglich 300 Proben bearbeitet werden würden. Vom Labor würden 400 Proben mit maximal 4 Mitarbeitern zu Testbeginn bearbeitet (Probenentnahme, 1-2 Probenentnehmer, 1 Homogenisierer, 1 Pipettierer). Danach seien nur noch zwei Mitarbeiter tätig. Bei 300 Proben seien maximal drei Mitarbeiter tätig (Probenentnahme, 1 Probenentnehmer, 1 Homogenisierer, 1 Pipettierer) und danach wieder zwei. Ein Mitarbeiter schneide pro 60 Minuten 100-120 Proben, wobei parallel dazu homogenisiert und die Inkubationsplatte pipettiert werde. Die Platten seien mit einem Zeitversatz von 15 Minuten angesetzt worden, sodass die weiteren nachfolgenden Bearbeitungsschritte in aller Sorgfalt und Ruhe von zwei Mitarbeitern abgeleistet werden könnten. Die Zusatzmaterialien und -reagenzien bzw. Geräte seien im Zeitfenster des Testkits entsprechend der Herstelleranleitung bereits enthalten. Die angegebenen 416 Minuten würden sich aus den aufsummierten Personenminuten ergeben, wobei 20 Proben mehr auf fünf Minuten Verzögerung hinauslaufen würden.

Zum Testablauf wurde Folgendes ausgeführt:

"Unveränderbare reine Testzeit sind 60 min Verdau (weiße Platte), +60 min Inkubation (blaue Platte), +90 min Capturing (schwarze Platte), +5-10 Detektion=215 min für 80 Proben

2 Mitarbeiter beproben in 80 min 320 Proben oder in 75 min 300 Proben=Summe 160 min, danach gehen die Mitarbeiter

Parallel dazu homogenisiert 1 Mitarbeiter per Automat (2 Automaten sind im Einsatz) diese Proben in 45 min (45sec/4Proben), Zeitversatz 10 min bis die ersten 8 Proben geschnitten sind, Summe 160+45=205, danach geht der Mitarbeiter

Parallel dazu pipettiert 1 Mitarbeiter die weiße Platte in 5 min, Zeitversatz 20 min, dh. 40 min nach der 1. Beprobung ist die 1. Platte (80 Proben) im Verdau für 60 min und bleibt die Resttestzeit vor Ort=215 min + 205 min=420

Die 416 min ergeben sich aus der genauen Berechnung, die oben angeführte Rechnung ist vereinfacht."

In der mündlichen Verhandlung vom 30.3.2005 stellte die C*** (2. Teilnahmeantragsteller) einen Teilnahmeantrag, in welchem begehrt wurde, die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers zu Gunsten von B*** für nicht zu erklären. Weiters wurde begehrt, dass das Bundesvergabeamt möge "die Ausschließung der Fa. A*** Aufrecht erhalten" und "den Zuschlag an die Fa. C***" erteilen. Der 2. Teilnahmeantragsteller erachte sich in seinem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt.

Bei genauer Prüfung müsste das Angebot des 2.

Teilnahmeantragstellers vor jenem des präsumtiven Zuschlagsempfängers liegen. Der Antragsteller habe ausgeschlossen zu bleiben. Der Schaden liege im Verlust des Umsatzes und des Gewinnes sowie eines wichtigen Referenzprojektes. In der Begründung wurde insbesondere ausgeführt, dass es unerklärlich wäre, wie es bei grundsätzlich vergleichbarem ELISA-Testaufbau, zu derartig großen Unterschieden bei der Bewertung zu Grunde gelegtem Kriterium "Personalaufwandzeit in Minuten" kommen könne. Die Laborbestätigung des präsumtiven Zuschlagsempfängers beinhalte eine Unterteilung in einerseits 416 Minuten reine Arbeitszeit und andererseits in 547 Minuten (working hours = alle Zeiten aufsummiert). Für die Bewertung seien 416 Minuten herangezogen worden. In den Ausschreibungsunterlagen werde jedoch unter Punkt 2k "Personalzeitaufwand" auf die Gesamtzeit bis zum Vorliegen aller 300 Probenergebnisse inkl. allfälliger Wartezeiten abgestellt.

Es sei daher auch Personalzeitaufwand einzurechnen, wenn das Personal nicht aktiv tätig sei, jedoch vor Ort anwesend sein müsse. Ausgangspunkt der Berechnung sei das Öffnen des ersten Probengefäßes. Endpunkt sei das Vorliegen eines Testergebnisses. Der im Angebot des 2. Teilnahmeantragstellers angegebene Personalzeitaufwand sei entsprechend der Ausschreibung errechnet worden. Unter Berücksichtigung der offiziellen Kennzahlen des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe die TSE-Expertin, Dr. O***, Zahlen errechnet, aus denen sich eine Diskrepanz zur Laborbestätigung (390 min gegenüber 582,5 min) ergebe. Auch sei der Prionics-LIA Test hinsichtlich des

Arbeitszeitaufwandes für die Abarbeitung durchaus vergleichbar. Dies könne durch die für BSE zuständigen Laborbetriebe, die über Erfahrungen über beide Tests verfügen würden, bestätigt werden. Dazu werden der Dr. P***, Schleswig-Holstein, Tierseuchen und Tierkrankheiten, sowie Dr. J***, State Veterinary Institute Olomouc, namhaft gemacht.

Der Antragsteller schließt sich dem Vorbringen des 2. Teilnahmeantragstellers mit Ausnahme seines Vorbringens zum Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers an.

Nach Angaben des Antragstellers sei die Einräumung von 24 Monaten Garantie auf die Geräte im Begleitschreiben zum Angebot lediglich im Hinblick auf die Ausschreibung erfolgt. Auf die gegenständliche Ausschreibung sei der Antragsteller durch das Studium des Amtsblattes der Europäischen Union aufmerksam geworden. Eine Bestätigung, dass alle wesentlichen Bestandteile bei der Angebotsöffnung verlesen worden seien, sei im Bewusstsein, ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt zu haben, erfolgt. Zur Frage eines bestehenden Eigentumsverhältnisses des Erstteilnahmeantragstellers und dem bestätigenden Labor D*** verweist der Erstteilnahmeantragsteller auf die bestehende Geschäftsbeziehung mit diesem Labor. Aus einer im Internet angegebenen engen Kooperation zwischen dem Hersteller P*** AG, Schweiz, dem Vertreiber B*** und dem untersuchenden Labor könne nicht auf eine rechtlich-faktische Beziehung geschlossen werden. Der Auftraggeber habe sich hinsichtlich der Beziehungen auf eine Auskunft von R*** (R***) gestützt.

Der 2. Teilnahmeantragsteller hebt hervor, dass aus der Laborbestätigung des präsumtiven Zuschlagsempfängers lediglich das Endergebnis hervorgehe. Es sei aus dieser nicht ersichtlich, auf Grund welcher Vorgangsweise das Ergebnis ermittelt worden sei. Daraus ergebe sich nicht, ob entsprechend Punkt 2k der Ausschreibung geprüft worden sei. Der Auftraggeber gibt dazu an, dass die aus erfahrenen Fachleuten bestehende Fachkommission der AGES die Laborbestätigung überprüft und als glaubhaft eingestuft habe.

Mit Schreiben vom 4.4.2005 wurde der präsumtive Zuschlagsempfänger vom Bundesvergabeamt aufgefordert, die im Schreiben der D*** vom 27.9.2004 erwähnte genaue Analyse für die 320 Proben, die der D*** zur Bestätigung übergeben wurde, bis zum 5.4.2005 vorzulegen. Dem kam der präsumtive Zuschlagsempfänger nicht nach.

Im Zuge weiterer Anfragen durch das Bundesvergabeamt vom 4. und 5.4.2005 bestätigte die D*** (Dr. M***) mit den Schreiben vom 5.4.2005, dass für die Beprobung von zusätzlichen 20 Proben über den gesamten Testablauf hindurch lediglich mit 5 Minuten Verzögerung zu rechnen sei. Hinsichtlich der Frage, worin der Unterschied zwischen den bestätigten 416 Minuten (Hands on Time) und 547 Minuten (Working Hours) bestehe, wurde von der D*** ausgeführt, dass sich die 547 Minuten aus der Zeit plus Leerlauf, Probenetikettierung, Datenbank, Telefonieren, Fax etc. zusammensetzen würden. Hinsichtlich dieser aufgezählten Zeiten wird Folgendes ausgeführt:

".....Während Leerlaufzeiten (das sind die Zeiten in denen Inkubationen, Reaktion, ablaufen, siehe Herstelleranweisung 2x60 min, 1x90) sind nur noch 2 Mitarbeiter vor Ort, diese müssen allerdings vor Ort sein, denn der Test arbeitet sich leider noch nicht von alleine ab.

Auch zur Probenetikettierung benötige man durchaus Personal. ..."

In der Folge wird im Schreiben vom 5.4.2005 eine Nachtschicht mit "300 Proben" und 5 Mitarbeitern und allen möglichen Zusatzwidrigkeiten dargestellt:

"Proben treffen ein: 1. Kurier mit 200 Proben (großer Schlachthof und angrenzende Tierärzte, z.B. 10 Einzelproben), Proben sind in Transportbehälter unsortiert, d.h. die Reihenfolge stimmt nicht mit der Schlachtliste überein und muß entsprechen sortiert werden. Mitarbeiter (MA) 1+2 gehen in die Probenannahme, MA1 sortiert, MA2 etikettiert (d.h. Prüfung der ID-Nr. und entsprechende Vergabe mit internen ID-Nr., die konsequent während des gesamten Tests mitgeführt werden, um Verwechslungen auszuschließen (das wäre fatal!).

