

TE Lvwg Erkenntnis 2015/11/16 VGW-123/066/31457/2014

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.11.2015

Entscheidungsdatum

16.11.2015

Index

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

WVRG 2014 §20

WVRG 2014 §26 Abs1

BVergG §19 Abs1

1. BVergG Art. 2 § 19 gültig von 01.09.2002 bis 31.01.2006 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 17/2006

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Maga Schreiner-Hasberger als Vorsitzende und die Richter Mag Fischer als Berichter und Dr Schweiger als Beisitzer über den Antrag der H. GmbH, Wien, ..., vertreten durch RAe, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, ..., vertreten durch RA-Partnerschaft, vom 23.09.2014 im Vergabeverfahren „Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme von Geräten der Infusionstechnik für das X.-spital der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund“ nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 23.01.2015 erkannt. Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Maga Schreiner-Hasberger als Vorsitzende und die Richter Mag Fischer als Berichter und Dr Schweiger als Beisitzer über den Antrag der H. GmbH, Wien, ..., vertreten durch RAe, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, ..., vertreten durch RA-Partnerschaft, vom 23.09.2014 im Vergabeverfahren „Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme von Geräten der Infusionstechnik für das römisch zehn.-spital der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund“ nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 23.01.2015 erkannt:

1.

Die mit Schreiben vom 23.09.2014 mitgeteilte Entscheidung der Antragsgegnerin, mit der das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden wurde, wird für nichtig erklärt.

2.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren von € 3 000,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

3.

Gegen dieses Erkenntnis ist nach § 25a VwGG eine ordentliche Revision nach Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist nach Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 2 Abs 4, 7 Abs 2 Z 2, 15 Abs 1 und 3, 16 Abs 1 und 2, 20 Abs 1, 22 Abs 2, 23 Abs 1, 24 Abs 1 und 26 Abs 1 WVRG 2014; § 1 WVPVO; §§ 2 Z 16 lit a sublit aa, 19 Abs 1, 123 und 126 BVerfG; §§ 914 und 915 ABGB; §§ 32 Abs 1 AVG; Art 133 Abs 4 B-VG; § 25a Abs 1 VwGG. Rechtsgrundlagen: Paragraphen 2, Absatz 4, 7, Absatz 2, Ziffer 2, 15, Absatz eins und 3, 16 Absatz eins und 2, 20 Absatz eins, 22, Absatz 2, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins und 26 Absatz eins, WVRG 2014; Paragraph eins, WVPVO; Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a., 19 Absatz eins, 123 und 126 BVerfG; Paragraphen 914 und 915 ABGB; Paragraphen 32, Abs 1 AVG; Artikel 133, Absatz 4, B-VG; Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG.

Entscheidungsgründe

I. Vorbemerkung römisch eins. Vorbemerkung

Die Antragsgegnerin (AG = Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund) führt ein offenes Verfahren nach den Bestimmungen des Oberschwellenbereichs (OSB) zur Vergabe eines Auftrags mit der Bezeichnung „Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme von Geräten der Infusionstechnik für das X.-spital der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund“ (Aktenzeichen KAV-GED-A/28/2013/SE). Das Vergabeverfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften ABl S 04/04/2014, S67 bekannt gemacht. Der Auftrag ist nicht in Lose aufgeteilt. Varianten- und Alternativangebote sind nicht zulässig. Die Instandhaltung (Wartung und Reparatur) nach Ablauf der Medizintechnikgarantie ist optional anzubieten. Zuschlagskriterien waren der Preis (Gewichtung: 82 %) und die Qualität (Gewichtung: 18 %; Vergabeakt ./3). Die Antragsgegnerin (AG = Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund) führt ein offenes Verfahren nach den Bestimmungen des Oberschwellenbereichs (OSB) zur Vergabe eines Auftrags mit der Bezeichnung „Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme von Geräten der Infusionstechnik für das römisch zehn.-spital der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund“ (Aktenzeichen KAV-GED-A/28/2013/SE). Das Vergabeverfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Amtsblatt , S 04/04/2014, S67 bekannt gemacht. Der Auftrag ist nicht in Lose aufgeteilt. Varianten- und Alternativangebote sind nicht zulässig. Die Instandhaltung (Wartung und Reparatur) nach Ablauf der Medizintechnikgarantie ist optional anzubieten. Zuschlagskriterien waren der Preis (Gewichtung: 82 %) und die Qualität (Gewichtung: 18 %; Vergabeakt ./3).

II. Vorbringen römisch zwei. Vorbringen

Die Antragstellerin (ASt = H. GmbH) beantragte mit ihrem am 02.10.2014 eingelangten Schriftsatz, das VwG Wien (= Verwaltungsgericht Wien) möge (ON1, 10f)

(a)

das Ausscheiden ihres Angebots für nichtig erklären;

(b)

eine mündliche Verhandlung durchführen;

(c)

der ASt Akteneinsicht nach § 17 AVG in alle von der AG vorzulegenden Bestandteile des Vergabeverfahrens gewähren; der ASt Akteneinsicht nach Paragraph 17, AVG in alle von der AG vorzulegenden Bestandteile des Vergabeverfahrens gewähren;

(d)

der AG den Ersatz der von der ASt entrichteten Gebühren auftragen;

(e)

im Fall der Klaglosstellung der AG den Ersatz der von der ASt entrichteten Gebühren auftragen;

(f)

der AG mit einstweiliger Verfügung (= EV) für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen, im Vergabeverfahren „Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme von Geräten der Infusionstechnik für das X.-spital der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund“ den Zuschlag zu erteilen. der AG mit einstweiliger Verfügung (= EV) für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen, im Vergabeverfahren „Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme von Geräten

der Infusionstechnik für das römisch zehnspital der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund“ den Zuschlag zu erteilen.

Dazu brachte sie in ihren Schriftsätzen vom 01.10.2014 (ON1), 16.10.2014 (ON8) und 22.01.2015 (ON21) insb vor:

Die ASt habe ihr Interesse am Vertragsabschluss schon mit ihrem ausschreibungskonformen Angebot zum Ausdruck gebracht. Sie sei jedenfalls befähigt und hinreichend wirtschaftlich und technisch leistungsfähig, um den Auftrag auszuführen. Ihr erhebliches wirtschaftliches Interesse an diesem Auftrag liege ua im dadurch erfolgenden Markteintritt in Österreich (ON1, 3).

Aufgrund der rechtswidrigen Ausscheidensentscheidung drohe der ASt ein Schaden in der Höhe des kalkulierten Gewinns, der bisher aufgewendeten Bearbeitungskosten für das Angebot sowie der Rechtsberatungskosten. Außerdem drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojekts (ON1, 3f).

Durch das rechtswidrige Ausscheiden des Angebots sei die ASt in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens nach § 19 Abs 1 BVergG, vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung, Nichtausscheiden ihres Angebots, Zuschlagsentscheidung, korrekte Bestbieterermittlung, Gleichbehandlung, Durchführung eines fairen Wettbewerbs und Zuschlagserteilung verletzt (ON1, 9f). Durch das rechtswidrige Ausscheiden des Angebots sei die ASt in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung, Nichtausscheiden ihres Angebots, Zuschlagsentscheidung, korrekte Bestbieterermittlung, Gleichbehandlung, Durchführung eines fairen Wettbewerbs und Zuschlagserteilung verletzt (ON1, 9f).

Die angefochtene Entscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens relevant, weil die AG bei vergaberechtskonformem Handeln die ASt nicht ausscheiden hätte dürfen, sondern ihr den Zuschlag erteilen hätte müssen (ON1, 9).

Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung brachte die ASt insb vor:

?

Die angebotenen Geräte der ASt seien mit dem bestehenden System kompatibel (ON1, 8).

?

Die Kompatibilität ihrer Produkte mit dem [von der AG verwendeten] PDMS-System (PDMS = Patientendatenmanagementsystem) der S. sei allein anhand der vorgelegten Bedienungsanleitungen nachgewiesen (ON1, 9). Die Bedienungsanleitungen enthielten keineswegs nur Informationen zur Entwicklung des Treibers, sondern exakte Beschreibungen der externen Kommunikationsfunktionen; der Treiber sei Bestandteil der gelieferten Produkte (ON8, 10).

?

Die Kompatibilität der Geräte der ASt mit dem PDMS-System der AG könne bei einem Probetrieb nachgewiesen werden (ON1, 9).

?

Die ASt sei nie zur Teilnahme an einem Probetrieb aufgefordert worden (ON1, 9; ON8, insb 3 und 8ff).

?

Die ASt hätte zu keinem Zeitpunkt einen derartigen Probetrieb abgelehnt (ON8, 3).

?

Die Behauptung, ein Probetrieb könne aufgrund fehlender Treiber nicht durchgeführt werden, sei falsch; sämtliche Voraussetzungen für die Anbindung der Geräte seien von der ASt beigebracht worden, die erforderlichen Treiber seien Teil der angebotenen Leistung (ON1, 9; ON8, 10).

?

Geräteanbindungen der ASt seien bereits im Einsatz und funktionierten problemlos, ua in der Krankenanstalt ... und im ... (ON8, 9f).

?

Die ASt habe sämtliche für die Durchführung eines PDMS-Probetriebs erforderliche Schnittstellen und Treiber zur Verfügung gestellt (ON8, 3).

