

# TE Lvwg Erkenntnis 2018/12/4 VGW-123/077/12832/2018

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 04.12.2018

## Entscheidungsdatum

04.12.2018

## Index

97 Öffentliches Auftragswesen

## Norm

BVergG 2006 §139 Abs2 Z3

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Drin Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.a Mandl über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "B.", des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 01, am 29.11.2018 durch mündliche Verkündung

zu Recht e r k a n n t:

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung vom 21.9.2018 wird abgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

III. Die ordentliche Revision ist unzulässig.

## Entscheidungsgründe

Gang des Vergabeverfahrens:

Die Antragsgegnerin hat als klassische öffentliche Auftraggeberin im April 2018 die Einleitung eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich nach den Bestimmungen des BVergG 2006 zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach dem Bestbieterprinzip bekannt gemacht. Auftragsgegenstand waren Lieferleistungen und untergeordnete Dienstleistungen betreffend elektronische Tafeln inklusive Installation und Montage vor Ort (Position 1), betreffend pädagogische Software inklusive Installation und Wartung (Position 2) sowie Grundschulung (Position 3) und Aufbauschulung (Position 4).

Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen war der Leistungskatalog B. Dieser umfasst unter anderem eine Reihe von Mindestkriterien an die zu liefernden elektronischen Tafeln. Das Mindestkriterium M 27 lautet:

„Das Kontrastverhältnis muss mindestens 4000:1 betragen.“

Es wurden eine Reihe von Bieteranfragen gestellt. Darunter wurde von einem Unternehmer gefragt, ob es eine

Möglichkeit gibt, das verlangte Kontrastverhältnis auf 1200:1 abzusenken. Die Frage wurde dahingehend beantwortet, dass das genannte Kriterium unverändert bleibt. Im Vergabeakt wurde dazu festgehalten, dass es am Markt mindestens zwei Hersteller gibt, die ein Kontrastverhältnis von 4000:1 anbieten und eine Herabsetzung des Kontrastverhältnisses daher nicht erforderlich und auch nicht angedacht ist. Der Unternehmer, der diese Anfrage gestellt hat, hat nachfolgend kein Angebot abgegeben.

Sieben Unternehmer haben Angebote abgegeben. Das billigste Angebot wies einen Angebotsmangel auf und wurde von der Bieterin auf Vorhalt dieses Mangels wegen dieses Mangels zurückgezogen.

Von den verbliebenen sechs Angeboten wurde das Angebot der C. GmbH als das Bestangebot ermittelt. Die A. GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) war nachgereiht. Die Antragsgegnerin gab mit Entscheidung vom 13.7.2018 bekannt, dass beabsichtigt sei, die Rahmenvereinbarung mit der C. GmbH als Bestbieterin abzuschließen.

Die Antragstellerin brachte gegen diese Entscheidung beim Verwaltungsgericht Wien einen Antrag auf Nichtigerklärung ein und führte unter anderem aus, das Angebot der C. GmbH sei auszuscheiden, weil diese – unter anderem – das Mindestfordernis des Kontrastverhältnisses von zumindest 4000:1 nicht erfülle. Die genannte Gesellschaft habe im Internet für ihr Produkt ein wesentlich geringeres Kontrastverhältnis angegeben.

Die Antragsgegnerin nahm daraufhin ihre obgenannte Entscheidung zurück, worauf das Nachprüfungsverfahren vom Verwaltungsgericht Wien mit Beschluss vom 21.8.2018, VGW-123/077/9542/2018, eingestellt wurde.

Im Zuge der fortgesetzten Angebotsprüfung legte die C. GmbH der Antragsgegnerin auf deren Aufklärungsersuchen die im Vergabeakt befindliche Herstellererklärung vom 31.7.2018 betreffend das Kontrastverhältnis vor. Diese Herstellererklärung sagt im Wesentlichen aus, dass es für die Messung des Kontrastverhältnisses eines Monitors/Displays keinerlei standardisierte Parameter oder Prüfverfahren gibt. Neben theoretischen Berechnungen seien Messungen möglich, wobei insbesondere das Umgebungslicht während der Messung eine entscheidende Rolle für das ermittelte Kontrastverhältnis spielt. Dies bedeutet, dass jeder Hersteller einen Wert beim Kontrastverhältnis ermitteln und angeben könne, der weder vergleichbar sei, noch eine aussagefähige Information über die Leistungsfähigkeit des Gerätes gebe. Die Herstellerin habe das von ihr angewandte Messverfahren geändert, woraus sich die Änderung des Wertes im Produktdatenblatt ergebe. Die Erklärung des Herstellers enthält weiters Details, worin die durch sie erfolgte Änderung des Messverfahrens bestand.