1. 2.Ziffer 2

Kurier trifft ein mit 50 Proben von einem Schlachthof, 10 Proben eines weiteren kleinen Schlachthofes und 10 Tierärzten aus Hausschlachtungen.

Mittlerweile gehen MA3+4 ins Labor zur Probenentnahme, da MA 1+2 die ersten 50 Proben etikettiert und geprüft haben, hier startet der eigentliche Test. MA5 folgt mit Zeitversatz zum Homogenisieren.

1. 3.Ziffer 3

Kurier trifft ein mit restlichen 30 Proben, allen Kleinbetrieb mit max. 1-2 Schlachtungen.

Ma2 etikettiert und erfasst per Scanner (Barcode) immer noch in der Probenannahme, während MA 3+4 Proben ziehen und MA5 homogenisiert.

UND jetzt kommen die Herausforderungen:

Probenannahme MA2: Geburtsdatum fehlt, ID-Nummer vom Tierarzt fehlt, Schrift unleserlich, Barcode verblutet (muß manuell eingegeben werden) etc., dies sind Widrigkeiten, die nichts mit dem Test zu tun haben, aber in der Routine immer wieder auftreten. Probenentnahme MA 3+4: die eine oder andere Probe ist völlig zerstückelt (die zum Testen notwendige Obexregion fehlt, d.h. die Probe ist nicht beprobbar, kommt selten vor, kommt aber vor) etc. Hier wird telefonisch Kontakt mit den Verantwortlichen aufgenommen und Klärung herbeigeführt MA1 (bei IVB z.B. Dokumentation durch Digitalphotos, müssen Mitarbeiter vornehmen und ist zusätzliche Arbeit). Zu diesem Zeitpunkt wird online an die deutsche Erfassungsdatenbank die Anzahl der eingegangenen Proben inkl. ID-Schlachthof/Tierarzt/Besitzer etc.gemeldet

Dann ist alles beprobt, homogenisiert und auf der weißen Verdauplatte, MA 1-3 gehen nach Hause, MA4+5 sind bis Testende vor Ort. Nach Ende der Testung werden die Ergebnisse wieder online an HIT gemeldet. Derzeit informieren wir noch die entsprechenden Stellen in der Nacht, doch dies soll in Kürze über einen Faxserver automatisch von HIT erfolgen. Doch dies gehört noch in die "Working hours", und wenn man in der Nachtschicht Pech hat, können nach Testende noch 50 Faxe zum versenden anstehen, doch ich denke, die Problematik kennen Ihre Labors. Mit freundlichen Grüßen

Dr. M*** "

Weiters wurde vom 2. Teilnahmeantragsteller am 6.4.2005 eine beglaubigte Übersetzung einer Darstellung des Dr. J*** vom 31.3.2005 vorgelegt, die einen Vergleich zur Kalkulation der "Mann Minuten-Methode" zwischen den Tests des präsumtiven Zuschlagsempfängers und des Tests des 2. Teilnahmeantragstellers beinhaltet. Aus dieser Kalkulation ergibt sich für den Test des 2. Teilnahmeantragstellers eine Zeit von 3,5 bis 4 Stunden und für den Test des präsumtiven Zuschlagsempfängers eine Zeit 4 bis 4,15 Stunden.

Der Auftraggeber trat dem Antrag des 2. Teilnahmeantragstellers mit Schriftsatz vom 6.4.2005 entgegen. Punkt 2k des Leistungsverzeichnisses umfasse nur jene Zeiten, in denen das Personal vor Ort vorhanden sein müsse. Prozessbedingte Wartezeiten, in denen das Personal nicht vor Ort anwesend sein müsse, seien e contrario in den Personalzeitaufwand nicht einzurechnen. Der Personalzeitaufwand würde sich vom Abarbeitungszeitraum unterscheiden, der in Punkt 2 h letzter Satz des Leistungsverzeichnisses beschrieben sei. Dieser dürfe bei 300 Proben nicht über 10 Stunden betragen.

Die vom 2. Teilnahmeantragsteller genannte Gesamtarbeitszeit von 582,5 Minuten sei von dem zur Bewertung im gegenständlichen Vergabeverfahren herangezogenen Personalzeitaufwand zu unterscheiden. Bei der Darstellung von Dr. O*** handle es sich um keine unabhängige Expertenmeinung. Selbst wenn die 547 Minuten für die Bewertung heranzuziehen wären, würde dies am Ergebnis der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers nichts ändern.

Einzelne Mitglieder der Fachkommission hätten Erfahrungen mit den angebotenen Tests, zumal diese Tests von den Herstellern im Jahr 2001 in Mödling präsentiert worden seien. Zum Zwecke der Darstellung der Plausibilitätsprüfung werde eine grafische Darstellung beigelegt, aus der die Zeitkalkulation für 300 Proben für den vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotenen Test veranschaulicht werde.

In der mündlichen Verhandlung am 7.4.2005 führte der Auftraggeber aus, dass im Zuge der Angebotsöffnung das Preis- und Bewertungsblatt jedes Angebotsblattes mit allen Positionen verlesen worden sei. Auch sei verlesen worden, ob Prospektbeilagen den Angeboten beigelegt seien, inwiefern Subunternehmer beigezogen worden seien und ob die Angebote in Papierform und in elektronischer Form vorgelegt worden seien. Da keine wesentlichen Vorbehalte und Erklärungen vorgelegen seien, seien auch keine solchen verlesen worden. Diese Vorgangsweise wurde vom 2. Teilnahmeantragsteller bestätigt. Das Begleitschreiben des Antragstellers zum Angebot sei inhaltsmäßig nicht verlesen worden. Zur Prüfung der Personalaufwandszeit wurde vom Auftraggeber ausgeführt, dass diese von der aus den Mitgliedern Dr. F***, Dr. S*** und Dr. E*** bestehenden Fachkommission iSd Gleichbehandlung der Bieter auf Grundlage der Angebote im Hinblick auf ihre Plausibilität geprüft worden sei. Zumindest Dr. S*** und Dr. E*** wären die angebotenen Tests im Zuge einer Präsentation bekannt gewesen. Das Schreiben von Dr. F*** vom 22.12.2004 sei

als Einzelaktion zu werten. Die Fachkommission hätte auf Grund der Kenntnisse der restlichen Mitglieder entscheiden können. Bei der Beilage im Schreiben vom 6.4.2005 handle es sich um eine nachträgliche Ausführung des Auftraggebers zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers.

Die Vergabekommission habe sich nach Angaben des Auftraggebers aus Dr. BN*** (kommerzielles Mitglied), zwei Mitgliedern der Fachkommission (Dr. S***, Dr. F***), und Mitgliedern der Bundesbeschaffung GmbH (Mag. L*** - teilweise anwesend, Mag. V***, und Mag. S***) zusammengesetzt. Die Fachkommission habe aus den oben angegebenen Mitgliedern und Dr. G*** bestanden. Der Zeuge, Dr. U***, gab an, dass die Angaben bezüglich der Reduktion der Personalaufwandszeiten bei 320 Proben mit 416 Minuten auf 400 Minuten bei 300 Proben auf vorsichtigen Schätzungen der Mitarbeiter der "B-D****" beruhen würden. Für die Angaben der D***, dass 20 Proben eine Verzögerung von 5 Minuten bedeuten würden, hatte Dr. U*** keine Erklärung, zumal es ihm an Routineerfahrung fehle. Die Prozesszeit umfasse den Beginn des Eingangs der Probe bis zum Vorliegen des Resultats der Probe.

Der Zeuge, Dr. S***, vom Institut für veterinärmedizinische Untersuchungen gab an, dass die an sich plausible Aussage zu den Personalaufwandzeiten im Sinne einer entsprechenden Dokumentation dargestellt werden sollte. Vor diesem Hintergrund sei auch die Anfrage von Dr. F*** zu verstehen. Die fachliche Prüfung der Fachkommission sei auf Grund der Originalunterlagen im Angebot und den Schreiben des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom 28.9.2004, 4.11.2004 und vom 23.12.2004 erfolgt. Entscheidend für die Bewertung seien die Angaben von 416 Minuten für die Abarbeitung von 320 Proben gewesen. Die Angabe von 400 Minuten hinsichtlich der Abarbeitung von 300 Proben sei als plausibel einzustufen. Bei den Personalaufwandzeiten handle es sich um "Cirka-Zeiten". Nach Ansicht des Zeugen Dr. S*** würden die Angaben des bestätigenden Labors betreffend 5 Minuten Zeitaufwand für 20 Proben unter Heranziehung von 4 Personen für die Präanalytik plausibel sein. Die angegebenen 400 Minuten seien vor dem Hintergrund zu werten, dass die Präanalytik nur durch eine Person erfolge.

Die den Personalaufwandzeiten der verschiedenen Angebote der Bieter zugrunde liegenden plausiblen Berechnungsmethoden wären durchaus miteinander vergleichbar. Beim Angebot des 2. Teilnahmeantragstellers seien die einzelnen Zeiten aufsummiert worden, was sich plausibel aus der diesem Angebot beiliegenden grafischen Darstellung ergebe. Der erste Schritt der Plausibilitätsprüfung habe sich auf die Angaben im Angebot bezogen. Die Laborbestätigung habe zur sauberen Dokumentation gedient und lediglich die Angaben im Angebot untermauert. Der Faktor Personalzeitaufwand spiele eine wichtige Rolle. Die Flexibilität stelle ein wesentliches Kriterium für die Berechnung des Personalzeitaufwandes dar. Im Unterschied zu den anderen angebotenen Tests ermögliche es der Test des 2.