?

Die Geräte der ASt könnten sämtliche in der Ausschreibung geforderten Daten an das System der AG übermitteln

(ON8, 10).

?

Die Mitwirkung der ASt an einem Probetrieb unter Anbindung an das PDMS sei nicht erforderlich. Die Verbindung zwischen den Geräten der ASt und dem PDMS erfolge über ein handelsübliches Schnittstellenkabel, das von S. bereitzustellen sei. An die Geräte der ASt werde ein 9-poliger Stecker SUB-D angesteckt, dessen PIN-Belegung in der Bedienungsanleitung angegeben sei. Die PIN-Belegung des Steckers für das PDMS-System kenne nur S. (ON8, 3 und 11).

?

Die Ausschreibung fordere gar keinen Probetrieb unter Einbindung in das PDMS-System (ON8, 3).

?

Die Ausscheidensentscheidung sei aus all diesen Gründen zu Unrecht erfolgt (ON1, 9; ON8, 3).

Dazu im Einzelnen:

Die ASt sei nach Angebotsöffnung billigste Bieterin gewesen. An zweiter Stelle sei das Angebot der S. GmbH (S.) gelegen, die derzeit das entscheidungsrelevante [von der AG verwendete] PDMS-System betreibe (ON1, 4, 4.1).

Das Angebot der ASt sei mit der Begründung ausgeschieden worden, dass kein Probetrieb zur Prüfung des vollständigen Funktionsumfangs durchgeführt und damit das System auch nicht bewertet werden konnte. Deshalb sei ein gefordertes technisches Leistungskriterium nicht erfüllt worden. Das entspreche nicht den Tatsachen (ON1, 4, 4.2).

Die AG bezweifle, dass die von der ASt angebotenen Produkte mit dem bestehenden PDMS-System kompatibel seien; daher sei der laut Ausschreibung geschuldete Probetrieb nicht möglich (ON1, 5).

Hätte die AG das Angebot der ASt richtig geprüft, so hätte sie feststellen können, dass schon mit den Bedienungsanleitungen (Kapitel externe Kommunikation), die dem Angebot beilägen, nachgewiesen sei, dass die in der Ausschreibung vorgesehenen Anforderungen für die Kompatibilität erfüllt seien. Denn aus diesen Bedienungsanleitungen ergebe sich, wie die externe Kommunikation der Geräte mit einem PDMS-System des Kunden zu erfolgen habe und dass die von der ASt angebotenen Geräte die Anforderungen der Ausschreibung erfüllten (ON1, 7, 4.5).

Die von der ASt angebotenen Produkte könnten jederzeit in das PDMS-System der S. eingebunden werden. Die für einen Probetrieb erforderlichen Schnittstellen und Treiber wären vorhanden gewesen. Das angebotene System könne auch bewertet werden. Die Kompatibilität ergebe sich allein aus den dem Angebot beigelegten Bedienungsanleitungen, ein Probetrieb sei nicht erforderlich. Die ASt habe auch bereits bei anderen Auftraggebern, die ebenfalls das PDMS-System der S. verwendeten, ihre Produkte geliefert; auch in diesen Fällen funktionierten die Schnittstellen und Treiber einwandfrei (ON1, 8).

Der geforderte Probetrieb sei jederzeit durchführbar. Die ASt stehe dafür auch jederzeit zur Verfügung (ON1, 8), sie habe den Probetrieb nie abgelehnt (ON8, 2). Tatsächlich sei zum Zeitpunkt des Probetriebs gar kein PDMS-System vor Ort verfügbar gewesen (ON8, 2).

Der ASt sei nicht bekannt, warum die AG keinen Probetrieb durchgeführt habe. Allerdings setze der Probetrieb die Mitarbeit des unmittelbaren Mitbewerbers der ASt voraus, nämlich der S., die das derzeitige PDMS-System betreibe (ON1, 8; ON8, 2).

Tatsächlich sei der Probetrieb unter Einbindung in das bestehende PDMS-System zur Bewertung der Angebote laut Ausschreibung nicht gefordert; in den Ausschreibungsunterlagen („16. Besuchsmöglichkeit von Referenzzentren“ und „Subkriterium Qualität“ sei die Kompatibilität mit dem PDMS-System an keiner Stelle erwähnt (ON8, 4). Vielmehr habe die Angebotsbewertung ohne Anbindung an das PDMS-System stattgefunden. Nur die S. könne die Einbindung in ihr System durchführen. Diese Einbindung sei aber aus technischer Sicht ein üblicher, problemloser Vorgang. Für die AG sei es jederzeit möglich, den Probetrieb auch ohne Mitwirkung der ASt durchzuführen (ON8, 2).

Tatsächlich habe die AG den Probetrieb wie in der Ausschreibung gefordert vom 27.08.2014 bis zum 01.10.2014 auf der neonatologischen Intensivstation durchgeführt. Während dieses Probetriebs sei die ASt nie aufgefordert worden, unterstützend an der Einbindung in das PDMS-System mitzuwirken. Der Probetrieb sei problemlos

verlaufen. Die AG habe alle Kriterien im Zuge des durchgeführten Probetriebs geprüft und auf dieser Basis das Angebot der ASt bewertet. Eine Bewertung des Angebots anhand der zur Ermittlung des Bestbieters herangezogenen Faktoren sei daher möglich gewesen (ON8, 5 und 7).

Am ersten Tag des Probetriebs sei von einem Mitarbeiter der AG ua mitgeteilt worden, im Zuge dieses Probetriebs werde die IT-Anbindung ohnehin nicht überprüft, für die Konfigurationsarbeiten wäre nach der Beauftragung noch genügend Zeit, „da mit der geplanten Einführung auf der Neonatologie-Intensivstation das PDMS System ohnehin nicht vor Ende des Jahres 2014 zu rechnen sei“. Während des von der ASt durchgeführten Probetriebs habe es also noch gar kein bestehendes PDMS-System für die Neonatologie-Intensivstation gegeben (ON8, 8).

Die ASt gehe weiters davon aus, dass in den entsprechenden Prüfprotokollen der übrigen Bieter kein Vermerk über die Einbindung in das PDMS-System enthalten sei (ON8, 8).

Auch im Telefongespräch zwischen einem Mitarbeiter der AG und dem Geschäftsführer der ASt am 08.09.2014 sei es nicht darum gegangen, dass ein Probetrieb vor Zuschlagserteilung durchgeführt werden sollte. Vielmehr sei es der AG darum gegangen sicherzustellen, dass die ausschreibungskonformen Datenschnittstellen und Konfigurationsarbeiten im Angebot der ASt enthalten sind. Vor diesem Hintergrund sei auch das Schreiben des Geschäftsführers der ASt vom 8.9.2014 (Beilage./1) zu lesen; es könne keinesfalls bewiesen, dass die ASt den – ohnehin nicht geforderten – Probetrieb verweigert hätte (ON8, 8f).

Hätte die AG die ASt aufgefordert, den Probetrieb auf die Anbindung an das PDMS-System zu erweitern, wäre sie dieser Aufforderung nachgekommen. In diesem Zusammenhang verweist die Antragstellerin auf die Rechtsprechung, nach der Aufklärungsersuchen unmissverständlich zu formulieren seien (ON8, 9).

Die ASt bestreite ausdrücklich, dass mehrfach die Treiber zur Anbindung an das vorhandene PDMS-System eingefordert worden seien; die AG lege dazu auch keine Unterlagen vor und mache keine Zeugen namhaft (ON8, 10).

Die Schnittstelle sei kein Bewertungskriterium. Sie werde üblicherweise erst nach Auftragserteilung bei der Inbetriebnahme überprüft. Dieses Kriterium werde von der AG bewusst in die Höhe gespielt, obwohl es sich dabei aus technischer Sicht um eine simple Datenübertragung über einen handelsüblichen Stecker handle (ON8, 5).

In der Ausschreibung würden bestimmte Parameter vorgegeben, die die Geräte der ASt in das PDMS-System der AG einspeisen können müsse. Derartige Schnittstellen seien bei Medizintechnikprodukten state of the art, die notwendigen Informationen ergäben sich aus den Bedienungsanleitungen (ON8, 5).

Die Ausschreibung enthalte keine konkreten Anforderungen an den nunmehr eingeforderten Probetrieb im Zusammenhang mit der PDMS-Schnittstelle. Eine Mitwirkung der Bieter sei nicht vorgesehen (ON8, 6).

Allen an dieser Ausschreibung beteiligten Personen sei klar, dass das Herstellen der Verbindung, das Definieren der zu übertragenden Daten und das Überprüfen der Funktion erst nach Zuschlagserteilung erfolgen werde. Die ASt bestreite ausdrücklich, dass sich aus der Ausschreibung unmissverständlich und klar für alle Bieter ergebe, dass der Probetrieb mit der PDMS-Schnittstelle schon in der Angebotsphase zu erfolgen habe. Es sei richtig, dass ein Probetrieb geschuldet sei; mangels konkreter Angaben hätte die ASt aber davon ausgehen können dass er – wie auch sonst üblich – erst nach Auftragserteilung erfolge. Aufgrund der Festlegungen in Beilage 13.12 der Ausschreibung würde ein Probetrieb unter Einbindung in das PDMS-System nicht erfolgen (ON8, 6).