Die Antragsgegnerin hat in ihrer Niederschrift zur Angebotsprüfung vom 20.9.2018 unter anderem festgehalten, dass nach den bestandsfesten Festlegungen die C. GmbH zwar das verlangte Kontrastverhältnis von zumindest 4000:1 erfüllen würde, weil sich dieses aus den von ihr vorgelegten Unterlagen bzw. Erklärungen ergäbe. Die Antragsgegnerin sei jedoch im Zuge der Prüfung der Diskrepanz der ermittelten Bestbieterin zum Kontrastverhältnis ihres Produktes darauf aufmerksam gemacht worden, dass es für die Messung des verlangten Kontrastverhältnisses keine standardisierten Parameter oder Prüfverfahren gebe und das Kriterium daher nicht in dieser Form gefordert werden könne, da es sich um kein objektives Kriterium handle. Es würden daher Umstände vorliegen, die, wenn sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen wären, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten.

Anschließend gab die Antragsgegnerin den Bieterin mit Schreiben vom 21.9.2018 bekannt, dass beabsichtigt sei, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Diese Widerrufsentscheidung wurde wie folgt begründet:

„Beim Musskriterium M27 „Das Kontrastverhältnis muss mindestens 4000:1 betragen“ handelt es sich um kein objektives Kriterium, da es keine standardisierten Parameter und Prüfverfahren dazu gibt. Eine Vergleichbarkeit der Angebote ist daher nicht möglich.“

Nachprüfungsantrag und Vorbringen:

Gegen diese Widerrufsentscheidung hat die A. GmbH am 28.9.2018 und damit rechtzeitig einen Antrag auf Nichtigerklärung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht.

Inhaltlich brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, das festgelegte Kontrastverhältnis sei durchaus ein objektives Kriterium. Auf Grund dieses Kriteriums müssten das Angebot der C. GmbH und die vor der Antragstellerin gereichten Angebote ausgeschieden und eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin erlassen werden. Ein rechtmäßiger Grund für den Widerruf des Vergabeverfahrens würde nicht vorliegen.

Das Verwaltungsgericht Wien hat mit Beschluss vom 4.10.2018, VGW-123/V/077/12833/2018, die beantragte einstweilige Verfügung erlassen und der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens des Widerruf im gegenständlichen Vergabeverfahren untersagt.

Die Antragsgegnerin hat mit Schreiben vom 16.10.2018 im Wesentlichen ausgeführt, dass es sich bei dem festgelegten Mindest-Kontrasterfordernis um kein objektives Kriterium handle, und dazu nähere technische Ausführungen gemacht.

Im Wesentlichen sei zwischen der „On/Off-Methode“ und der „Ansi-Methode“ zu unterscheiden. Bei der „On/Off-Methode“ würde es sich um die Methode handeln, welche die höchsten Kontrastwerte liefere. Dabei werde das Messen des Schwarzwertes an komplett dunklen Bildschirmen bei Zuspielung einer Schwarzfläche ermittelt, in dem die Intensität in der Bildmitte gemessen werde, danach werde separat der Weißwert ermittelt. Hier sei der Hersteller frei in seinen Angaben. Er könne jene Weißwerte heranziehen, die ihm den besten Kontrast ermöglichen. Eine festgelegte Norm dafür gebe es nicht. Außerdem könnten bei dieser Messmethode durch Änderung der Lichtquelle die Werte sehr unterschiedlich sein.

Mit der „Ansi-Methode“ werde hingegen versucht, ein objektives Messverfahren zu ermöglichen. Hierzu werde ein Testbild, das in neun gleich große Segmente aufgeteilt ist, wechselnd in Schwarz und Weiß dargestellt. Wie bei der „On/Off-Methode“ würden hier die Schwarz- und die Weißwerte gemessen, allerdings würden hier die Werte gemeinsam in einem Bild bestimmt.