Teilnahmeantragstellers nicht, dass Laborfachkräfte anderweitig beschäftigt werden könnten. Im Gegensatz dazu wäre es beim vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotenen Test möglich, sich circa drei Stunden während der Testphase zu entfernen. Eine grafische Darstellung in Form einer möglichen Verschachtelung sei nach Angaben Dr. S*** zwar nur dem Angebot des 2. Teilnahmeantragstellers beigegeben, die Personalaufwandzeiten könnten jedoch durchaus auch ohne grafische Darstellung auf Grund des Fachwissens beurteilt werden. Eine grafische Darstellung stelle zwar für einen Laien eine Hilfe dar, sei aber in der Ausschreibung nicht gefordert gewesen. Im Rahmen einer Präsentation 2001 sei der damals, sich nicht auf dem Markt befindende, vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Test vorgestellt worden. Die grafische Darstellung vom 6.4.2005 zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers enthalte sowohl die Pipettierung als auch die Reagenzvorbereitungen. Diese seien zwar nicht gesondert angeführt, würden aber erfasst sein, da es sich um "Cirka-Zahlen" handle. Die Reinigungsschritte seien über die möglichen Zeitpuffer, die in die Berechnung eingeflossen seien, erfasst.

Zu den Angaben von Dr. M*** vom 5.4.2005, 20.58 Uhr, dass während der Leerlaufzeiten nur noch zwei Mitarbeiter vor Ort sein müssen, da sich der Test leider nicht von alleine abarbeite, führte der Zeuge, Dr. S***, aus, dass diese irritierende Aussage im ersten Moment nicht erklärt werden könne und es sich dabei um ein Missverständnis oder um eine besondere Situation handeln müsse. Die angeführten nötigen "Vor-Ort-Mitarbeiter" während der Leerlaufzeit könnten beim vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotenen Test durchaus den Raum verlassen.

Der Zeuge, Dr. E***, vom Institut für veterinärmedizinische Untersuchungen gab an, dass für die Fachkommission auf Grund der Unterlagen die Angaben hinsichtlich der Personalaufwandzeiten nachvollziehbar gewesen seien. Der Hinweis von Frau O***, das im Sinne der Gleichbehandlung nicht mehr an die Bieter herangetreten werden dürfe, sei für die Fachkommission kein Problem gewesen. Ein Diagramm sei nicht erforderlich gewesen. Auf Grund von Routine

und den Angebotsunterlagen sei nachvollziehbar gewesen, dass für 300 Proben ein Personalzeitaufwand von circa 400 Minuten erforderlich sei. Die vom bestätigenden Labor angegebenen 5 Minuten für die Testung von 20 Proben sind nach Ansicht von Dr. E*** im Hinblick auf die Präanalytik unter Berücksichtigung von 4 Mitarbeitern nachvollziehbar. Die von Dr. M*** angegebenen Leerlaufzeiten, in welchen denen Mitarbeiter vor Ort anwesend sein müssten, sei nach Ansicht von Dr. E*** so zu verstehen, dass zwar vorbereitende Tätigkeiten durchgeführt werden könnten, die ständige Anwesenheit von Laborfachkräften vor Ort im Testlabor jedoch nicht durchgehend während des Geräteeinsatzes erforderlich sei.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Die österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH (AGES) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002. Sie wurde gemäß den §§ 6 und 8 Gesundheits- und Ernährungssicherheitsgesetz (in der Folge GESG) i. d.F. BGBl. I Nr. 78/2002 zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Der auf Grund seiner rechtlichen Konstruktion als GmbH und damit als juristische Person einzustufende Auftraggeber erfüllt jedenfalls die in § 7 Abs. 1 Z 2 lit. b BVergG 2002 geforderte Voraussetzung einer zumindest vorliegenden Teilrechtsfähigkeit. Gemäß § 7 Abs. 2 GESG hat der Bund die Alleingesellschafterstellung inne und unterliegt der Auftraggeber hinsichtlich seiner Tätigkeiten und Aufgaben der ausschließlichen Kontroll- und Weisungskompetenz des Bundesministerium für Gesundheit und Frauen. Damit ist auch die dritte kumulative Voraussetzung gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 leg. cit., nämlich lit. c BVergG 2002, erfüllt (vgl. BVA 16.9.2003, 08N- 94/03-36; 5.11.2003, 08N-94/03-192).Die österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH (AGES) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002. Sie wurde gemäß den Paragraphen 6 und 8 Gesundheits- und Ernährungssicherheitsgesetz (in der Folge GESG) i. d.F. Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 78 aus 2002, zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Der auf Grund seiner rechtlichen Konstruktion als GmbH und damit als juristische Person einzustufende Auftraggeber erfüllt jedenfalls die in Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, BVergG 2002 geforderte Voraussetzung einer zumindest vorliegenden Teilrechtsfähigkeit. Gemäß Paragraph 7, Absatz 2, GESG hat der Bund die Alleingesellschafterstellung inne und unterliegt der Auftraggeber hinsichtlich seiner Tätigkeiten und Aufgaben der ausschließlichen Kontroll- und Weisungskompetenz des Bundesministerium für Gesundheit und Frauen. Damit ist auch die dritte kumulative Voraussetzung gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, leg. cit., nämlich Litera c, BVergG 2002, erfüllt vergleiche BVA 16.9.2003, 08N- 94/03-36; 5.11.2003, 08N-94/03-192).

Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag i.S.d. § 2 BVergG 2002 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt gemäß § 12 Abs. 1 lit. cit. Euro 2,100.000,--, womit der einschlägige Schwellenwert von § 9 Abs. 1 leg. cit. für Lieferaufträge jedenfalls überschritten ist. Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag i.S.d. Paragraph 2, BVergG 2002 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt gemäß Paragraph 12, Absatz eins, lit. cit. Euro 2,100.000,--, womit der einschlägige Schwellenwert von Paragraph 9, Absatz eins, leg. cit. für Lieferaufträge jedenfalls überschritten ist.

II. Zulässigkeit der Anträge des Antragstellers:römisch zwei. Zulässigkeit der Anträge des Antragstellers:

Entgegen der Ansicht des Auftraggebers liegt eine nachweisliche rechtzeitig erfolgte Verständigung über den beabsichtigten Nachprüfungsantrag, unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeiten gemäß § 163 Abs. 2 BVergG 2002, vor. Dem um 11.52 Uhr beim Bundesvergabeamt eingebrachten Nachprüfungsantrag lag ein Faxesendebericht über die um 11.38 Uhr erfolgte Verständigung des Auftraggebers bei (vgl. auch VwGH 1.3.2005, 2004/04/0235).Entgegen der Ansicht des Auftraggebers liegt eine nachweisliche rechtzeitig erfolgte Verständigung über den beabsichtigten Nachprüfungsantrag, unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeiten gemäß Paragraph 163, Absatz 2, BVergG 2002, vor. Dem um 11.52 Uhr beim Bundesvergabeamt eingebrachten Nachprüfungsantrag lag ein Faxesendebericht über die um 11.38 Uhr erfolgte Verständigung des Auftraggebers bei vergleiche auch VwGH 1.3.2005, 2004/04/0235).

Auch wenn der Antragsteller mit Schriftsatz vom 4. März 2005 den Antrag unter Punkt I.a, "Das Bundesvergabeamt möge [im Vergabeverfahren 'Lieferung von Testsystemen zum Nachweis von krankheitsspezifischem Prionprotein im Stammhirn von Rindern (BBG GZ 530000182)'] die Entscheidung des Auftraggebers vom 31.1.2005, das Haupt- und Alternativangebot der A*** auszuschneiden, für nichtig zu erklären", zurückgezogen hat, liegt entgegen der Ansicht des

1. Teilnahmeantragstellers ein zulässiger Nachprüfungsantrag vor, der sich iSv § 20 Z 13 lit a sublit aa BVergG 2002 in einem offenen Verfahren zulässiger Weise gegen die gesondert anfechtbare Entscheidung der Zuschlagsentscheidung vom 31.1.2005 richtet. Richtigerweise geht der Antragsteller davon aus, dass die Ausscheidensentscheidung ohnehin mit dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung angefochten wird. Auch wenn der Antragsteller mit Schriftsatz vom 4. März 2005 den Antrag unter Punkt römisch eins.a, "Das Bundesvergabeamt möge [im Vergabeverfahren 'Lieferung von Testsystemen zum Nachweis von krankheitsspezifischem Prionprotein im Stammhirn von Rindern (BBG GZ 530000182)] die Entscheidung des Auftraggebers vom 31.1.2005, das Haupt- und Alternativangebot der A*** auszuschneiden, für nichtig zu erklären", zurückgezogen hat, liegt entgegen der Ansicht des 1. Teilnahmeantragstellers ein zulässiger Nachprüfungsantrag vor, der sich iSv Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002 in einem offenen Verfahren zulässiger Weise gegen die gesondert anfechtbare Entscheidung der Zuschlagsentscheidung vom 31.1.2005 richtet. Richtigerweise geht der Antragsteller davon aus, dass die Ausscheidensentscheidung ohnehin mit dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung angefochten wird.