Der Inhalt von Ausschreibungsunterlagen sei nach §§ 914f ABGB zu ermitteln. Dabei sei der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend; im Zweifel sei davon auszugehen, dass sich die AG mit einer weiten, „bieterfreundlichen“, Auslegung ihrer undeutlichen Äußerung einverstanden erkläre (ON8, 6f). Der Inhalt von Ausschreibungsunterlagen sei nach Paragraphen 914 f, ABGB zu ermitteln. Dabei sei der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend; im Zweifel sei davon auszugehen, dass sich die AG mit einer weiten, „bieterfreundlichen“, Auslegung ihrer undeutlichen Äußerung einverstanden erkläre (ON8, 6f).

Der Probetrieb für die Bewertung der Angebote müsse in der Angebotsphase durchgeführt werden. Da die PDMS-Schnittstelle laut bestandfester Ausschreibung kein Bewertungskriterium sei, müsse ein Bieter auch nicht davon ausgehen, dass ein eigener „PDMS-Schnittstellen Probetrieb“ in der Angebotsphase erforderlich sei (ON8, 7).

Der AG sei es verwehrt, nachträglich weitere, von der Ausschreibung abweichende, Bewertungskriterien festzulegen (ON8, 7).

Die AG habe die ASt nie zu einem Probetrieb unter Anbindung der Geräte an das PDMS aufgefordert. Hätte es eine solche Aufforderung gegeben und wäre die ASt ihr nicht nachgekommen, so wäre der dadurch verwirklichte Ausscheidensgrund nach § 129 Abs 2 BVergG in der Ausscheidensentscheidung angeführt worden (ON21, 2f). Die AG habe die ASt nie zu einem Probetrieb unter Anbindung der Geräte an das PDMS aufgefordert. Hätte es eine solche Aufforderung gegeben und wäre die ASt ihr nicht nachgekommen, so wäre der dadurch verwirklichte Ausscheidensgrund nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG in der Ausscheidensentscheidung angeführt worden (ON21, 2f).

Im Rahmen des Transparenzgebotes wäre die AG verpflichtet gewesen, nicht nur die Überlegungen, die zur Ausscheidungsentscheidung führten, darzustellen, sondern auch jeden Schritt in Bezug auf die Prüfung dem betroffenen Bieter vorzuhalten und ihm Gelegenheit zu geben, strittige Umstände oder Sachverhalte aufzuklären. Dieser Verpflichtung zur transparenten kontradiktorischen Aufklärung hätte die AG nur entsprochen, wenn aus dem Vergabeakt auch nachträglich objektiv prüfbar wäre, dass der ASt vorgehalten wurde, dass ihr Angebot ausgeschieden werde, sollten die Treiber nicht zu einem bestimmten Datum zur Verfügung gestellt werden oder die Teilnahme an einem Probetrieb verweigert werden (ON21, 3f).

Aus keiner Mitteilung der ASt ergebe sich (auch nicht aus der E-Mail des Geschäftsführers der ASt vom 08.09.2014, 13.12), dass die ASt an einem Probetrieb nicht mitwirken würde oder den erforderlichen Treiber erst entwickeln müsse (ON21, 5f).

Zum Beweis ihres Vorbringens beantragte die ASt die Einsichtnahme in den von der AG vorzulegenden Vergabeakt, die Einsichtnahme in die von der ASt vorgelegten Beilagen, die Einvernahme von Ing B. (Geschäftsführer der ASt), Einvernahme von Hr P. (Angestellter der ASt) und ein Sachverständigengutachten aus dem Bereich elektromedizinische Anlagen, Apparate, Geräte sowie Informationstechnik, dies offenbar zur Frage der Kompatibilität der von der ASt angebotenen Produkte mit dem PDMS-System der S., darüber hinaus die Einsichtnahme in den Vergabeakt zum Beweis, dass die ASt nicht zum Probetrieb aufgefordert wurde, mit der Zweitgereihten bis zur Ausscheidensentscheidung kein Probetrieb vereinbart wurde und im Prüfprotokoll der anderen Mitbewerber kein Vermerk über die Einbindung in das PDMS aufscheint.

Die AG beantragte, die Anträge der ASt abzuweisen (ON5, 4; außer den Antrag auf EV, s ON3). Dazu brachte sie in ihren Schriftsätzen vom 08.10.2014 (ON5), 06.11.2014 (ON10) und 22.01.2015 (ON20) insb vor:

Die Ausschreibungsbedingungen sähen (ON20, 2)

?

auf den Seiten 17ff vor, dass alle Mindestkriterien in einem Probetrieb nachgewiesen werden müssen; daher könne es keinen Zweifel geben, dass der Nachweis in einem Probetrieb vor Zuschlagserteilung erbracht werden müsse, weil andernfalls die Mindestkriterien nicht erfüllende Angebote nicht ausgeschieden werden könnten;

?

auf Seite 20 vor, dass validierte Treiber für CC im Angebot enthalten sein müssen; deshalb hätte die ASt die Treiber für den Probetrieb bereitstellen müssen; die Abstimmung mit dem PDMS-Hersteller erst nach Zuschlag und Beauftragung (wie von der ASt in der E-Mail vom 08.09.2014 in Aussicht gestellt) stehe daher nicht im Einklang mit den Ausschreibungsbestimmungen;

?

in Punkt 8 der Besonderen Vertragsbestimmungen (BVB) vor, dass die Lieferfrist 6 Wochen nach Einlangen des Bestellscheins betrage; würde die ASt die Abstimmung mit dem PDMS-Hersteller erst nach Zuschlag und Beauftragung durchführen, könnte sie diese Lieferfrist keinesfalls einhalten, weil Entwicklung und Validierung der Treiber in 6 Wochen technisch nicht machbar seien.

Das Angebot der ASt habe ausgeschieden werden müssen, weil der geforderte Probetrieb von der Antragstellerin nicht ermöglicht worden sei. Ein Probetrieb des vollständigen Funktionsumfangs (also inkl PDMS-Anbindung) habe nicht durchgeführt und daher das System auch nicht bewertet werden können. Deshalb bezweifle die AG auch, dass die von der ASt angebotenen Produkte mit dem bestehenden System kompatibel seien (ON5, 2).

Die Überprüfung der Gesamtfunktionalität im Rahmen eines Probetriebs vor Zuschlagserteilung sei zwingend erforderlich, weil der Einsatz der ausgeschriebenen Infusionstechnik im KAV nur mit PDMS-Schnittstelle möglich sei. Die für den Probetrieb erforderlichen Treiber seien aber nicht zur Verfügung gestellt worden. Vielmehr habe die ASt

darauf hingewiesen, dass „die Abstimmung mit dem PDMS-Hersteller für die zu übernehmenden Daten und gewünschten Parameter nach erfolgtem Zuschlag und Beauftragung“ durchgeführt würde (ON5, 2f und ./1, 1).

Die beigelegten Bedienungsanleitungen enthielten im referenzierten Kapitel „Externe Kommunikation“ nur Informationen zur Entwicklung eines Treibers; auf einen bereits vorhandenen Treiber sei nicht eingegangen worden (ON5, 3 und ./2a, ./2b, ./2c).

Eine Bedienungsanleitung allein könne nicht der Beweis für die vollständige und richtige Funktionsfähigkeit einer Schnittstelle sein. Die Überprüfung müsse auf praktischem Wege erfolgen. Deshalb sei der Probetrieb gefordert worden (ON5, 3).

Weil die angebotenen Geräte zwingend an das vorhandene PDMS-System anzubinden seien, wären auch die dafür notwendigen technischen Voraussetzungen (Schnittstellen, Treiber) sowohl geräteseitig als auch PDMS-seitig anzubieten gewesen (Position 5 des Leistungsverzeichnisses). Ob diese Anbindung komplikationslos möglich sei, könne nur durch den geforderten Probetrieb festgestellt werden. Deshalb sei ein Probetrieb zwingend erforderlich (ON5, 3).

Bei der Prüfung der zur Verfügung gestellten Geräte habe der zuständige EDV-Techniker mehrfach auch die Treiber zu deren Anbindung an das vorhandene PDMS-System eingefordert. Weil die ASt dieser Aufforderung nicht nachgekommen sei, sei schließlich eine schriftliche Stellungnahme eingefordert worden. In dieser Stellungnahme habe die ASt erklärt, die Abstimmung mit dem PDMS-Hersteller für die zu übernehmenden Daten und gewünschten Parameter würde erst nach erfolgtem Zuschlag und Beauftragung erfolgen. Deshalb habe ein Probetrieb, der der Ermittlung des besten Bieters dienen sollte, nicht durchgeführt werden können (ON5, 4 und ./1).

Weil der geforderte Probetrieb nicht möglich gewesen sei, sei das Angebot der ASt als nicht ausschreibungskonform ausgeschieden worden (ON5, 4). Die ASt hätte eine Software (Treiber) zur Verfügung stellen müssen, um die Kommunikation zwischen Gerät und PDMS zu ermöglichen und einer Überprüfung zugänglich zu machen (ON10, 2).

In den Ausschreibungsunterlagen seien zwei verschiedene Probetriebe vorgesehen (ON10, 2f):

?