Ein weiterer sehr wichtiger Aspekt sei die Farbtemperatur. Es würde immer wieder angenommen, dass die Farben und der Kontrast nichts miteinander zu tun hätten. Doch über den Weißwert nehme die Farbtemperatur sehr wohl Einfluss auf den Messwert. Werde durch das Hintergrundlicht (Backlight) oder die Lampe ein unausgewogenes Spektrum geliefert, so werde der Maximalwert nur dann erzielt, wenn man falsche Farben toleriere. Werde der Weißwert hingegen auf den Normwert korrigiert, so sinke die Helligkeit und damit auch der Kontrast. Geräte, die vom Hersteller ordnungsgemäß kalibriert sind, hätten damit einen Nachteil gegenüber Geräten, die nicht kalibriert seien. Aus diesem Grund müssten bei der Ermittlung des Kontrastwertes immer die gleichen Voraussetzungen geschaffen werden, um vergleichbare Werte zu erhalten.

Ein weiterer Punkt seien auch die Umgebungsbedingungen. Eine zusätzliche Lichtquelle beleuchte auch den Bildschirm, wodurch sich die Messwerte verändern würden. Eine zusätzliche Lichtquelle beleuchte auch den Bildschirm, wodurch sich die Messwerte verändern würden. Schon die kleinste Leuchteinheit habe Auswirkungen auf den Kontrast und reduziere diesen dramatisch. Selbst weiße Wände oder Decken würden die Messwerte des Schwarzwertes verändern. Um objektive Ergebnisse erzielen zu können, müsse jede Kontrastmessung in schwarzer Umgebung stattfinden.

Wenn die Antragstellerin vorbringe, eine Vergleichbarkeit der Angebote hinsichtlich der Kontrastwerte sei deshalb möglich, weil sämtliche Bieter in diesem Verfahren das am Markt verfügbare „86 Zoll LCD-Panelen der Firma LG“ verwenden und sich die unterschiedlichen Kontrastwerte aus der Qualität (Helligkeit) und Dimmbarkeit der Hintergrundbeleuchtung ergeben würden, sei entgegen zu halten, dass die Unterschiede in den Kontrastverhältnissen keine vergleichbaren Aussagen über die Qualität der Displays zuließen. Möglicherweise sei manchmal mit und manchmal ohne Hintergrundbeleuchtung gemessen worden. Um eine Vergleichbarkeit herstellen zu können, müsse in den Ausschreibungsunterlagen klar festgehalten werden, unter welchen Bedingungen diese Werte zustande kommen. Da diese Bedingungen in der Ausschreibung nicht definiert seien, sei die Vergleichbarkeit nicht gegeben und der Widerruf erforderlich.

Schließlich sei die Annahme der Antragstellerin, dass geringe Werte im Kontrastverhältnis mit schlechter Displayqualität einhergingen, nicht korrekt, da es einige Hersteller gebe, die in ihren Datenblättern Werte mit oder ohne Hintergrundbeleuchtung anführen, unabhängig davon, ob deren Produkte über eine solche verfügen oder nicht. Daher führe die fehlende Beschreibung der Messmethode für den Kontrastwert in den Ausschreibungsunterlagen zu unterschiedlichen und daher nicht vergleichbaren Bieterangaben.

Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 29.10.2018 im Wesentlichen Folgendes entgegen gehalten:

Technisch gesehen handle es sich bei der Hintergrundbeleuchtung um die Lichtquelle, die erforderlich sei, damit ein

Kontrast entstehe. Diese Hintergrundbeleuchtung werde durch eine Flüssigkristallschicht entweder durchgelassen oder nicht durchgelassen, wodurch ein Kontrastverhältnis von etwa 1200:1 erreicht werde. Höhere Kontrastwerte würden durch eine zusätzliche Regelung der Helligkeit bzw. durch eine Dimmung der Hintergrundbeleuchtung erreicht. Je besser diese Helligkeitssteuerung funktioniere bzw. je weiter man die Hintergrundbeleuchtung dimmen könne, desto höhere Kontrastwerte könnten erreicht werden.

Die Hintergrundbeleuchtung werde nur als Gesamtes heller oder dunkler geschaltet. Hierbei erkenne die Elektronik, ob es sich um ein helles oder ein dunkles darzustellendes Bild handle, und passe automatisch die Beleuchtung an, sodass ein möglichst kontrastreiches Bild entstehe. Diese Anpassung erfolge nicht nur bei statischen Bildern, sondern auch bei Filmen.

Die „On/Off-Methode“ bestehe in Folgendem: Für die Ermittlung des Weißwertes werde die maximal mögliche Lichtmenge durch die Flüssigkristallschicht geleitet. Würde ein Hersteller einen anderen Weißwert wählen als den, der einer solchen maximalen Durchleitung entspricht, so würde er einen schlechteren Kontrastwert erzielen. Dies werde kein Hersteller tun. Daher sei die Behauptung der Antragsgegnerin, durch die Wahl unterschiedlicher Weißwerte würden unterschiedliche Ergebnisse erzielt, nicht zutreffend.