Die Anfechtung der nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung der Ausscheidensentscheidung im Sinne von § 20 Z 13 lit. b leg. cit. ist von dem vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkt, nämlich der Verletzung des subjektiven Rechtes auf Erteilung des Zuschlages (vgl. VwGH 1. März 2005, 2003/04/0199), sowie in der vom Antragsteller behaupteten Verletzung des Rechts auf Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, ebenso wie von den vom Antragsteller angeführten Rechtswidrigkeitsgründen zur Ausscheidensentscheidung, umfasst (vgl. VwGH 20.10.2004, 2004/04/0105, ebenso Thienel, Anfechtung und Nichterklärung nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen?, RPA 2004, 73ff; Madl/Hauck, Das Vergabekontrollverfahren vor dem BVA in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 600). Die Anfechtung der nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung der Ausscheidensentscheidung im Sinne von Paragraph 20, Ziffer 13, Litera b, leg. cit. ist von dem vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkt, nämlich der Verletzung des subjektiven Rechtes auf Erteilung des Zuschlages (vergleiche VwGH 1. März 2005, 2003/04/0199), sowie in der vom Antragsteller behaupteten Verletzung des Rechts auf Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, ebenso wie von den vom Antragsteller angeführten Rechtswidrigkeitsgründen zur Ausscheidensentscheidung, umfasst (vergleiche VwGH 20.10.2004, 2004/04/0105, ebenso Thienel, Anfechtung und Nichterklärung nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen?, RPA 2004, 73ff; Madl/Hauck, Das Vergabekontrollverfahren vor dem BVA in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 600).

Das Bundesvergabeamt kann auch - entgegen der Ansicht des Teilnahmeantragstellers - nicht erkennen, dass es dem Antragsteller am rechtlichen Interesse am Abschluss des Vertrages fehle. Der Antragsteller weist im Übrigen im Rahmen der Zurückziehung noch darauf hin, dass diese Zurückziehung keinesfalls als Anerkennung der Ausscheidensentscheidung zu verstehen sei.

Es ist daher vom Bundesvergabeamt zu beurteilen, ob die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot des Antragstellers auszuschneiden, gesetzeskonform erfolgt ist (vgl. VwGH 25.6.2003, 2001/04/02002, 21.12.2004, 2003/04/0029). Die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 31.1.2005 stützt sich darauf, dass die Angebote des Antragstellers nicht die Mussforderungen gemäß den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen erfüllt haben, da der Auftragsgegenstand (Testsystem gemäß Leistungsverzeichnis, Beilage 3 zum Liefervertrag, bestehend aus Testkits, Geräten und erforderlichenfalls Zusatzreagenzien- und Material) auf Grund des den Angeboten des Antragstellers beiliegenden Begleitschreibens nicht in das Eigentum des Auftraggebers übergehe. In diesem Begleitschreiben habe der Antragsteller das leihweise zur Verfügung Stellen der Geräte auf Dauer des Liefervertrages zum Nulltarif angeboten. Es ist daher vom Bundesvergabeamt zu beurteilen, ob die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot des Antragstellers auszuschneiden, gesetzeskonform erfolgt ist (vergleiche VwGH 25.6.2003, 2001/04/02002, 21.12.2004, 2003/04/0029). Die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 31.1.2005 stützt sich darauf, dass die Angebote des Antragstellers nicht die Mussforderungen gemäß den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen erfüllt haben, da der Auftragsgegenstand (Testsystem gemäß Leistungsverzeichnis, Beilage 3 zum Liefervertrag, bestehend aus Testkits, Geräten und erforderlichenfalls Zusatzreagenzien- und Material) auf Grund des den Angeboten des Antragstellers beiliegenden Begleitschreibens nicht in das Eigentum des Auftraggebers übergehe. In diesem Begleitschreiben habe der Antragsteller das leihweise zur Verfügung Stellen der Geräte auf Dauer des Liefervertrages zum Nulltarif angeboten.

III. Zulässigkeit der Anträge der Teilnahmeantragsteller:römisch drei. Zulässigkeit der Anträge der Teilnahmeantragsteller:

Sowohl der Antrag des 1. Teilnahmeantragstellers (präsumtiver Zuschlagsempfänger) als auch jener des 2. Teilnahmeantragstellers wurde fristgerecht gemäß § 165 Abs. 2 2. Satz BVergG 2002 eingebracht. Beide Anträge entsprechen auch den formalen Voraussetzungen des § 167 BVergG 2002. Sowohl der Antrag des 1. Teilnahmeantragstellers (präsumtiver Zuschlagsempfänger) als auch jener des 2. Teilnahmeantragstellers wurde fristgerecht gemäß Paragraph 165, Absatz 2, 2. Satz BVergG 2002 eingebracht. Beide Anträge entsprechen auch den formalen Voraussetzungen des Paragraph 167, BVergG 2002.

IV. Ausschreibung - Lieferauftrag in Form eines Kaufes:römisch vier. Ausschreibung - Lieferauftrag in Form eines Kaufes

1. 1.Ziffer eins

Allgemeines:

Gemäß § 20 Z 6 BVergG 2002 wird die Ausschreibung als die an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmen gerichtete Erklärung des Auftraggebers definiert, in der er festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte (Bekanntmachung, Aufruf zum Wettbewerb, regelmäßige Bekanntmachung, Ausschreibungs-, Wettbewerbs- und Auktionsunterlagen). Gemäß Paragraph 20, Ziffer 6, BVergG 2002 wird die Ausschreibung als die an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmen gerichtete Erklärung des Auftraggebers definiert, in der er festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte (Bekanntmachung, Aufruf zum Wettbewerb, regelmäßige Bekanntmachung, Ausschreibungs-, Wettbewerbs- und Auktionsunterlagen).

Aus der Legaldefinition lässt sich keinerlei Rangordnung hinsichtlich Bedeutung und Wertung der Bekanntmachung einerseits und der Ausschreibungsunterlagen andererseits im offenen Verfahren ableiten. Vielmehr erfolgt in Klammer gesetzt eine Aufzählung, die sich nach der zeitlichen Abfolge des nach außen in Erscheinung Tretens, abhängig von der jeweiligen Verfahrensform, richtet. Dazu wird in den erläuternden Bemerkungen darauf hingewiesen, dass der Begriff "Ausschreibung" neben der Bekanntmachung u.a. auch die Ausschreibungsunterlagen umfasst (vgl. RV 1087, BIGNr. XXIGP, 20). Davon wird auch im gegenständlichen Vergabeverfahren ausgegangen. Aus der Legaldefinition lässt sich keinerlei Rangordnung hinsichtlich Bedeutung und Wertung der Bekanntmachung einerseits und der Ausschreibungsunterlagen andererseits im offenen Verfahren ableiten. Vielmehr erfolgt in Klammer gesetzt eine Aufzählung, die sich nach der zeitlichen Abfolge des nach außen in Erscheinung Tretens, abhängig von der jeweiligen Verfahrensform, richtet. Dazu wird in den erläuternden Bemerkungen darauf hingewiesen, dass der Begriff "Ausschreibung" neben der Bekanntmachung u.a. auch die Ausschreibungsunterlagen umfasst vergleiche Regierungsvorlage 1087, BIGNr. XXIGP, 20). Davon wird auch im gegenständlichen Vergabeverfahren ausgegangen.

1. 2.Ziffer 2

Liefervertrag:

Dass in der Bekanntmachung des gegenständlichen Auftrages - sowohl auf europäischer als auch auf österreichischer Ebene - die Kaufform als Lieferauftragsart angegeben wurde, wird vom Antragsteller gar nicht bestritten. Vielmehr bestätigte der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung vom 30.3.2005, auf die Ausschreibung auf Grund der Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union aufmerksam geworden zu sein. Es handelt sich hierbei auch um eine Lieferauftragsart, die unter den als entgeltliche Aufträge definierten Lieferaufträgen in § 2 BVergG 2002 neben dem Leasing, der Miete, der Pacht oder dem Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren, einschließlich von Nebenarbeiten, wie dem Verlegen und der Installation, aufscheint. Dass in der Bekanntmachung des gegenständlichen Auftrages - sowohl auf europäischer als auch auf österreichischer Ebene - die Kaufform als Lieferauftragsart angegeben wurde, wird vom Antragsteller gar nicht bestritten. Vielmehr bestätigte der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung vom 30.3.2005, auf die Ausschreibung auf Grund der Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union aufmerksam geworden zu sein. Es handelt sich hierbei auch um eine Lieferauftragsart, die unter den als entgeltliche Aufträge definierten Lieferaufträgen in Paragraph 2, BVergG 2002 neben dem Leasing, der Miete, der Pacht oder dem Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren, einschließlich von Nebenarbeiten, wie dem Verlegen und der Installation, aufscheint.

Die Beurteilung der Ausschreibungsunterlagen hat auf Basis des Interpretationsmaßstabes des § 914f ABGB zu erfolgen (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1; siehe dazu BVA 23.12.2003, 17N-

129/03-21, 23.7.2004, 04N-50/04-46, 8.7.2003, 14N-64/03-11 u.a.). Dabei ist nicht an der buchstäblichen Bedeutung des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit wie dies ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Die Beurteilung der Ausschreibungsunterlagen hat auf Basis des Interpretationsmaßstabes des Paragraph 914 f, ABGB zu erfolgen vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1; siehe dazu BVA 23.12.2003, 17N-129/03-21, 23.7.2004, 04N-50/04-46, 8.7.2003, 14N-64/03-11 u.a.). Dabei ist nicht an der buchstäblichen Bedeutung des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit wie dies ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte.