Einerseits der Probetrieb nach Zuschlagserteilung (wie von der ASt angesprochen) zur Feststellung der ordnungsgemäßen Lieferung und Montage und der Durchführung der stationsspezifischen Konfigurationsarbeiten etc;

?

Andererseits der Probetrieb, den der Auftraggeber – nach den Besonderen Angebotsbestimmungen 14.2, letzter Absatz und 14.3 – unmittelbar nach Angebotslegung, jedenfalls vor Zuschlagsentscheidung verlangen könne. Dieser Probetrieb diene zum einen der Überprüfung, ob das Angebot die Mindestanforderungen erfülle und im Vergabeverfahren verbleiben dürfe; dieser Teil des Probetriebs fließe nicht in die Bewertung ein und umfasse auch die Anbindungsmöglichkeit an das PDMS. Zum anderen diene dieser Probetrieb der Bewertung der angebotenen Geräte aus medizintechnischer Sicht anhand der Musterbewertungstabelle.

Behauptungen, ein Probetrieb sei nicht gefordert gewesen, seien unrichtig. Das ergebe sich aus mehreren Textpassagen der Ausschreibungsunterlagen (ON10, 3f). Darüber hinaus sei in den BVB (23) auch ein Probetrieb nach Zuschlagserteilung vorgesehen (ON10, 5).

Die Einbindung in das PDMS erfordere die Zusammenarbeit der beteiligten Firmen und sei keineswegs immer problemlos. Unter den von der ASt angegebenen Referenzen gebe es keine für die von ihr angebotenen Geräte in Kombination mit dem PDMS des KAV (ON10, 5 und 10). Wäre ein Treiber verfügbar gewesen, hätte auch ein Probetrieb der PDMS-Schnittstelle durchgeführt werden können. Die ASt habe aber den erforderlichen Treiber nie zur Verfügung gestellt (ON10, 5).

Zum Zeitpunkt des Probetriebs sei sehr wohl ein PDMS verfügbar gewesen; dem KAV stehe dafür ein eigenes Test-PDMS zur Verfügung (ON10, 5).

Die IT-Richtlinien (va die Kompatibilität zu vorhandenen Systemen im KAV) seien immer zwingend von allen Bietern zu erfüllen. Daher seien sämtliche Forderungen wie eben auch der Probetrieb Voraussetzung. Eine funktionierende Schnittstelle sei unabdingbare Voraussetzung für den Einsatz der Geräte. Daher sei diese Forderung als „Musskriterium“ ausformuliert, von allen Bietern obligatorisch zu erfüllen und nicht Teil der Punktbewertung. Allein ein handelsübliches Kabel sei nicht ausreichend, ebenso wenig eine Bedienungsanleitung (ON10, 6f).

Die Forderung des PDMS-Probebetriebs in der Angebotsphase sei eine Entscheidung der AG. Die ASt hätte diese Entscheidung beeinspruchen können. Ebenso hätte sie während der Angebotsfrist Unklarheiten durch Bieteranfragen ausräumen können (ON10, 7).

Beim tatsächlich durchgeführten Probebetrieb seien nur medizintechnische Aspekte beurteilt worden; der „Schnittstellenteil“ habe aufgrund fehlender Treiber nicht bewertet werden können (ON10, 6). Aus medizintechnischer Sicht sei der tatsächlich durchgeführte Probebetrieb erfolgreich gewesen (ON10, 8). Der Test des IT-Teils sei davon unabhängig und bedinge entsprechende Treiber; die ASt sei auch darauf hingewiesen worden, dass der Test der Schnittstelle grundsätzlich schon vor Zuschlagserteilung positiv absolviert werden müsse; somit müssten die Treiber schon vor dem Zuschlag verfügbar sein (ON10, 8 und 9). Die ASt sei sehr wohl aufgefordert worden, die notwendigen Treiber für den Probebetrieb zu liefern; die ASt habe dazu mitgeteilt, dass die Treiber erst nach Beauftragung entwickelt würden (ON10, 8 und 9). Die KAV-IT entwickle solche Treiber nie selbst (ON10, 8).

Die „Einbindbarkeit ins System“ sei trotz Aufforderung nicht nachgewiesen worden und habe somit nicht überprüft werden können (ON10, 9f).

Die Behauptung, die Prüfung der Verbindung zum PDMS sei auch ohne Mitwirkung der ASt möglich, sei nicht richtig, weil dem Medizinproduktegesetz unterliegende Geräte nur von speziell auf diesen Geräten geschultem Personal bedient werden dürften. Weder die Mitarbeiter der AG noch jene der Fa S. hätten die erforderliche Schulung (ON10, 10).

Zum Beweis ihres Vorbringens, Entwicklung und Validierung der erforderlichen Treiber seien in 6 Wochen technisch nicht machbar, beantragte die AG die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Fachbereich Medizininformatik (ON20, 3; ON15, 4).

Am 23.01.2015 führte das Gericht eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der die ASt und ihr Vertreter (AStV) und die AG und ihr Vertreter (AGV) teilnahmen (ON15).

Das Gericht vernahm in der mündlichen Verhandlung zwei auf der Seite der AG mit dem Vergabeverfahren befasste Personen als Zeugen (ON16; ON22).

Die ASt brachte insb vor: Aus keiner Bestimmung der Ausschreibung ergebe sich, dass schon vor Zuschlagsentscheidung ein Probebetrieb mit Anbindung an das PDMS durchzuführen sei. Das ergebe sich schon aus Beilage 13.12 „Mustertabelle für Bestbieterermittlung“ zur Ausschreibung. In dieser Mustertabelle sei an keiner Stelle von der Anbindung an das PDMS und/oder einem entsprechenden Probebetrieb die Rede. Außerdem funktioniere ein Probebetrieb nur unter Mitwirkung der S., die das konkrete PDMS geliefert habe. Es habe jedoch niemals einen Termin mit der S. für einen solchen Probebetrieb gegeben. Die ASt habe der AG schon für Projekte in ... und ... medizintechnische Geräte geliefert und an das von S. gelieferte PDMS angeschlossen; auch damals habe ein Probebetrieb, ob die Anbindung an das PDMS funktioniere, erst nach Zuschlagsentscheidung stattgefunden. Dass sich ein Probebetrieb vor Zuschlagsentscheidung schon aus dem Leistungsverzeichnis zu Position 3 ergebe, sei nicht zutreffend; die Kriterien „Anzeige ...“ und „Schnittstellenausgang ...“ seien durch die beigelegten Bedienungsanleitungen nachgewiesen (ON15, 3f). Selbst wenn ein Probebetrieb mit Anbindung an das PDMS vor Zuschlagsentscheidung gefordert sei, wäre der Prüfungsprozess noch nicht abgeschlossen, weil die ASt nicht aufgefordert worden sei, an so einem Probebetrieb teilzunehmen (ON15, 5).

Die AG brachte insb vor: Der Probebetrieb sei jedenfalls vor Zuschlagsentscheidung durchzuführen, das ergebe sich aus Seite 17 („Angebote, welche die Mindestanforderungen nicht erfüllen, werden nicht berücksichtigt“) und BAB 14.3. Diese Bestimmung beziehe sich auf die Bestbieterermittlung, zu der jedenfalls auch die Prüfung gehöre, ob die Mindestkriterien erfüllt sind. Aus BVB23 oder anderen Bestimmungen der Ausschreibung ergebe sich nicht, dass ein Probebetrieb vor Zuschlagserteilung durchzuführen sei (ON15, 3). Die AG habe die ASt mündlich aufgefordert, am Probebetrieb teilzunehmen (ON15, 4).

Zum Schluss der mündlichen Verhandlung wurde das Erkenntnis mitsamt den wesentlichen Entscheidungsgründen verkündet (ON15, 6).

III. Feststellungen:römisch drei. Feststellungen:

Die AG, der Wiener Krankenanstaltenverbund (KAV) ist eine städtische Unternehmung iSd § 71 Wr Stadtverfassung. Sie beschäftigt etwa 30 000 Mitarbeiter. In ihren 11 Spitälern werden jährlich ca 400 000 Patienten stationär betreut und ca 3,5 Mio ambulante Behandlungen durchgeführt. Zusätzlich betreibt sie Geriatriezentren und Pflegewohnhäuser mit insges 8 700 Spitalsbetten und 3 500 Betreuungsplätzen. Die AG ist damit der größte Gesundheitsversorger Österreichs und einer der größten Europas (Geschäftsbericht 2013 der AG, insb 11f und 53ff – [www....](http://www.kav.at) = ./?). Die AG, der Wiener Krankenanstaltenverbund (KAV) ist eine städtische Unternehmung iSd Paragraph 71, Wr Stadtverfassung. Sie beschäftigt etwa 30 000 Mitarbeiter. In ihren 11 Spitälern werden jährlich ca 400 000 Patienten stationär betreut und ca 3,5 Mio ambulante Behandlungen durchgeführt. Zusätzlich betreibt sie Geriatriezentren und Pflegewohnhäuser mit insges 8 700 Spitalsbetten und 3 500 Betreuungsplätzen. Die AG ist damit der größte Gesundheitsversorger Österreichs und einer der größten Europas (Geschäftsbericht 2013 der AG, insb 11f und 53ff – [www....](http://www.kav.at) = ./?).