Weiters sei die Behauptung der Antragsgegnerin nicht zutreffend, dass durch die Änderung der Lichtquelle die Messwerte sehr unterschiedlich ausfallen könnten. Die einzige Lichtquelle bei der Ermittlung des Kontrastes sei die Hintergrundbeleuchtung des LCD-Panels. Auf mögliche Einflüsse durch Umgebungslicht im Messraum werde noch gesondert eingegangen.

Das LCD-Panel sei eine Einheit aus der Hintergrundbeleuchtung und der darüber befindlichen Schicht aus Glas samt Flüssigkristallschicht und Farbfilter. Gemessen werde ein Bildschirm aus der Produktion. Das bedeute, dass es keine Änderung der Lichtquelle während der Messung bzw. davor oder danach geben könne, weil es sich um eine Einheit handle. Die Behauptung der Antragsgegnerin sei daher nicht zutreffend.

Zum Einfluss der Umgebungsbedingungen führte die Antragstellerin aus, die Messgeräte würden einen schwarzen Aufsatz besitzen, wodurch eine schwarze Messumgebung geschaffen werde, wie dies die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme fordere. Der Einfluss der Lichtstreuung des Umgebungslichtes über die Glasfläche des LCD-Panels sei lediglich gering. Dennoch erfolge die Messung üblicherweise – so auch bei den Produkten der Antragstellerin – so, dass der Weißwert im dunklen und der Schwarzwert im beleuchteten Raum gemessen werde. Dabei würden Kontrastwerte von 5000:1 und mehr erreicht. Durch die Veränderung der Umgebungsbeleuchtung könne man niemals die gemessenen Werte so sehr beeinflussen, dass man ein Kontrastverhältnis von 1200:1 (oder 1600:1) – bei Messung in vollständig abgedunkelter Umgebung – auf 4000:1, wie in der Ausschreibung gefordert, steigern könnte.

Unter den Herstellern sei es üblich, sowohl den Weiß- als auch den Schwarzwert in einem abgedunkelten Raum zu messen. Bei der Antragstellerin werde der Schwarzwert in einem beleuchteten Raum gemessen. Somit schaffe die Antragstellerin Messbedingungen, die eher zu ihren Ungunsten wirken würden. Aber selbst dabei würden Kontrastwerte von 5000:1 und höher erreicht. Somit sei dargelegt, dass der Einfluss der Umgebungsbeleuchtung vernachlässigbar gering sei. Andererseits würden die Hersteller, die den Schwarzwert eventuell in dunkler Umgebung messen, dann viel höhere Werte angeben, was jedoch nicht der Fall sei.

Bei der „Ansi-methode“ werde auf dem Bildschirm ein Schachbrettmuster angezeigt und es würden bei gleichzeitiger Darstellung der schwarzen und weißen Felder die Schwarz- und Weißwerte gemessen. Im Gegensatz zur „On/Off-Methode“ werde bei der „Ansi-Methode“ nicht die Qualität der Hintergrundbeleuchtung berücksichtigt. Dies sei deshalb der Fall, weil die Hintergrundbeleuchtung bei den gegenständlichen Geräten nur als Gesamtes gesteuert werden könne und man hier nicht hell und dunkel gleichzeitig schalten könne. Somit werde in diesem Fall nur die Qualität der Flüssigkristallschicht (gemeint sei damit die Fähigkeit der Flüssigkristallschicht, die Durchlässigkeit des Lichtes zu regeln) beurteilt und nicht auch die Dimmung der Hintergrundbeleuchtung. In den Datenblättern der Hersteller werde bei Angabe eines „Ansi-Kontrastes“ üblicherweise ausgewiesen, dass es sich hierbei um einen solchen handle, weil dieser Wert geringer sei als der Wert, der mit der „On/Off-Methode“ ermittelt werde.

Kontrastverhältnisse würden immer wieder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt und würden ein objektives Kriterium darstellen. Dem Vorbringen der Antragsgegnerin, dass es keine einheitlichen Normen im Zusammenhang mit der Messung von Kontrastverhältnissen gebe, sei entgegen zu halten, dass es unter den Anwendern und Produzenten einen weitgehenden Konsens „über die oben beschriebene Messmethode“ gebe. Diese stelle den üblichen Stand in der

Praxis dar und könne als Stand der Technik angesehen werden. Dies leite sich daraus ab, dass in den Datenblättern der Hersteller von elektronischen Tafeln durchgängig Kontrastwerte in Bereichen von 1200:1 bis 1600:1 oder von 4000:1 bis 5000:1 angegeben würden. Ebenso hätten die Hersteller meist Geräte mit 1200:1 und 4000:1 im Lieferprogramm. Dies würde belegen, dass die Ursache für die unterschiedlichen Kontrastwerte nicht in der Messmethode liegen würde. Auch die Preisunterschiede würden das belegen.