Dass sich der Liefervertrag auf das gesamte Testsystem bezieht, ergibt sich aus der durchgehenden Betitelung der Auftragsgegenstandes "Lieferung eines Testsystems zum Nachweis von krankheitsspezifischem Prionprotein im Stammhirn von Rindern" im Zusammenhalt mit der im Leistungsverzeichnis unter Punkt 2 festgelegten Begriffserklärung betreffend das Testsystem, das alle beweglichen Sachkomponenten, die zur validen Durchführung eines "Schnelltests" bzw einer "Testung" notwendig sind, umfasst, und aus "Testkits", "Geräten" und erforderlichenfalls "Zusatzreagenzien und -materialien" besteht.

Der Begriff "Geräte" wird wiederum als alle manuell zu bedienenden oder automatisch arbeitenden Werkzeuge und Maschinen definiert, die gemäß diesem Leistungsverzeichnis zur validen Untersuchung der unter Punkt 3 des Liefervertrages genannten Zahl von Testungen erforderlich und Teil des angebotenen "Testsystems" sind, sofern sie nicht schon Teil des "Testkits" sind. Auch wird im Liefervertrag unter Punkt 1. "Vorbemerkungen" wiederum darauf verwiesen, dass Ziel dieses Liefervertrages die Beschaffung von Testsystemen für ca. 408.000 Testungen (Schnelltests) zum Nachweis von krankheitsspezifischem Prionprotein im Stammhirn von Rindern für die Dauer von voraussichtlich 24 Monaten ab Zuschlagserteilung ist.

Ebenso wird darin unter Punkt 5. (Pflichten des Auftragnehmers) klargestellt, dass ein Testsystem für die genannte erforderliche Zahl von Testungen gemäß dem Leistungsverzeichnis (Beilage 3) und zu den unter Punkt 6 angeführten Lieferbedingungen zu liefern sei. Die Definition der "Kosten für Geräte" im Leistungsverzeichnis unter Punkt 2 j zielt ausdrücklich auf eine Anschaffung aller "Geräte" ab.

In den Ausschreibungsunterlagen scheint zwar nicht expressis verbis der Ausdruck "Kauf" auf, sondern es wird durchgehend der Begriff "Lieferung" oder "Liefervertrag" verwendet. In den rechtlichen Erörterungen in den Ausschreibungsunterlagen werden jedoch typische Rechtsfiguren des als entgeltliches Rechtsgeschäft einzustufenden Kaufes etwa im Liefervertrag die Garantie unter Punkt 5., die Gewährleistung und Wandlung unter Punkt 11. herangezogen. Dies steht zudem im Einklang mit der in der Bekanntmachung als Kauf spezifizierten Form des Lieferauftrages. In diesem Zusammenhang ist zudem darauf zu verweisen, dass an keiner Stelle der Ausschreibungsunterlagen auf das unentgeltliche Rechtsgeschäft der "Leihe" Bezug genommen wird.

Auf Grund dieser Erörterungen ist davon auszugehen, dass der ausgeschriebene Liefervertrag als Kaufvertrag, der das gesamte Testsystem inklusive der Geräte und der Zusatzmaterialien und Zusatzreagenzien" umfasst, zu werten ist. Für einen Kaufvertrag ist der Eigentumsübergang charakteristisch. An dieser Einstufung vermögen auch die Argumente des Antragstellers, dass es sich um einen auf die Dauer von zwei Jahren befristeten Liefervertrag handle, der auch durch Kündigung beendet werden könne und eine Preisgleitung enthalte, nichts zu ändern. Auch Sukzessivlieferungsverträge, oder Zuleitungs- und Bezugsverträge als Dauerschuldverhältnisse sind oft als Kaufverträge und damit als "atypische Kaufverträge" zu werten [vgl Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹² II (2001), 156; Aicher, in Rummel³, § 1052, 2174ff]. Auf Grund dieser Erörterungen ist davon auszugehen, dass der ausgeschriebene Liefervertrag als Kaufvertrag, der das gesamte Testsystem inklusive der Geräte und der Zusatzmaterialien und Zusatzreagenzien" umfasst, zu werten ist. Für einen Kaufvertrag ist der Eigentumsübergang charakteristisch. An dieser Einstufung vermögen auch die Argumente des Antragstellers, dass es sich um einen auf die Dauer von zwei Jahren befristeten Liefervertrag handle, der auch durch Kündigung beendet werden könne und eine Preisgleitung enthalte, nichts zu ändern. Auch Sukzessivlieferungsverträge, oder Zuleitungs- und Bezugsverträge als Dauerschuldverhältnisse

sind oft als Kaufverträge und damit als "atypische Kaufverträge" zu werten [vgl. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht 12. Aufl. (2001), 156; Aicher, in: Rummel 3, Paragraph 1052, 2174 f. f.,],

Die vom Antragsteller zitierte Regelung gemäß § 915 ABGB war im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht heranzuziehen, zumal ohnehin kein Zweifel hinsichtlich des Ausschlusses der Möglichkeit der Leihe gegeben ist. Bei der Bestimmung des § 915 ABGB handelt es sich nämlich um eine subsidiäre Regelung, die nur im Fall einer undeutlichen Äußerung anzuwenden ist (Rummel, in: Rummel 3, § 915 Rz 1). Die vom Antragsteller zitierte Regelung gemäß Paragraph 915, ABGB war im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht heranzuziehen, zumal ohnehin kein Zweifel hinsichtlich des Ausschlusses der Möglichkeit der Leihe gegeben ist. Bei der Bestimmung des Paragraph 915, ABGB handelt es sich nämlich um eine subsidiäre Regelung, die nur im Fall einer undeutlichen Äußerung anzuwenden ist (Rummel, in: Rummel 3, Paragraph 915, Rz 1).

Auch die Auslegung des vom EuGH herangezogenen Prüfungsmaßstabes des durchschnittlichen fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH, 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078] führt zu keinem anderen Ergebnis. Da im Text der Bekanntmachung unter der Rubrik "Lieferauftrag" eindeutig der Kauf genannt und als Auftragsgegenstand durchgehend vom gesamten Testsystem die Rede ist, welches entsprechend der Definition der Ausschreibungsunterlagen alle beweglichen Sachkomponenten, die zur validen Durchführung eines "Schnelltests" bzw. einer "Testung" notwendig sind, umfasst, und aus "Testkits", "Geräten" und erforderlichenfalls "Zusatzreagenzien und -materialien" besteht, musste ein - den üblichen Sorgfaltsmaßstab anlegender - Bieter den Auftragsgegenstand als auf einen Eigentumsübergang abzielenden Kauf des definierten Testsystems verstehen. Für ein leihweises zur Verfügung stellen der Geräte - wie vom Antragsteller in seinen Angeboten festgelegt - bleibt jedenfalls kein Raum.

V. Ausschreibungswidrige Angebote des Antragstellers: römisch fünf. Ausschreibungswidrige Angebote des Antragstellers:

Entgegen der Ansicht des Antragstellers handelt es sich bei der Erklärung des Antragstellers, für die Dauer des Liefervertrages die Geräte leihweise und kostenlos zur Verfügung zu stellen, um keine Willenserklärung sondern um eine Willenserklärung. Anschließend wird noch darauf Bezug genommen, dass wunschgemäß die zwei Jahre Garantie für die kostenlos leihweise zur Verfügung gestellten Geräte eingeräumt wird. Der Antragsteller bringt damit deutlich zum Ausdruck, die Geräte - anders als die Testkits - nicht verkaufen zu wollen und damit ins Eigentum des Auftraggebers zu übertragen, sondern diese selbst im Eigentum behalten und nur kostenlos leihweise für die Vertragsdauer zur Verfügung stellen zu wollen. Der Heranziehung der Regelung des § 915 ABGB bedarf es in diesem klaren Fall nicht. Daran vermag auch das Argument des Antragstellers betreffend die Reihung der Vertragsunterlagen nichts zu ändern. Entgegen der Ansicht des Antragstellers handelt es sich bei der Erklärung des Antragstellers, für die Dauer des Liefervertrages die Geräte leihweise und kostenlos zur Verfügung zu stellen, um keine Willenserklärung sondern um eine Willenserklärung. Anschließend wird noch darauf Bezug genommen, dass wunschgemäß die zwei Jahre Garantie für die kostenlos leihweise zur Verfügung gestellten Geräte eingeräumt wird. Der Antragsteller bringt damit deutlich zum Ausdruck, die Geräte - anders als die Testkits - nicht verkaufen zu wollen und damit ins Eigentum des Auftraggebers zu übertragen, sondern diese selbst im Eigentum behalten und nur kostenlos leihweise für die Vertragsdauer zur Verfügung stellen zu wollen. Der Heranziehung der Regelung des Paragraph 915, ABGB bedarf es in diesem klaren Fall nicht. Daran vermag auch das Argument des Antragstellers betreffend die Reihung der Vertragsunterlagen nichts zu ändern.

Mit dem leihweisen zur Verfügung Stellen der Geräte würde sich der Antragsteller gegenüber den anderen Bietern einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, zumal die dem Auftraggeber kostenlos verliehenen Geräte - anders als bei den übrigen Bietern, entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen - nicht in das Eigentum des Auftraggebers übergehen, sondern im Eigentum des Antragstellers verbleiben, und da er auch nach Vertragsablauf Eigentümer bleibt, diese wieder in seinen Besitz übergehen und ihm darüber wieder die volle Verfügungsgewalt eingeräumt würde.