Die ASt, die H. GmbH ist eine GmbH mit Sitz in Wien. Sie ist Teil der deutschen L-Gruppe und bietet ein großes medizintechnisches Leistungsspektrum an, insb in den Bereichen Schlaf- und Beatmungsmedizin, Anästhesie und Neonatologie (./? = [www....de](http://www.h-gmbh.at), 02.01.2015).

2

Ausschreibung

Dokumente aus dem von der AG vorgelegten Vergabeakt KAV-GED-A/28/2013/SE werden wie folgt bezeichnet: „Vergabeakt [Nummer des Ordners]/[Nummer des Registerblattes], [ggf Bezeichnung des Dokuments und/oder Seitennummer]“.

Am 04.04.2014 wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter ABl 2014/S 067-114597 die Vergabe eines Auftrags betreffend Motorspritzen und Infusionspumpen unter der Bezeichnung „Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme von Geräten der Infusionstechnik für das X-spital der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund (KAV)“ bekannt gemacht. Der Auftrag ist nicht in Lose unterteilt (Vergabeakt 1/4/Bekanntmachung ABl EU, S2). Am 04.04.2014 wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter Amtsblatt 2014, /S 067-114597 die Vergabe eines Auftrags betreffend Motorspritzen und Infusionspumpen unter der Bezeichnung „Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme von Geräten der Infusionstechnik für das römisch zehns-pital der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund (KAV)“ bekannt gemacht. Der Auftrag ist nicht in Lose unterteilt (Vergabeakt 1/4/Bekanntmachung Amtsblatt EU, S2).

Die AG führt ein offenes Verfahren nach den Bestimmungen für den OSB (Vergabeakt 1/11, S1). Alternativ- und Variantenangebote sind nicht zulässig. Die Instandhaltung (Wartung und Reparatur) nach Ablauf der Medizintechnikgarantie ist optional anzubieten (Vergabeakt 1/4/Bekanntmachung ABl EU, S2; Vergabeakt 1/11, S1). Die AG führt ein offenes Verfahren nach den Bestimmungen für den OSB (Vergabeakt 1/11, S1). Alternativ- und Variantenangebote sind nicht zulässig. Die Instandhaltung (Wartung und Reparatur) nach Ablauf der Medizintechnikgarantie ist optional anzubieten (Vergabeakt 1/4/Bekanntmachung Amtsblatt EU, S2; Vergabeakt 1/11, S1).

Angebote konnten nach Verlängerung der Frist schließlich bis spätestens 26.05.2014, 10.00 abgegeben werden (Vergabeakt 1/11, S1).

Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 82% und die Qualität mit 18% gewichtet werden (Vergabeakt 1/4/Bekanntmachung ABl EU, 3; Vergabeakt 1/11, S43ff). Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 82% und die Qualität mit 18% gewichtet werden (Vergabeakt 1/4/Bekanntmachung Amtsblatt EU, 3; Vergabeakt 1/11, S43ff).

Die Ausschreibung wurde am 24.04.2014 (erste Berichtigung) und am 14.05.2014 (zweite Berichtigung) berichtigt, nämlich in folg Punkten (Vergabeakt 1/9; Vergabeakt 1/12):

?

neue Webadresse zum Download der Ausschreibungsunterlage;

?

Verlängerung der Frist für den Eingang der Angebote zunächst auf 19.05.2014, 10.00 und schließlich auf 26.05.2014, 10.00;

?

neuer Termin und Ort für die Angebotsöffnung zunächst 19.05.2014, 10.00 und schließlich 26.05.2014, 10.00.

Die Ausschreibungsunterlage enthält ua folg Bestimmungen:

Vergabeakt 1/11, S7ff (13.01 Leistungsbeschreibung):

„Leistungsbeschreibung

[...]

Für den ordnungsgemäßen Betrieb am Aufstellungsort sind sämtliche Maßnahmen und Erfordernisse anzubieten.

[...]

Position 1 – Motorspritze

[...]

Mindestkriterien:

Nachfolgend angeführte Mindestanforderungen müssen vom angebotenen System erfüllt werden. Angebote, welche die Mindestanforderungen nicht erfüllen, werden nicht berücksichtigt. Alle folgenden angeführten Leistungsmerkmale sind geforderte Mindestkriterien, die in einem Probetrieb nachgewiesen werden müssen.

Es sind detaillierte Prospekte und Datenblätter unbedingt beizulegen!

Das neu anzuschaffende Gerät muss zum Zeitpunkt der Angebotslegung über folgende Parameter und Funktionen verfügen:

Position 1.1 – Mindestanforderungen

[...]

Fördereinheit

[...]

Anzeige

[...]

Infusionsüberwachung

[...]

Schnittstelle:

? Software-Updates sind über die Schnittstelle durchzuführen (möglichst ohne mechanischen Eingriff in das Gerät)

? Kontinuierliche Übergabe folgender Daten an das Ordnungs- und Kommunikationssystem

? Identifikationsnummer der Pumpe

? Aktuelle Förderrate

? Aktuelles infundiertes Volumen

? Bolus und infundierte Bolusmenge

? Alarme (siehe Infusionsüberwachung)

? Ausgewähltes Medikament

sicherheitstechnische Überprüfung

[...]

Akkutausch

[...]“

Vergabeakt 1/11, S13ff (13.01 Leistungsbeschreibung):

„Position 2 – Infusionspumpe

[...]

Mindestkriterien:

Nachfolgend angeführte Mindestanforderungen müssen vom angebotenen System erfüllt werden. Angebote, welche die Mindestanforderungen nicht erfüllen, werden nicht berücksichtigt. Alle folgenden angeführten Leistungsmerkmale sind geforderte Mindestkriterien, die in einem Probebetrieb nachgewiesen werden müssen.

Es sind detaillierte Prospekte und Datenblätter unbedingt beizulegen!

Das neu anzuschaffende Gerät muss zum Zeitpunkt der Angebotslegung über folgende Parameter und Funktionen verfügen:

Position 2.1 – Mindestanforderungen

[...]

Zur Fördereinheit

[...]

Zur Anzeige

[...]

Zur Infusionsüberwachung

[...]

Schnittstelle:

? Software-Updates sind über die Schnittstelle durchzuführen (möglichst ohne mechanischen Eingriff in das Gerät)

? Kontinuierliche Übergabe folgender Daten an das Ordnungs- und Kommunikationssystem, Position 3 für die Weiterleitung in ein Patientendatenmanagementsystem:

? Identifikationsnummer der Pumpe

? Aktuelle Förderrate

? Aktuelles infundiertes Volumen

? Bolus und infundierte Bolusmenge

? Alarme (siehe Infusionsüberwachung)

? Ausgewähltes Medikament

sicherheitstechnische Überprüfung

[...]

Akkutausch

[...]“

Vergabeakt 1/11, S17ff (13.01 Leistungsbeschreibung):

„Position 3 – Ordnungs- und Kommunikationssystem

zur zentralen Energieversorgung und Datenübertragung aller platzierten Motorspritzen/Infusionspumpen Position 1 und Position 2.

[...]

Mindestkriterien:

Nachfolgend angeführte Mindestanforderungen müssen vom angebotenen System erfüllt werden. Angebote, welche die Mindestanforderungen nicht erfüllen, werden nicht berücksichtigt. Alle folgenden angeführten Leistungsmerkmale sind geforderte Mindestkriterien, die in einem Probebetrieb nachgewiesen werden müssen.

Es sind detaillierte Prospekte und Datenblätter unbedingt beizulegen!

Das neu anzuschaffende Gerät muss zum Zeitpunkt der Angebotslegung über folgende Parameter und Funktionen verfügen:

Gerätetype / Modell / Softwareversion:

Position 3.1 – Mindestanforderungen

? [...]

? Anzeige der Netzwerkverbindung zum Patientendatenmanagementsystem (PDMS)

? Weiterleitung der von Position 1 und Position 2 übergeben Daten zum Schnittstellenausgang, keine Datenarchivierung

Schnittstellenausgang:

? für Datenlieferung zur Einbindbarkeit ins PDMS – Centricity Critical Care (CC) der Fa. ... / Vertrieb Fa. S.

sicherheitstechnische Überprüfung

[...]“

Vergabeakt 1/11, S20 (13.01 Leistungsbeschreibung):

„Position 5 – Anschlussinterface an das PDMS

a) Geräteseitig:

Die Ordnungs- und Kommunikationssysteme gemäß Position 3 (an denen die Motorspritzen und Infusionspumpen angebunden sind) werden an das PDMS Centricity Critical Care (CC) der Fa. ... (Vertrieb Fa. S.) angeschlossen. Die entsprechenden Geräteschnittstellen bzw. Treiber auf der Geräteseite zur Sicherstellung der Einbindbarkeit und der Datenübernahme müssen seitens Bieter zur Verfügung gestellt werden und im Angebot enthalten sein.

Die Anbindung der Ordnungs- und Kommunikationssysteme soll über Moxaboxen erfolgen.

b) PDMS-seitig:

Die validierten Treiber für CC müssen im Angebot enthalten sein.

Bei späteren SW-Updates auf der Geräteseite müssen jeweils immer auch die CC-Treiberanpassungen inkludiert sein. Dienstleistungen für die Einspielungen auf der PDMS-Seite müssen ebenfalls inkludiert sein.