Die Aussage der Antragsgegnerin, wonach manche Hersteller Kontrastwerte ohne Hintergrundbeleuchtung hätten, sei schlichtweg falsch, weil eine Kontrastmessung ohne Hintergrundbeleuchtung – als Lichtquelle für die Kontrastmessung – gar nicht möglich sei. Eine Kontrastmessung ohne Hintergrundbeleuchtung würde einen unendlichen Wert ergeben, weil der Weißwert durch Null dividiert würde.

Auch im Hinblick auf die Farbtemperatur würde die Antragsgegnerin einem Irrtum unterliegen. Grundsätzlich sei es richtig, dass der Anteil der Grundfarben das Messergebnis des Weißwertes beeinflusse. Jedoch werde bei Verwendung einer Hintergrundbeleuchtung mit perfektem Weiß (das bedeute, dass alle drei Grundfarben zu genau gleich großen Anteilen vorhanden seien, was wiederum zu einem reinen Weiß führe) der gemessene Wert und somit der Kontrast höher. Auch hier würde das Ergebnis nur verschlechtert sein, wenn nicht die für die maximale Helligkeit optimalen Farben verwendet werden.

Aufgrund der mehrfach unzutreffenden Angaben der Stellungnahme der Antragsgegnerin werde hiermit die ausreichende Qualifikation der Prüfungskommission bestritten. Daraus folge, dass die Antragsgegnerin nicht den erforderlichen Sachverstand besitze und daher die Widerrufsentscheidung auf Grundlage dieser mangelnden Sachkompetenz erfolge.

Die Antragsgegnerin holte daraufhin das Ziviltechniker-Gutachten der beiden Sachverständigen für Informationstechnologie, Dipl. Ing. F. und Dipl. Ing. G., vom 27.11.2018 ein und übermittelte dieses am 28.11.2018 dem Verwaltungsgericht.

Am 29.11.2018 wurde eine mündliche Verhandlung durchgeführt.

In dieser wurde der Antragstellerin von der Antragsgegnerin eine Ausfertigung des obgenannten Privatgutachtens der beiden Sachverständigen für Informationstechnologie, Dipl. Ing. F. und Dipl. Ing. G., ausgefolgt und von der Antragstellerin im Wesentlichen vorgebracht, dass eine fundierte Auseinandersetzung mit diesem Privatgutachten eine entsprechende Vorbereitungszeit brauche und daher nicht im Zuge des heutigen Verhandlungstermins erfolgen könne. Außerdem werde die Bestellung eines Amtssachverständigen beantragt.

Im weiteren Verlauf der Verhandlung wurde von einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit diesem Gutachten Abstand genommen und der Verfahrensgegenstand auf dem Stand der Replik der Antragstellerin vom 29.10.2018 erörtert. In dieser wurde vom informierten Vertreter der Antragstellerin unter anderem dargelegt, man könne in der Praxis davon ausgehen, dass jeder Hersteller für seine Geräte nur ein Messverfahren verwende, weil er sonst ein Gerät schlechter darstellen würde als das andere. Man könne davon ausgehen, dass der Hersteller sich für ein Messverfahren entscheide, welches seine Geräte in aus seiner Sicht optimaler Weise darstelle.

Der detaillierte Verlauf und Inhalt der Verhandlung ist aus dem Verhandlungsprotokoll ersichtlich.

Folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt wurde festgestellt:

Wie die Antragstellerin selbst in ihrem Vorbringen schlüssig und nachvollziehbar dargelegt hat, bestehen unterschiedliche Methoden, das Kontrastverhältnis des Displays zu ermitteln.

Im Wesentlichen kann das Kontrastverhältnis rechnerisch ermittelt oder gemessen werden.

Im Fall einer Messung kann – dem Vorbringen der Antragstellerin folgend – zunächst zwischen der sogenannten „On/Off-Methode“ und der sogenannten „Ansi-Methode“ unterschieden werden.