In den Ausschreibungsunterlagen wird nicht expressis verbis von "Mussforderungen" gesprochen. Aus den oben zitierten Ausschreibungsbestimmungen sowie auch aus anderen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen - wie beispielsweise aus Punkt 20 "Hauptangebot und Alternativangebot" der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, wonach der Bieter ein Hauptangebot nach den Bestimmungen dieser Ausschreibungsunterlagen abzugeben hat und das Hauptangebot ein Angebot ist, das alle Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen zu erfüllen hat, ergibt sich

jedoch, dass das Hauptangebot den Ausschreibungsbestimmungen zu entsprechen hat, was beim Angebot des Antragstellers jedoch nicht der Fall ist. Weiters ist nach den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen unter Punkt 20 ein Alternativangebot nur neben einem gültigen Hauptangebot zulässig. Rechtliche und kommerzielle Alternativangebote sind unzulässig. Alternativangebote müssen entsprechend einer eigenen, als "Alternativangebot" bezeichneten Ausarbeitung, eingereicht werden. Diese Ausschreibung wurde nicht angefochten und ist damit bestandsfest geworden (vgl. VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; ebenso BVA 28.1.2005, 04N-131/04-38; 20.3.2003, 12N-110/03-11; 29.8.2003, 13N-72/03-11 u.a.). In den Ausschreibungsunterlagen wird nicht *expressis verbis* von "Mussforderungen" gesprochen. Aus den oben zitierten Ausschreibungsbestimmungen sowie auch aus anderen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen - wie beispielsweise aus Punkt 20 "Hauptangebot und Alternativangebot" der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, wonach der Bieter ein Hauptangebot nach den Bestimmungen dieser Ausschreibungsunterlagen abzugeben hat und das Hauptangebot ein Angebot ist, das alle Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen zu erfüllen hat, ergibt sich jedoch, dass das Hauptangebot den Ausschreibungsbestimmungen zu entsprechen hat, was beim Angebot des Antragstellers jedoch nicht der Fall ist. Weiters ist nach den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen unter Punkt 20 ein Alternativangebot nur neben einem gültigen Hauptangebot zulässig. Rechtliche und kommerzielle Alternativangebote sind unzulässig. Alternativangebote müssen entsprechend einer eigenen, als "Alternativangebot" bezeichneten Ausarbeitung, eingereicht werden. Diese Ausschreibung wurde nicht angefochten und ist damit bestandsfest geworden vergleiche VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; ebenso BVA 28.1.2005, 04N-131/04-38; 20.3.2003, 12N-110/03-11; 29.8.2003, 13N-72/03-11 u.a.).

Auf Grund der obigen Darlegungen waren die Angebote des Antragstellers zu Recht vom Auftraggeber wegen Ausschreibungswidrigkeit gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 auszuschneiden. In § 98 Z 8 BVergG 2002 wird im Übrigen nicht ausschließlich allein auf die Ausschreibungsunterlagen Bezug genommen, sondern der Begriff "den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote" verwendet. Die Ausschreibung umfasst jedoch - wie dargelegt - sowohl die Bekanntmachung als auch die Ausschreibungsunterlagen. Auf Grund der obigen Darlegungen waren die Angebote des Antragstellers zu Recht vom Auftraggeber wegen Ausschreibungswidrigkeit gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 auszuschneiden. In Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 wird im Übrigen nicht ausschließlich allein auf die Ausschreibungsunterlagen Bezug genommen, sondern der Begriff "den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote" verwendet. Die Ausschreibung umfasst jedoch - wie dargelegt - sowohl die Bekanntmachung als auch die Ausschreibungsunterlagen.

Auch die Art und Weise des Zustandekommens der Ausscheidensentscheidung in der Vergabekommission mittels Rundlaufbeschlusses ändert nichts an der Ausschreibungswidrigkeit der Angebote des Antragstellers. Es handelt sich dabei um eine Form der internen Entscheidungsfindung für die in dieser Hinsicht keine besonderen Formvorschriften im BVergG 2002 vorgesehen sind. Auch wenn Ausscheidensentscheidung betreffend die Angebote des Antragstellers erst in der letzten Sitzung der Vergabekommission gefallen wäre, so ist sie doch unbestritten mit Schreiben des Auftraggebers vom 31.1.2005 an den Antragsteller nach außen in Erscheinung getreten und als nicht gesondert anfechtbare Entscheidung zu werten. Die Ausscheidensentscheidung konnte mit der zugleich bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers bekämpft werden (siehe dazu Punkt II.). Eine interne Fällung der Entscheidung, die Angebote des Antragstellers auszuschneiden, zu keinem früheren Zeitpunkt als dem 31.1.2005, würde auch die Ausscheidensentscheidung nicht mit Rechtswidrigkeit (vgl. VwGH 21.12.2004, 2002/04/0177) belasten. Auch die Art und Weise des Zustandekommens der Ausscheidensentscheidung in der Vergabekommission mittels Rundlaufbeschlusses ändert nichts an der Ausschreibungswidrigkeit der Angebote des Antragstellers. Es handelt sich dabei um eine Form der internen Entscheidungsfindung für die in dieser Hinsicht keine besonderen Formvorschriften im BVergG 2002 vorgesehen sind. Auch wenn Ausscheidensentscheidung betreffend die Angebote des Antragstellers erst in der letzten Sitzung der Vergabekommission gefallen wäre, so ist sie doch unbestritten mit Schreiben des Auftraggebers vom 31.1.2005 an den Antragsteller nach außen in Erscheinung getreten und als nicht gesondert anfechtbare Entscheidung zu werten. Die Ausscheidensentscheidung konnte mit der zugleich bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers bekämpft werden (siehe dazu Punkt römisch zwei.). Eine interne Fällung der Entscheidung, die Angebote des Antragstellers auszuschneiden, zu keinem früheren Zeitpunkt als dem 31.1.2005, würde auch die Ausscheidensentscheidung nicht mit Rechtswidrigkeit vergleiche VwGH 21.12.2004, 2002/04/0177) belasten.

VI. Mangelnde Verlesung der Bietererklärung zum leihweisen zur Verfügung Stellen der Geräte:römisch sechs.
Mangelnde Verlesung der Bietererklärung zum leihweisen zur Verfügung Stellen der Geräte:

An der Rechtskonformität der Ausscheidensentscheidung betreffend die Angebote des Antragstellers vermag auch der Mangel der Verlesung der Bietererklärung bezüglich des leihweisen zur Verfügung Stellens der Geräte keine Änderung herbeizuführen.

Gemäß § 88 Abs. 5 BVergG 2002 sind aus den Angeboten - auch Alternativangeboten - folgende Angaben vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten: Gemäß Paragraph 88, Absatz 5, BVergG 2002 sind aus den Angeboten - auch Alternativangeboten - folgende Angaben vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten:

- (1) Name und Geschäftssitz des Bieters;
- (2) der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angaben des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und, wenn die Vergabe in Teilen oder für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vorgesehen waren, auch die Teilgesamtpreise oder Teilangebotspreise sowie die Variantenangebotspreise;
 1. (3) Absatz 3, wesentliche Vorbehalte und Erklärungen der Bieter. Aus Schreiben der Bieter, mit welchen einzelne Preise oder der Gesamtpreis des Angebotes abgeändert werden, dürfen nur die geänderten einzelnen Einheits- oder Positionspreise sowie der geänderte Gesamtpreis oder Angebotspreis bekannt gegeben werden. Andere Angaben dürfen den Bietern nicht zur Kenntnis gebracht werden. Wenn auf Grund der Vielzahl der Preise ein Verlesen derselben untunlich wäre, so sind den Bietern, die dies beantragen, die Preise binnen zwei Arbeitstagen nachweislich bekannt zu geben.

Nach der taxativen Aufzählung der zu verlesenden Teile bei der Angebotsöffnung sind die Angaben des Antragstellers betreffend das leihweise zur Verfügung Stellen der Geräte im Begleitschreiben zu den Angeboten, jedenfalls unter die Bestimmungen des § 88 Abs. 5 Z 3 BVergG 2002 - unter die wesentlichen Vorbehalte und Erklärungen gemäß Z 3 leg. cit. zu subsumieren. Diese Subsumtion hängt nicht von Einschätzungen des Auftraggebers ab, ob Angaben eines Bieters als wesentliche Vorbehalte und Bietererklärungen zu werten seien oder nicht, sondern hat sich nach objektiven Gesichtspunkten zu richten. Die Beurteilung hat unter dem Blickwinkel zu erfolgen, ob es sich um besondere für die Beurteilung des Angebotes bedeutsame Erklärungen im Hinblick auf die Zuschlagskriterien handelt, zumal diese Bestimmung nicht nur der Transparenz des Vergabeverfahrens, sondern auch der "präventiven Wirkung hinsichtlich der Manipulation der Angebote" dient (vgl. VwGH 21.12.2004, 2004/04/0100). Nach der taxativen Aufzählung der zu verlesenden Teile bei der Angebotsöffnung sind die Angaben des Antragstellers betreffend das leihweise zur Verfügung Stellen der Geräte im Begleitschreiben zu den Angeboten, jedenfalls unter die Bestimmungen des Paragraph 88, Absatz 5, Ziffer 3, BVergG 2002 - unter die wesentlichen Vorbehalte und Erklärungen gemäß Ziffer 3, leg. cit. zu subsumieren. Diese Subsumtion hängt nicht von Einschätzungen des Auftraggebers ab, ob Angaben eines Bieters als wesentliche Vorbehalte und Bietererklärungen zu werten seien oder nicht, sondern hat sich nach objektiven Gesichtspunkten zu richten. Die Beurteilung hat unter dem Blickwinkel zu erfolgen, ob es sich um besondere für die Beurteilung des Angebotes bedeutsame Erklärungen im Hinblick auf die Zuschlagskriterien handelt, zumal diese Bestimmung nicht nur der Transparenz des Vergabeverfahrens, sondern auch der "präventiven Wirkung hinsichtlich der Manipulation der Angebote" dient (vergleiche VwGH 21.12.2004, 2004/04/0100).