Siehe Beilagen 13.05: allgemeine IT-Kriterien, IT-spezifische Unterlagen für den Anschluss medizintechnischer Systeme und IT-Mindestkriterien.“

Vergabeakt 1/11, S35f (13.02 BVB = Besondere Vertragsbestimmungen):

„23. Aufstellung, Montage (sonstige Nebenleistungen)

Das Angebot umfasst die Lieferung / Leistung (Zustellung, Aufbau, Montage, etc.) einer funktionsfähigen, betriebsfertig montierten Anlage und Anschluss an die bestehende Anlage(n) inklusive Vernetzung samt zugehörigem Material (Leitungen, Montageplatten, Wanddosen, Stecker, Steuergeräte, Wandhalterungen, etc.) inklusive aller notwendigen behördlichen Prüfungen / Abnahmen / Zeugnisse und allfälligen Probebetrieb.

24. Update/Upgrade

Um einen sicheren Betrieb von elektromedizinischen Geräten – auch in Verbindung mit IT Netzwerken – zu ermöglichen, ist gegenständliche Vorgangsweise unbedingt erforderlich.

[...]

Zusätzliche Freigabe der KAV-IT

Bei Kenntnis einer neuen Softwareversion bzw. eines Updates / Upgrades – insbesondere Release neuer Gerätetreiber des jeweiligen Schnittstellenausgangs, mit Verbindung zum IKT-Netz des KAV – ist der Wiener Krankenanstaltenverbund / Informationstechnologie (KAV-IT) unverzüglich mit Email an PostKAVITChangeManagement@wienkav.at, zu informieren. Die neuen Einstellungen und Schnittstellenbeschreibungen sind beizufügen.

Vor der Durchführung jedes Updates / Upgrades von Produkten mit Verbindung zum IKT-Netz des KAV muss die nachweisliche Freigabe der KAV-IT vorliegen. Bei Sicherheitsupdates, wo eine Freigabe nicht abgewartet werden kann, ist die KAV-IT unverzüglich zu informieren – die betroffenen MT Geräte sind ggf. vom IKT-Netz des KAV zu nehmen.

Bei erfolgter Beauftragung durch die MT hat eine jede Änderung der Anbindung in das bestehende IKT-Netz des KAV nur in Absprache mit dem jeweiligen Netzbetreiber, insbesondere mit dem IKT-Netzbetreiber, zu erfolgen!

Leistungserbringung

[...]

Anwenderspezifische Geräteeinstellungen / (System-) Konfigurationen sind bei jeder Instandhaltungstätigkeit entsprechend beizubehalten / wiederherzustellen, insbesondere Schnittstellen / Protokolle bei vernetzten Geräten.“

Vergabeakt 1/11, S43ff (13.03 BAB = Besondere Angebotsbestimmungen):

„14. Zuschlagskriterien

[...]

14.2 Kommissionelle Bewertung (max. 18 Qualitätspunkte)

[...]

Die Bieter müssen der Kommission ein neuwertiges Referenzgerät des angebotenen Gerätetyps zur Bewertung der Hard- und Software im ausreichenden Maße demonstrieren.

14.3 Bestbieterermittlung

[...]

Für die Bewertung ist eine ausführliche Beschreibung, aus der die Funktionsweise hervorgeht, der angebotenen Systeme mit den technischen Daten dem Angebot beizulegen. Allenfalls ist auf Verlangen eine praktische Erprobung bzw. ein Probetrieb zu ermöglichen. Alle eventuellen diesbezüglichen Kosten gehen zu Lasten des Bieters.

15. Referenzliste

Der Bieter hat in der Beilage 13.08.2 „Referenzliste“ seine in Österreich und weltweit bereits installierten Systeme des angebotenen Gerätetyps anzuführen. Der Bieter kann auch über diese Referenzliste hinausgehende Informationen auf CD's, DVD's etc. (betrifft nicht die Angebotsunterlagen!) zu dem angebotenen Gerät den Ausschreibungsunterlagen beilegen.

[...]

16. Besuchsmöglichkeit von Referenzzentren

Um eine Bewertung der Geräte zu ermöglichen, verpflichtet sich der Bieter für die Besichtigung der Referenzgeräte, in einem Zeitfenster von 3 Wochen, beginnend 1 Woche nach erfolgter Angebotsöffnung, mit der entsprechenden Ansprechperson der jeweiligen Anstalt (siehe Leistungsverzeichnis) einen Termin zur Besuchsmöglichkeit im Bedarfsfall zu vereinbaren. Eine Termin-Koordination kann bei verschiedenen Ansprechpersonen und Referenzgeräten durch den Geschäftsbereich Strategischer Einkauf oder Geschäftsbereich Technik erfolgen.

Es ist zum Probetrieb notwendigen Verbrauchsmaterialien in einer ausreichenden Menge zur Verfügung zu stellen.

Die Überlassung der/des Geräte(s) für die Dauer des Besuches und die zur Verfügung Stellung des Verbrauchsmaterials wird nicht gesondert vergütet.

[...]

26. Zurverfügungstellung der angebotenen Produkte

Der Bieter verpflichtet sich, sein angebotskonformes Gerät für die Dauer von mindestens drei aufeinander folgenden Tagen zu dem vereinbarten Termin zur Verfügung zu stellen.

Ebenso sind die zum Betrieb eventuell notwendigen Verbrauchsmaterialien in einer, für den Testbetrieb ausreichenden Menge, zur Verfügung zu stellen.

Die Überlassung der/des Geräte(s) auf die Dauer von mindestens drei Tagen, die Erklärung der Geräte sowie die

Zurverfügungstellung der Verbrauchsmaterialien wird nicht gesondert vergütet. Eine Parallelüberlassung von Geräten verschiedener Hersteller ist nicht zulässig.“

Vergabeakt 1/11, S48f – 13.03.1 BAB-MT = Besondere Angebotsbestimmungen des Bereichs Medizintechnik (SD304):

1. [...]

2. Der Bieter hat sich für alle die Kalkulation betreffenden, von ihm zu erhebenden Daten über Aufstellungs- und Einsatzort(e) sowie Betriebsumfang und Betriebsbedingungen sowie Anforderungen an eine IT-Integration, im Einvernehmen mit der jeweiligen medizinischen Abteilung (Anwender) bzw. der zuständigen IKT-Fachdienststelle (KAV-IT) kundig zu machen, sich gegebenenfalls über hausinterne und IT-spezifische Regelungen und Bedingungen zu informieren und all dies in die Preise einzurechnen; widrigenfalls trägt die nachteiligen Folgen der Bieter, insbesondere können Nachforderungen aufgrund erschwerter An- und Zulieferung oder Montage nicht anerkannt werden.

3. [...]

4. dem Angebot sind nachfolgende Unterlagen beizulegen:

[...]

Verbindliches Prospektmaterial

Begleitpapiere, insbesondere Gebrauchsanweisung im Sinne des Medizinproduktegesetz [...]

Technische Detailbeschreibung oder sonstige Produktangaben (z.B. Software- oder Systemangaben, ggf. klinische Bewertung)

[...]

Vergabeakt 1/11, S52ff – 13.05 IT-Mindestkriterien Kriterien zur aktuellen Ausschreibung:

„IT-Mindestkriterien zur aktuellen Ausschreibung

[...]

Es handelt sich hier um Mindestanforderungen, ohne deren Erfüllung ein MT Produkt nicht betrieben werden kann.

(Eine ausführliche Beschreibung der Voraussetzungen für die Anbindung medizintechnischer Systeme ist unter <http://www....> zu finden).

Durch Ankreuzen der Kästchen ist die Erfüllung der unten angeführten Forderungen durch den Hersteller zu bestätigen. Nur wenn alle Ankreuzfelder angehakt wurden, ist eine Teilnahme an der Ausschreibung möglich.

Wenn eine der untenstehenden Forderungen nicht eingehalten werden kann (also die entsprechende Forderung nicht angekreuzt wurde), bedeutet dies den Ausschluss von der Vergabe!

Betriebliche IT-Kriterien

[...]“

Das Dokument enthält keine Vorgaben über einen Probetrieb und/oder über den Zeitpunkt, zu dem allenfalls erforderliche Treiber vorhanden sein müssen.

Der in den IT-Mindestkriterien genannte Link (<http://www....>) verweist auf einen Ordner mit mehreren, tw umfangreichen pdf-Dokumenten, die unter dem Titel „IT-spezifische Unterlagen für den Anschluss medizintechnischer Systeme“ zusammengefasst sind. In den Ausschreibungsunterlagen wird in diesem Zusammenhang angegeben (Vergabeakt 1/11, S55ff; ./?):

„IT-spezifische Unterlagen für den Anschluss medizintechnischer Systeme

Inhaltsübersicht

[...]

Anbei sind taxativ alle Dokumente aufgeführt, die aus IT-Sicht für den Anschluss medizintechnischer Geräte notwendig sind.

Download des Unterlagenpakets: <http://www....>

Betriebliche Voraussetzungen

[Auflistung verschiedener Dokumente]

[...]

Schnittstellen-Voraussetzungen

[Auflistung verschiedener Dokumente]

[...]