Die „On/Off-Methode“ ist nicht standardisiert und kann daher vom jeweiligen Hersteller unterschiedlich ausgestaltet werden. Unter den Herstellern ist es zwar üblich, sowohl den Weiß- als auch den Schwarzwert in einem abgedunkelten Raum zu messen. Von diesem Usus bestehen jedoch Abweichungen.

Auch bei der „Ansi-Methode“ besteht, wie die Antragstellerin schlüssig und nachvollziehbar dargelegt hat, zumindest ein Usus, wie diese üblicher Weise angewandt wird. Abweichungen von diesem Usus sind jedoch mangels verbindlicher Normen für den Messablauf nicht ausgeschlossen.

Die Antragsgegnerin hat im Vergabeverfahren eine präsumtive Bestbieterin ermittelt und an Hand der Datenblätter unter anderem das Prüfergebnis erzielt, dass die präsumtive Bestbieterin das verlangte Kontrastverhältnis von 4000:1 erfüllt. Nach welcher Methode die Herstellerin der präsumtiven Bestbieterin das verlangte Kontrastverhältnis von 4000:1 ermittelt hat, ist nicht bekannt und für das Vergabeverfahren auch insoweit ohne rechtliche Relevanz, weil die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen nicht festgelegt haben, dass dieses Kontrastverhältnis durch eine bestimmte Methode zu ermitteln ist.

Die Herstellerin hat die Methode für die Ermittlung des Kontrastverhältnisses außerhalb des Vergabeverfahrens geändert und ist dadurch zu einem anderen Kontrastverhältnis für das gleiche Display gelangt. Durch das mit der anderen Methode ermittelte Ergebnis wäre die Mindestanforderung eines Kontrastverhältnisses von 4000:1 oder mehr nicht erfüllt.

Es ist somit erwiesen und entspricht auch dem insoweit schlüssig nachvollziehbaren Vorbringen der Antragstellerin, dass die Hersteller durch die Wahl der Mess- oder sonstigen Ermittlungsmethode des Kontrastverhältnisses entscheidenden Einfluss auf den ausgewiesenen Wert nehmen können.

Die Antragstellerin hat die Antragsgegnerin durch ihren ersten, gegen die Zuschlagsentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag auf diese Problematik aufmerksam gemacht. Aus der Dokumentation im Vergabeakt und insbesondere aus der erfolgten Aufklärung durch den Hersteller des von der ermittelten Bestbieterin angebotenen Produktes ergibt sich, dass diese Problematik zumindest beim Produkt der präsumtiven Zuschlagsempfängerin schlagend geworden ist.

Die Antragsgegnerin hat nachvollziehbar und glaubwürdig dargelegt, dass sie beabsichtigt, den Leistungsgegenstand nach erfolgtem Widerruf neuerlich auszuschreiben und dabei durch ausdrückliche Festlegungen sicherzustellen, dass die angebotenen Kontrastverhältnisse objektiv vergleichbar sind. Die Antragsgegnerin beabsichtigt, das Kontrastverhältnis so zu definieren, dass es ausgeschlossen wird, dass das gleiche Display je nach ausgewählter Methode für die Ermittlung des Kontrastverhältnisses die Mindestanforderung an das Kontrastverhältnis nach einer Methode erfüllt und nach der anderen Methode nicht erfüllt. Nach den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen ist eine solche Divergenz des Ergebnisses des Kontrastverhältnisses je nach Ermittlungsmethode des Herstellers nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern sogar beim Angebot der ermittelten Bestbieterin tatsächlich eingetreten.

Bei der Beweiswürdigung wurde erwogen:

Der Senat ist bei seinen Feststellungen weitgehend dem insoweit schlüssigen und nachvollziehbaren Vorbringen der Antragstellerin gefolgt. Insbesondere hat die Antragstellerin schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, dass es im Ermessen des Herstellers liegt, wie er das Kontrastverhältnis ermittelt, und von der Wahl der Methode durch den Hersteller auch das Ergebnis des ermittelten Kontrastwertes abhängt.

Die Richtigkeit des diesbezüglichen Vorbringens der Antragstellerin wurde durch die Ermittlungsergebnisse der Antragsgegnerin bestätigt.

In rechtlicher Hinsicht wurde erwogen:

Gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVerG 2006 kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn dafür sachliche Gründe bestehen.

Ob ein sachlicher Grund vorliegt, ist objektiv zu beurteilen. Es ist zu fragen, ob der Widerruf für einen besonnenen Auftraggeber in der konkreten Situation eine sinnvolle Handlungsalternative und ein taugliches Mittel zur „Problembehebung“ darstellt (Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVerG 2006, 2. Auflage, §§ 138, 139, RZ 27).