Ungeachtet dessen, dass die Passage aus der Bietererklärung des Antragstellers zum kostenlosen leihweisen zur Verfügung Stellen der Geräte nicht verlesen wurde, was im Hinblick auf das Zuschlagskriterium Preis von wesentlicher Bedeutung gewesen wäre und die mit 0 Euro angegebenen Kosten für die Geräte auch für die Mitbieter erkennbar erklärt hätte, hat der bei der Angebotsöffnung anwesende Vertreter des Antragstellers mit seiner Unterschrift bestätigt, dass alle wesentlichen Teile der Angebote des Antragstellers verlesen worden wären.

Selbst im Fall, dass die Angebote des Antragstellers für die Zuschlagsentscheidung in Betracht gekommen wären, wären diese im Hinblick auf die jedenfalls den Vergaberechtsgrundsätzen gemäß § 21 BVergG 2002 widersprechende, sich dann auftuende Manipulationsmöglichkeit rechtswidrig, wenn durch Unterlassung der Verlesung eine Manipulation in einem für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ermöglicht bzw. erleichtert würde (VwGH 21.12.2004, 2004/04/0100). Selbst im Fall, dass die Angebote des Antragstellers für die Zuschlagsentscheidung in Betracht gekommen wären, wären diese im Hinblick auf die jedenfalls den Vergaberechtsgrundsätzen gemäß Paragraph 21, BVergG 2002 widersprechende, sich dann auftuende Manipulationsmöglichkeit rechtswidrig, wenn durch Unterlassung der Verlesung eine Manipulation in einem für den

Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ermöglicht bzw. erleichtert würde (VwGH 21.12.2004, 2004/04/0100).

VII. Schlussfolgerungen zu Spruchpunkt I. und II.römisch sieben. Schlussfolgerungen zu Spruchpunkt römisch eins. und römisch zwei.

Auf Grund der zu Recht erfolgter Ausscheidensentscheidung sowie auch auf Grund der obigen Ausführungen zur nicht erfolgten Verlesung konnte der Antragsteller nicht in dem von ihm geltend gemachten Beschwerdepunkt, nämlich dem Recht auf Gleichbehandlung der Bieter und dem Recht auf Zuschlagserteilung, verletzt sein. Die vom Antragsteller angefochtene Zuschlagsentscheidung war daher im Hinblick auf den vom diesem geltend gemachten Beschwerdepunkt - in dessen Rahmen das Bundesvergabeamt gemäß § 162 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Zuschlagserteilung zuständig ist - nicht für nichtig zu erklären (vgl dazu auch Thienel, Anfechtung und Nichtigerklärung nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen?, RPA 2004, 75). Die Anträge des Antragstellers waren daher abzuweisen. Aus der oben angeführten Begründung ergibt sich auch die Stattgebung und Abweisung der Anträge des 1. Teilnahmeantragstellers, B***, unter Spruchpunkt II.

Auf Grund der zu Recht erfolgter Ausscheidensentscheidung sowie auch auf Grund der obigen Ausführungen zur nicht erfolgten Verlesung konnte der Antragsteller nicht in dem von ihm geltend gemachten Beschwerdepunkt, nämlich dem Recht auf Gleichbehandlung der Bieter und dem Recht auf Zuschlagserteilung, verletzt sein. Die vom Antragsteller angefochtene Zuschlagsentscheidung war daher im Hinblick auf den vom diesem geltend gemachten Beschwerdepunkt - in dessen Rahmen das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Zuschlagserteilung zuständig ist - nicht für nichtig zu erklären vergleiche dazu auch Thienel, Anfechtung und Nichtigerklärung nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen?, RPA 2004, 75). Die Anträge des Antragstellers waren daher abzuweisen. Aus der oben angeführten Begründung ergibt sich auch die Stattgebung und Abweisung der Anträge des 1. Teilnahmeantragstellers, B***, unter Spruchpunkt römisch zwei.

VIII. Spruchpunkt III.römisch acht. Spruchpunkt römisch drei.

1. 1.Ziffer eins

Personalaufwandzeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der Höhe von 416 Minuten:

Zur Beurteilung der Angebote der Bieter wurde vom Auftraggeber in fachlicher Hinsicht eine Fachkommission herangezogen, die sich aus Mitarbeitern des Institutes für veterinärmedizinische Untersuchungen, nämlich Dr. S***, Dr. F*** und Dr. E*** zusammensetzte. Die von den Bietern angebotenen Tests waren zumindest einem Teil dieser Mitglieder auf Grund einer Präsentation im Jahr 2001 weitgehend bekannt.

Die Anfrage von Dr. F*** vom 22.12.2004 ist nach nachvollziehbarer Auffassung von Dr. S*** auf Grund des Wunsches von Dr. F*** nach einer entsprechenden Dokumentation zu verstehen. Auch Dr. E*** erklärt diese Anfrage nachvollziehbar damit, dass sich die Vergabekommission Gedanken über die unterschiedlichen Zeiten gemacht habe. Aus den übereinstimmenden, schlüssigen und nachvollziehbaren Aussagen der Zeugen Dr. S*** und Dr. E*** in der mündlichen Verhandlung am 7. April 2005 ergibt sich zudem, dass das Hauptangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers hinsichtlich der Angaben zur Personalaufwandszeit im Preis- und Bewertungsblatt mit 416 Minuten bei 320 Proben in fachlicher Hinsicht auch im Hinblick auf die Bestätigung des Labors D*** entsprachen. Aus beiden Zeugenaussagen geht hervor, dass die Fachkommission auf Grund der vorgelegten Unterlagen der Bieter zu diesem Schluss gekommen war. Aus beiden Zeugenaussagen geht auch hervor, dass es sich bei Minutenangaben hinsichtlich der Abarbeitung von 300 Proben in der Zeit von 400 Minuten um plausible "Cirka-Zeiten" handelt. Die Angabe der D*** (Dr. M****) vom 30.3.2005 bzw. 5.4.2005, dass für die Abarbeitung von 20 Proben 5 Minuten mehr benötigt werden, wurde von beiden Zeugen übereinstimmend und nachvollziehbar damit erklärt, dass dies unter dem Aspekt von vier Mitarbeitern zu beurteilen sei. Dr. S*** wies darauf hin, dass im Unterschied dazu im Fall des präsumtiven Zuschlagsempfängers, 300 Proben in 400 Minuten abarbeiten zu können, für die Präanalytik nur eine Person herangezogen werde.

Dr. S*** stellte auch noch nachvollziehbar dar, dass die den verschiedenen Angeboten zugrunde liegenden Berechnungsmethoden der Personalaufwandzeiten durchaus miteinander vergleichbar sind. Während beim Angebot des 2. Teilnahmeantragstellers einzelne Zeiten aufsummiert worden sind, was sich aus der dem Angebot beiliegenden grafischen Darstellung ergibt, ermögliche es - im Unterschied zu den Tests der anderen Bieter - der Test des 2. Teilnahmeantragstellers nicht, Laborfachkräfte anderweitig zu beschäftigen. Der vom präsumtiven

Zuschlagsempfänger angebotene Test erlaubt es hingegen, während der Testphase wegzugehen. Diese Aussage stimmt auch mit den Darstellungen der D*** (Dr. M***) vom 30.3.2005 zum Test des präsumtiven Zuschlagsempfängers überein. Aus dieser Darstellung ergibt sich, dass die zwei Mitarbeiter, die in 80 Minuten 320 Proben bzw. in 74 Minuten 300 Proben beprobt haben, sich entfernen, während parallel dazu ein Mitarbeiter homogenisiert, dann sich entfernt und parallel dazu wiederum ein Mitarbeiter pipettiert.

Die Angaben der D*** (Dr. M***) vom 5. April 2005, nämlich dass unter den Leerlaufzeiten, die in den bestätigten 547 Minuten (working Hour=alle Zeiten aufsummiert) im Test des präsumtiven Zuschlagsempfängers einbezogen sind, und während der nur noch zwei Mitarbeiter vor Ort sein müssen, da sich der Test nicht von alleine abarbeite, beurteilte Dr. S*** zwar eingangs als irritierend, führte aber dann nachvollziehbar aus, dass allerdings beim vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotenen Test durchaus Mitarbeiter während der Leerlaufzeit den Raum verlassen könnten. Übereinstimmend erklärte auch Dr. E*** diese Darstellung der D*** (Dr. M***) damit, dass die ständige Anwesenheit von Laborfachkräften vor Ort im Testlabor während des Geräteinsatzes nicht durchgehend erforderlich sei. Aus diesen Aussagen ergibt sich schlüssig und nachvollziehbar, dass diese Leerlaufzeiten nicht in den vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angegebenen Personalaufwand von 416 Minuten einzurechnen waren, zumal die Anwesenheit des Mitarbeiters im Testlaborraum selbst nicht erforderlich ist, sondern dieser während dieser Zeit durchaus anderweitig als im Testlaborraum eingesetzt werden kann. Eine solche Einsatzmöglichkeit wäre im Gegensatz dazu, beim vom 2. Teilnahmeantragsteller angebotenen Test - wie sich auch aus den obigen schlüssigen Ausführungen des Zeugen Dr. S*** - ergibt, nicht möglich.