Grundsätzlich sind alle in den obigen Unterlagen angeführten Richtlinien einzuhalten.

Die für die aktuelle Ausschreibung besonders hervorzuheben Dokumente sind mit einem? markiert.“

Das Dokument enthält keine Vorgaben über einen Probetrieb und/oder über den Zeitpunkt, zu dem allenfalls erforderliche Treiber vorhanden sein müssen.

Vergabeakt 1/11, S57 (13.05 – an dieser Stelle wird ein Teil der Leistungsbeschreibung wiederholt; vgl Vergabeakt 1/11, S20): Vergabeakt 1/11, S57 (13.05 – an dieser Stelle wird ein Teil der Leistungsbeschreibung wiederholt; vergleiche Vergabeakt 1/11, S20):

„Spezieller Hinweis bezüglich IT-relevanter Voraussetzungen bei der aktuellen Beschaffung von Motorspritzen und Infusionspumpen:

Für den Anwendungsort X.-spital / Pav. ... / Neonatolog. Intensivstation und IMC sollen Motorspritzen und Infusionspumpen beschafft werden. Für den Anwendungsort römisch zehn.-spital / Pav. ... / Neonatolog. Intensivstation und IMC sollen Motorspritzen und Infusionspumpen beschafft werden.

Vorgaben für das Anschlussinterface an das PDMS:

a) Geräteseitig:

Die Ordnungs- und Kommunikationssysteme gemäß Position 3 (an denen die Motorspritzen und Infusionspumpen angebunden sind) werden an das PDMS Centricity Critical Care (CC) der Fa. ... (Vertrieb Fa. S.) angeschlossen. Die entsprechenden Geräteschnittstellen bzw. Treiber auf der Geräteseite zur Sicherstellung der Einbindbarkeit und der Datenübernahme müssen seitens Bieter zur Verfügung gestellt werden und im Angebot enthalten sein.

Die Anbindung der Ordnungs- und Kommunikationssysteme soll über Moxaboxen erfolgen.

b) PDMS-seitig:

Die validierten Treiber für CC) müssen im Angebot enthalten sein.

Bei späteren SW-Updates auf der Geräteseite müssen jeweils immer auch die CC-Treiberanpassungen inkludiert sein. Dienstleistungen für die Einspielungen auf der PDMS-Seite müssen ebenfalls inkludiert sein.“

Vergabeakt 1/11, S58ff –13.05 Allgemeine IT-Kriterien zur aktuellen Ausschreibung:

„[...]

Die Mindestkriterien, ohne deren Erfüllung ein MT Produkt nicht betrieben werden kann und deren Nichterfüllung den Ausschluss von der Vergabe bedeutet, werden in einem eigenen Dokument „Mindestkriterien“ behandelt.

Dieses Dokument dient zur internen Weiterverarbeitung in der KAV-IT und der Einschätzung der Integrationsfähigkeit in die Infrastruktur der KAV-IT.

(Eine ausführliche Beschreibung der Voraussetzungen für die Anbindung medizintechnischer Systeme ist unter <http://www....> zu finden)

[Auflistung mehrerer Parameter, wobei die Bieter jeweils anzukreuzen haben, über welche Leistungsmerkmale/Möglichkeiten das angebotene System verfügt.]“

Das Dokument enthält keine Vorgaben über einen Probetrieb und/oder über den Zeitpunkt, zu dem allenfalls erforderliche Treiber vorhanden sein müssen.

Angebot der ASt

Am 26.05.2014 legte die ASt ein Angebot (Vergabeakt 4/44 und Vergabeakt 1/14).

In ihrem Angebot gab die ASt an, sämtliche Kriterien zu erfüllen, die in den Ausschreibungsunterlagen unter dem Titel „IT-Mindestkriterien zur aktuellen Ausschreibung [...] Betriebliche IT-Kriterien“ angeführt wurden (Vergabeakt 4/44, S52ff – zu IT-Mindestkriterien).

Das Angebot der ASt unterscheidet sich von jenem der Mitbewerberin S. ua insofern, als das von der ASt angebotene System in einigen IT-relevanten Bereichen mehr technische Möglichkeiten bietet als etwa jenes der Mitbewerberin S. (Vergabeakt 4/44, S58ff iVm Vergabeakt 3/36, S58ff). Das Angebot der ASt unterscheidet sich von jenem der Mitbewerberin S. ua insofern, als das von der ASt angebotene System in einigen IT-relevanten Bereichen mehr technische Möglichkeiten bietet als etwa jenes der Mitbewerberin S. (Vergabeakt 4/44, S58ff in Verbindung mit Vergabeakt 3/36, S58ff).

Dem Angebot wurden ua die Referenzliste 13.08.2 und die Referenznachweise 13.08.3 beigelegt. Aus diesen ergibt sich insb, dass die hier von der ASt zu Position 1 – Motorspritze, Position 2 – Infusionspumpe angebotenen Geräte und „Racks“ (offensichtlich Ordnungs- und Kommunikationssysteme iSd Position 3) bereits in anderen Krankenhäusern fachgerecht installiert wurden. Ob und ggf an welches PDMS die Geräte bei diesen Projekten angebunden wurden, ergibt sich aus den beigelegten Referenzen nicht (Vergabeakt 4/44, S69ff iVm S8, S13, S17). Dem Angebot wurden ua die Referenzliste 13.08.2 und die Referenznachweise 13.08.3 beigelegt. Aus diesen ergibt sich insb, dass die hier von der ASt zu Position 1 – Motorspritze, Position 2 – Infusionspumpe angebotenen Geräte und „Racks“ (offensichtlich Ordnungs- und Kommunikationssysteme iSd Position 3) bereits in anderen Krankenhäusern fachgerecht installiert wurden. Ob und ggf an welches PDMS die Geräte bei diesen Projekten angebunden wurden, ergibt sich aus den beigelegten Referenzen nicht (Vergabeakt 4/44, S69ff in Verbindung mit S8, S13, S17).

4

Wesentliche Schritte des Vergabeverfahrens und Angebotsprüfung

Mehrere Unternehmen legten fristgerecht Angebote zu Los 1, ua die ASt (Vergabeakt 1/14) und die S. GmbH, ... (Vergabeakt 3/36).

Die Angebotsöffnung erfolgte am 26.05.2014, 10.03 (Vergabeakt 1/14).

Nach der Angebotsöffnung war die ASt billigste Anbieterin. An zweiter Stelle lag das Angebot der S., die derzeit Betreiberin des im konkreten Fall verwendeten PDMS-Systems ist (Vergabeakt 1/14).

Am 12.06.2014 fragte die AG bei der Antragstellerin nach, ob sie – obwohl sie die PDMS-seitigen Anschlusskosten mit € 0,- angegeben habe – auch jenen Teil der IT-Vorgaben erfülle, der vorsehe, dass im Angebot bei späteren Updates und Einspielungen auf der PDMS-Seite auch Treiber inkludiert sein müssen. Am 16.06.2014 teilte die ASt der AG dazu mit, die Festlegung in 13.01 der Leistungsbeschreibung zu Position 5 / Anschlussinterface an das PDMS, „b) PDMS-seitig: Die validierten Treiber für CC) müssen im Angebot enthalten sein. Bei späteren SW-Updates [...]“ (Vergabeakt 1/11, S20) werde selbstverständlich erfüllt und sämtliche ausgeschriebenen PDMS-seitigen Leistungen seien im Angebot enthalten (Vergabeakt 4/47 und 1/11, S20 und S57).

Am 02.07.2014 teilte die ASt auf entsprechende Frage der AG (Vergabeakt 4/48) innerhalb der gesetzten Frist mit (Vergabeakt 4/49), die T. GmbH sei als Subunternehmer zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit genannt worden, weil für die neue Generation der von ihr hergestellten Geräte nur sie über die geforderten Referenzen verfüge; ihr Leistungsumfang beschränke sich auf die Lieferung der in den Positionen 1-5 angebotenen Geräte an die ASt.

Am 07.07.2014 forderte die AG die ASt auf, die fehlenden Nachweise (vgl Vergabeakt 4/48) nachzureichen (Vergabeakt 4/50). Die dafür eingeräumte Frist wurde schließlich bis 22.07.2014 verlängert (Vergabeakt 4/51 und 4/53). Am 21.07.2014 und 22.07.2014 reichte die ASt die fehlenden Nachweise nach (Vergabeakt 4/52 und 4/54). In einer Niederschrift vom 22.07.2014 hielt die AG fest, die nachgereichten Nachweise seien nun vollständig und das Angebot [der ASt] sei formell in Ordnung (Vergabeakt 4/55; vgl auch Niederschrift vom 07.08.2014, Vergabeakt 4/56). Am 07.07.2014 forderte die AG die ASt auf, die fehlenden Nachweise vergleiche Vergabeakt 4/48) nachzureichen (Vergabeakt 4/50). Die dafür eingeräumte Frist wurde schließlich bis 22.07.2014 verlängert (Vergabeakt 4/51 und 4/53).

Am 21.07.2014 und 22.07.2014 reichte die ASt die fehlenden Nachweise nach (Vergabeakt 4/52 und 4/54). In einer Niederschrift vom 22.07.2014 hielt die AG fest, die nachgereichten Nachweise seien nun vollständig und das Angebot [der ASt] sei formell in Ordnung (Vergabeakt 4/55; vergleiche auch Niederschrift vom 07.08.2014, Vergabeakt 4/56).