Im Anlassfall hat die Antragsgegnerin auf Grund des ersten Nachprüfungsantrages der Antragstellerin festgestellt, dass die Mindestanforderung eines Kontrastverhältnisses von zumindest 4000:1 kein objektives Qualitätsmerkmal ist, weil das gemessene oder sonst ermittelte (z.B. berechnete) Kontrastverhältnis wesentlich von der Bewertungs- oder sonstigen Ermittlungsmethode des Herstellers abhängt.

Der von der Antragsgegnerin angestrebte Widerruf des Vergabeverfahrens mit nachfolgender Neuaußschreibung zwecks Spezifizierung einer Messmethode für das Kontrastverhältnis ist als taugliches Mittel zur Beseitigung dieses Problems anzusehen.

Wenn die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren darauf verweist, dass ein objektiver Vergleich der abgegebenen Angebote auch ohne Widerruf möglich sei, so ist ihr entgegen zu halten, dass daraus für die Antragstellerin nichts gewonnen ist, weil auch eine etwaige objektive Vergleichbarkeit der abgegebenen Angebote die Zulässigkeit des Widerrufs aus sachlichem Grund nicht ausschließt.

Die diesbezügliche Argumentation der Antragstellerin geht im Wesentlichen dahin, dass nur das Angebot der Antragstellerin die Mindestanforderung des Kontrastverhältnisses erfülle und ihr daher der Zuschlag erteilt werden müsse. Diese Argumentation ist einerseits deswegen nicht nachvollziehbar, weil die Antragsgegnerin auch dann zum Widerruf des Vergabeverfahrens berechtigt wäre, wenn tatsächlich nur das Angebot der Antragstellerin übrig bleiben sollte. Vor allem ist diese Argumentation aber auch deswegen nicht nachvollziehbar, weil die Wahl der Mess- oder sonstigen Ermittlungsmethode des Kontrastverhältnisses mangels Bestehens verbindlicher Normen – wie die Antragstellerin selbst zutreffend vorgebracht hat – dem jeweiligen Hersteller obliegt und dem jeweiligen Hersteller daher auf der Grundlage der bestehenden Ausschreibung nicht entgegen getreten werden kann, wenn er eine Mess- oder Ermittlungsmethode auswählt, bei der sein Gerät die Mindestanforderung eines Kontrastverhältnisses von 4000:1 erfüllt.

Zum anderen ist der Antragsgegnerin ein berechtigtes Interesse dahingehend zuzubilligen, dass sie ein Gerät nicht deswegen kaufen will, weil der Hersteller eine Mess- oder Bewertungsmethode ausgewählt hat, bei der sein Gerät ein Kontrastverhältnis von zumindest 4000:1 aufweist, sondern die Anforderung stellen will, dass einem solchen Kontrastverhältnis auch ein von der Auswahl der Mess- oder Bewertungsmethode unabhängiger Qualitätsstandard des Gerätes zu Grunde liegt. Der von der Antragsgegnerin angestrebte Widerruf mit nachfolgender Spezifizierung der Messmethode für das Kontrastverhältnis und Neuaußschreibung stellt ein geeignetes Mittel zur Behebung dieses von der Antragsgegnerin auf Grund des ersten Nachprüfungsantrages festgestellten Problems dar.

Darüber hinaus stellt die bestandsfeste Mindestanforderung an das Kontrastverhältnis auch keine objektive Grundlage für einen Vergleich der Angebote dar und lässt eine Bestbieterermittlung unter Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter nicht zu.

In der beschriebenen Situation konnte der Antragsgegnerin daher nicht entgegen getreten werden, wenn sie sich weder auf den Versuch einlässt, das von ihr ermittelte Bestangebot aus Gründen, die in der Ermittlungsmethode der formal erfüllten Mindestanforderung des Kontrastverhältnisses liegen, ausscheiden zu wollen, noch sich auf den Versuch einlässt, den Zuschlag auf das solcherart ermittelte Bestangebot erteilen zu wollen, sondern den Widerruf des Vergabeverfahrens anstrebt, um auf diese Weise die Mindestanforderung an das geforderte Kontrastverhältnis näher konkretisieren zu können. Damit kommt sie ihrer Verpflichtung nach, die Ausschreibung so zu gestalten, dass vergleichbare Angebote abgegeben werden können.