In diesem Sinne ist auch die unter Punkt 2 lit. k im Leistungsverzeichnis angegebene Personalaufwandszeit auf Basis der oben angeführten Interpretationsmaßstäbe zur Ausschreibung zum Begriff "in die Personalaufwandszeit einzurechnende Wartezeiten, in denen das Personal nicht aktiv tätig ist, jedoch vor Ort vorhanden sein muss)" zu interpretieren. In diesem Sinne ist auch die unter Punkt 2 Litera k, im Leistungsverzeichnis angegebene Personalaufwandszeit auf Basis der oben angeführten Interpretationsmaßstäbe zur Ausschreibung zum Begriff "in die Personalaufwandszeit einzurechnende Wartezeiten, in denen das Personal nicht aktiv tätig ist, jedoch vor Ort vorhanden sein muss)" zu interpretieren.

An den angeführten schlüssigen und nachvollziehbaren Aussagen der Zeugen Dr. S*** und Dr. E***, sowie an der Aufschlüsselung der 416 Minuten der D*** vom 30.3.2005, vermögen weder das nicht eindeutig nachvollziehbare und in keiner Weise belegte Rechenmodell von Frau Dr. O*** im Teilnahmeantrag des 2. Teilnahmeantragstellers vom 30.3.2005, noch die vom 2. Teilnahmeantragsteller in beglaubigter Form aus der tschechischen Sprache übersetzte Kalkulationsgegenüberstellung von Dr.med.vet. J*** vom 31.3.2005, etwas zu ändern. Dieser bezeichnet seine Ausführungen auch als nicht verbindliches Gutachten. Dr.med.vet. J*** wäre auch, wie er selbst ausführt, nicht bereit gewesen, vor Gericht aufzutreten.

1. 2.Ziffer 2

Schlussfolgerungen:

Zwar hat sich die Bestätigung der D*** hinsichtlich des im Preis- und Bewertungsblatt mit 416 Minuten bezifferten Personalaufwandes auf 320 Proben bezogen. Dies ist aber - wie sich sowohl aus dem Schreiben des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom 23.12.2004 als auch aus dem Schreiben der D*** vom 29. März 2005 ergibt - schlüssig und nachvollziehbar darauf zurückzuführen, dass beim Test des präsumtiven Zuschlagsempfängers pro Platte 80 Proben getestet werden und sich aus vier Platten zu 80 Proben somit 320 Proben ergeben. Vor diesem Hintergrund und aus den obigen Erörterungen zur Personalaufwandszeit für 20 Proben, ist davon auszugehen, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger den unter Punkt 2 k im Leistungsverzeichnis erforderlichen Personalaufwand durch seine eigenen Verfahrensanweisungen und die Bestätigung für die Glaubhaftmachung des Personalaufwandes durch mindestens ein mit dem Bieter in keinem Eigentumsverhältnis stehenden Labor glaubhaft gemacht hat. Der präsumtive Zuschlagsempfänger wurde daher auf Grund der sich aus den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen unter Punkt VI. der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen ergebenden mathematischen Vorgaben, zu Recht als Bestbieter ermittelt. Zwar hat sich die Bestätigung der D*** hinsichtlich des im Preis- und Bewertungsblatt mit 416 Minuten bezifferten Personalaufwandes auf 320 Proben bezogen. Dies ist aber - wie sich sowohl aus dem Schreiben des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom 23.12.2004 als auch aus dem Schreiben der D*** vom 29. März 2005 ergibt - schlüssig und nachvollziehbar darauf zurückzuführen, dass beim Test des präsumtiven Zuschlagsempfängers pro Platte 80 Proben getestet werden und sich aus vier Platten zu 80 Proben somit 320 Proben ergeben. Vor diesem Hintergrund und aus den obigen Erörterungen zur Personalaufwandszeit für 20 Proben, ist davon

auszugehen, dass der präsuntive Zuschlagsempfänger den unter Punkt 2 k im Leistungsverzeichnis erforderlichen Personalaufwand durch seine eigenen Verfahrensanweisungen und die Bestätigung für die Glaubhaftmachung des Personalzeitaufwandes durch mindestens ein mit dem Bieter in keinem Eigentumsverhältnis stehenden Labor glaubhaft gemacht hat. Der präsuntive Zuschlagsempfänger wurde daher auf Grund der sich aus den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen unter Punkt römisch sechs. der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen ergebenden mathematischen Vorgaben, zu Recht als Bestbieter ermittelt.

Unter diesem Aspekt war es in der gegebenen Konstellation für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSv § 174 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002 auch nicht von wesentlichem Einfluss, dass dem Zuschlagskriterium "Personalaufwandzeit" die verlesenen 416 Minuten für 320 Proben (zu Lasten) des präsuntiven Zuschlagsempfängers zu Grunde gelegt wurden, während beim 2. Teilnahmeantragsteller die verlesenen 945 Minuten für 300 Proben herangezogen worden waren. Wie sich auch aus den oben angeführten Aussagen des Zeugen, Dr. S***, ergibt, waren die den Personalaufwandzeiten zu Grunde gelegten Berechnungsmethoden der beiden Bieter mit einander vergleichbar. Die vom 2.

Teilnahmeantragsteller angefochtene Zuschlagsentscheidung war im Rahmen des vom 2. Unter diesem Aspekt war es in der gegebenen Konstellation für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSv Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 auch nicht von wesentlichem Einfluss, dass dem Zuschlagskriterium "Personalaufwandzeit" die verlesenen 416 Minuten für 320 Proben (zu Lasten) des präsuntiven Zuschlagsempfängers zu Grunde gelegt wurden, während beim 2. Teilnahmeantragsteller die verlesenen 945 Minuten für 300 Proben herangezogen worden waren.

Wie sich auch aus den oben angeführten Aussagen des Zeugen, Dr. S***, ergibt, waren die den Personalaufwandzeiten zu Grunde gelegten Berechnungsmethoden der beiden Bieter mit einander vergleichbar. Die vom 2.

Teilnahmeantragsteller angefochtene Zuschlagsentscheidung war im Rahmen des vom 2.

Teilnahmeantragstellers geltend gemachten Beschwerdepunktes - Verletzung des Rechts auf Zuschlagserteilung - gemäß § 162 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002 nicht für nichtig zu erklären. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden. Teilnahmeantragstellers geltend gemachten Beschwerdepunktes - Verletzung des Rechts auf Zuschlagserteilung - gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 nicht für nichtig zu erklären. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

IX. Spruchpunkt IV:römisch neun. Spruchpunkt IV:

Gemäß § 162 Abs. 2 BVergG 2002 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetzes und die hierzu ergangenen Verordnungen zuständig. Gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG 2002 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetzes und die hierzu ergangenen Verordnungen zuständig

1. 1. Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie
2. 2. Ziffer 2
zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Wie sich aus der zitierten Bestimmung ergibt, ist das Bundesvergabeamt weder zur Entscheidung über die "Aufrechterhaltung der Ausschließung der Fa. A***" noch zur Erteilung des Zuschlags an den 2. Teilnahmeantragsteller zuständig. Bei diesen Anträgen handelt es sich um von vornherein verfehlte Begehren.

Eine rechtliche Grundlage für eine amtswegige Umdeutung eines von vornherein verfehlten Begehrens lässt sich jedoch aus keiner Bestimmung des Bundesvergabeamtes ableiten. Bei einem verfehlten Begehren handelt es sich auch nicht um einen Mangel des Anbringens, der gemäß § 13 Abs. 3 AVG einer Verbesserung zugänglich wäre, zumal kein Form- und Inhaltsmangel vorliegt. Es wurde nämlich ein Antrag gestellt, dem es an der gesetzlichen Grundlage mangelt (vgl. VwGH vom 27.9.2000, 200/04/0051 betreffend vergleichbarer Bestimmungen des Steiermärkischen Vergabegesetzes; Eine rechtliche Grundlage für eine amtswegige Umdeutung eines von vornherein verfehlten Begehrens lässt sich jedoch aus keiner Bestimmung des Bundesvergabeamtes ableiten. Bei einem verfehlten Begehren handelt es sich auch nicht um einen Mangel des Anbringens, der gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG einer Verbesserung zugänglich wäre, zumal kein Form- und Inhaltsmangel vorliegt. Es wurde nämlich ein Antrag gestellt, dem es an der gesetzlichen Grundlage mangelt vergleiche VwGH vom 27.9.2000, 200/04/0051 betreffend vergleichbarer Bestimmungen des Steiermärkischen Vergabegesetzes; ebenso BVA 30.11.2004, 11N-107/04-9; 14.4.2004, 07N-15/04-42;

20.6.2003, 14N-54/03-7 u.a.).

Da somit das Bundesvergabeamt an das konkrete Begehren des 2. Teilnahmeantragstellers gebunden war, waren, was sich aus den obigen Ausführungen ergibt, diese gestellten Anträge zurückzuweisen.

Dokumentnummer

VERGT_20050411_04N_6_05_76_00

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at