Zum Antrag der Antragstellerin auf Vertagung der Verhandlung ist auszuführen, dass das von der Antragsgegnerin am 28.11.2018 übermittelte Privatgutachten für die Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes nicht erforderlich war und deswegen auch nicht die Notwendigkeit bestand, der Antragstellerin eine Frist einzuräumen, diesem Gutachten auf fachlich fundierter Weise entgegen treten zu können. Es konnte insoweit dem Vorbringen der Antragstellerin gefolgt werden, die selbst schlüssig und nachvollziehbar herausgearbeitet hat, dass die Wahl der Mess- oder sonstigen Ermittlungsmethode des Kontrastverhältnisses dem jeweiligen Hersteller obliegt und jeder Hersteller die Methode auswählen wird, die seine Geräte insgesamt im günstigsten Licht erscheinen lässt. Die Beeinflussbarkeit des Ergebnisses durch die Wahl der Methode wurde auch von der Antragstellerin nicht bestritten. Durch Formulierungen wie „üblicherweise“ und „es besteht weitgehender Konsens“ im Zusammenhang mit ihren Ausführungen zur Praxis der Ermittlungsmethoden des Kontrastverhältnisses hat die Antragstellerin selbst noch bestärkt, dass die bloße Festlegung eines Mindestkontrastverhältnisses ohne begleitende Festlegung, wie dieses Kontrastverhältnis zu messen oder zu ermitteln ist, keine geeignete Grundlage für einen Vergleich der Angebote und für eine objektive Beurteilung selbiger im Hinblick auf ihre Qualität betreffend Kontrastverhältnis darstellt.

Des von der Antragsgegnerin vorgelegten Privatgutachtens hätte es daher gar nicht mehr bedurft, um diese Umstände festzustellen.

Es stand auch ohne dieses Gutachten fest, dass die Festlegung der Mindestanforderung eines Kontrastverhältnisses von zumindest 4000:1 keine geeignete Grundlage für einen objektiven Vergleich der Angebote darstellt und dass die Antragstellerin diesen Umstand erst nach erfolgter Bestbieterermittlung durch die Hinweise der Antragstellerin in ihrem ersten Nachprüfungsantrag entdeckt hat.

Dem Vertagungsantrag war daher keine Folge zu geben.

Zum Antrag der Antragstellerin auf Beziehung eines Amtssachverständigen war bereits deswegen nicht Folge zu geben, weil es für die Entscheidung über den Nachprüfungsantrag nicht erforderlich war, sich mit den Ausführungen des von der Antragsgegnerin übermittelten Privatgutachtens zu den näheren technischen Details der angebotenen Tafeln und zu den verschiedenen Messmethoden inhaltlich auseinander zu setzen, und bereits aus den Ausführungen der Antragstellerin selbst mit ausreichender Klarheit und Eindeutigkeit hervorging, dass es unterschiedliche Möglichkeiten zur Feststellung des Kontrastverhältnisses gibt, die vom Hersteller nach dessen Ermessen ausgewählt werden können, und dass damit eine objektive Vergleichbarkeit der Kontrastverhältnisse von Produkten unterschiedlicher Hersteller nicht gegeben ist.

Im Ergebnis war daher eine objektive Vergleichbarkeit der Kontrastverhältnisse der Produkte unterschiedlicher Bieter, soweit diese Produkte von unterschiedlichen Herstellern stammen, nicht gegeben.

Ebenso war eine objektive Beurteilung der Kontrastverhältnisse der angebotenen Produkte nicht möglich, da die tatsächliche Qualität nicht nur vom nominalen Kontrastverhältnis, sondern auch entscheidend von der nicht festgelegten und daher im Ermessen des Herstellers stehenden Ermittlungsmethode des Kontrastverhältnisses abhängig ist. In dieser Unwägbarkeit der tatsächlichen (materiellen) Qualität des jeweils nominal angebotenen Kontrastverhältnisses liegt ein sachlicher Grund für den Widerruf des Vergabeverfahrens.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung vom 21.9.2018 war daher spruchgemäß abzuweisen.

Da die Antragstellerin im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren auch nicht teilweise obsiegt hat, hat sie die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

## **Schlagworte**

Nachprüfungsverfahren; Widerrufsentscheidung; sachlicher Grund; objektive Beurteilung; objektives Qualitätsmerkmal; objektive Vergleichbarkeit; Spezifizierung der Messmethode für das Kontrastverhältnis

## **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGWI:2018:VGW.123.077.12832.2018

## **Zuletzt aktualisiert am**

14.01.2019

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