Am 17.09.2014 forderte die AG die ASt auf, bis 22.09.2014 Kalkulationsblätter nachzureichen (Vergabeakt 4/58). Ebenfalls am 17.09.2014 bat die ASt um Verlängerung dieser Frist bis zum 29.09.2014, weil nur ihr Geschäftsführer die gestellten Fragen beantworten könne und gerade im Urlaub sei (Vergabeakt 4/59).

Am 23.9.2014 teilte die AG der ASt das Ausscheiden ihres Angebots mit. Als Begründung führte sie an, dass aufgrund fehlender Treiber (Schnittstelle zum PDMS-System) kein Probetrieb zur Prüfung des vollständigen Funktionsumfangs durchgeführt und damit das System auch nicht bewertet werden habe können (Vergabeakt 4/60).

Eine Aufforderung der AG an die ASt, an einem Probetrieb zur Prüfung der Anbindung an das verwendete PDMS teilzunehmen und/oder entsprechende Treiber zur Verfügung zu stellen, ist im vorgelegten Vergabeakt nicht dokumentiert. Auch die Ermittlungen in der mündlichen Verhandlung erlauben nicht festzustellen, dass die ASt aufgefordert wurde, Treiber zur Verfügung zu stellen, einen Probetrieb zu ermöglichen oder an einem Probetrieb teilzunehmen (vgl. ON16, 2f; ON22, 2f). Eine Aufforderung der AG an die ASt, an einem Probetrieb zur Prüfung der Anbindung an das verwendete PDMS teilzunehmen und/oder entsprechende Treiber zur Verfügung zu stellen, ist im vorgelegten Vergabeakt nicht dokumentiert. Auch die Ermittlungen in der mündlichen Verhandlung erlauben nicht festzustellen, dass die ASt aufgefordert wurde, Treiber zur Verfügung zu stellen, einen Probetrieb zu ermöglichen oder an einem Probetrieb teilzunehmen vergleiche ON16, 2f; ON22, 2f).

Im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Nachprüfungsverfahrens legte die ASt eine eidesstattliche Erklärung des Ing B., Geschäftsführer der ASt, vor, aus der sich insb ergibt: Der zuständige EDV-Techniker der AG teilte Ing B. telefonisch mit, er benötige für die AG eine schriftliche Bestätigung, dass die Datenschnittstelle und ebenso die abschließende Konfiguration der Geräte im X-Spital vom Angebotspreis umfasst sind. Es wurde vereinbart, dass Ing B. eine entsprechende Bestätigung per E-Mail schicken werde (ON21, ./3). Im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Nachprüfungsverfahrens legte die ASt eine eidesstattliche Erklärung des Ing B., Geschäftsführer der ASt, vor, aus der sich insb ergibt: Der zuständige EDV-Techniker der AG teilte Ing B. telefonisch mit, er benötige für die AG eine schriftliche Bestätigung, dass die Datenschnittstelle und ebenso die abschließende Konfiguration der Geräte im römisch zehns-Spital vom Angebotspreis umfasst sind. Es wurde vereinbart, dass Ing B. eine entsprechende Bestätigung per E-Mail schicken werde (ON21, ./3).

Diese E-Mail der ASt/Ing B. an die AG/Hr P. vom 08.09.2014 (ON5, Beilage ./1) legte die AG im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Nachprüfungsverfahrens vor. Darin erklärte die ASt insb:

„[...]

Gerne möchte ich Ihnen [...] bestätigen dass unser Angebot [...] die ausschreibungskonforme Lieferung der Datenschnittstelle beinhaltet.

Die Abstimmung mit dem PDMS-Hersteller für die zu übernehmenden Daten und gewünschten Parameter wird nach erfolgten Zuschlag und Beauftragung durch uns [...] durchgeführt.

Wir werden hierbei, wie bei ähnlich gearteten Aufträgen in der Vergangenheit schon, partnerschaftlich mit dem PDMS-Provider verfahren und diese Abstimmungen zügig und zielführend durchführen.

Wir erlauben uns auf positive Beispiele für die Durchführung von Anbindungen unserer Gerätschaften an das PDMS-System des Typs GE-Centricity im KAV zu verweisen, wie z.B: [...].

Die dafür notwendigen Abläufe sind uns bestens bekannt.

[...]“

Die AG hätte auch dann die Anbindung an das verwendete PDMS nicht selbst prüfen können, wenn sie bereits Treiber der ASt gehabt hätte. Denn um diese Prüfung durchzuführen, müsste beim Probetrieb jedenfalls neben der ASt auch der PDMS-Betreiber mitwirken (ON 16,3).

5

Antrag auf Nichtigerklärung und einstweilige Verfügung

Am 01.10.2014, 14.37 brachte die ASt die verfahrenseinleitenden Anträge auf Nichtigerklärung der

Ausscheidensentscheidung vom 23.09.2014 und einstweilige Verfügung (EV) beim VwG Wien ein (ON1, 1).

Für diesen Antrag entrichtete sie am selben Tag € 3 000,-- Pauschalgebühr (ON1-1).

Das VwG Wien untersagte mit EV vom 09.10.2014 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung (VGW-123/V/066/31458/2014-2).

IV. Beweiswürdigung:römisch vier. Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen gründen sich auf die jeweils angeführten Aktenbestandteile und die Ausführungen der Parteien und Zeugen in der mündlichen Verhandlung, die sowohl für sich genommen als auch in ihrem Zusammenhang schlüssig und widerspruchsfrei sind.

Insb ergab das Beweisverfahren nicht, dass die AG die ASt aufgefordert hätte, Treiber zur Verfügung zu stellen, einen Probebetrieb zu ermöglichen oder an einem Probebetrieb teilzunehmen. Zum einen findet sich im gesamten Vergabeakt kein Hinweis auf eine solche Aufforderung, zum anderen konnten sich auch die befragten Mitarbeiter der AG nicht an eine solche Aufforderung erinnern (vgl ON16, 2f; ON22, 2f). Die in diesem Zusammenhang vorgelegte eidesstattliche Erklärung des Geschäftsführers der ASt (ON21, ./3) steht ebenfalls in schlüssigem Zusammenhang mit den übrigen Beweisergebnissen, insb mit der Aussage des zuständigen EDV-Technikers der AG (ON16) und der von der AG vorgelegten E-Mail des Geschäftsführers der ASt vom 08.09.2014 (ON5, ./1).Insb ergab das Beweisverfahren nicht, dass die AG die ASt aufgefordert hätte, Treiber zur Verfügung zu stellen, einen Probebetrieb zu ermöglichen oder an einem Probebetrieb teilzunehmen. Zum einen findet sich im gesamten Vergabeakt kein Hinweis auf eine solche Aufforderung, zum anderen konnten sich auch die befragten Mitarbeiter der AG nicht an eine solche Aufforderung erinnern vergleiche ON16, 2f; ON22, 2f). Die in diesem Zusammenhang vorgelegte eidesstattliche Erklärung des Geschäftsführers der ASt (ON21, ./3) steht ebenfalls in schlüssigem Zusammenhang mit den übrigen Beweisergebnissen, insb mit der Aussage des zuständigen EDV-Technikers der AG (ON16) und der von der AG vorgelegten E-Mail des Geschäftsführers der ASt vom 08.09.2014 (ON5, ./1).

V. Rechtliche Beurteilung:römisch fünf. Rechtliche Beurteilung:

Die maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen sehen vor:

WVRG 2014:

§ 2 (4) Das Verwaltungsgericht Wien entscheidet in Nichtigerklärungsverfahren und Feststellungsverfahren durch Senate. Entscheidungen über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen und gesonderte Entscheidungen über den Gebührenersatz in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren sowie Entscheidungen über Zeuginnen- oder Zeugen- und Sachverständigengebühren erfolgen durch Einzelrichterinnen oder Einzelrichter.Paragraph 2, (4) Das Verwaltungsgericht Wien entscheidet in Nichtigerklärungsverfahren und Feststellungsverfahren durch Senate. Entscheidungen über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen und gesonderte Entscheidungen über den Gebührenersatz in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren sowie Entscheidungen über Zeuginnen- oder Zeugen- und Sachverständigengebühren erfolgen durch Einzelrichterinnen oder Einzelrichter.

[...]

§ 7 (2) Bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung ist das Verwaltungsgericht Wien zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständigParagraph 7, (2) Bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung ist das Verwaltungsgericht Wien zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

[...]

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte.2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (Paragraph 24,) geltend gemachten Beschwerdepunkte.

[...]

§ 15 (1) Für Anträge gemäß den §§ 20 Abs. 1, 28 und 33 Abs. 1 und 2 hat die Antragstellerin oder der Antragsteller jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Paragraph 15, (1) Für Anträge gemäß den Paragraphen 20, Absatz eins, 28 und 33 Absatz eins und 2 hat die Antragstellerin oder der Antragsteller jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten.

[...]

(3) Für Anträge gemäß § 28 beträgt die Gebühr die Hälfte des ausgewiesenen Gebührensatzes. (3) Für Anträge gemäß Paragraph 28, beträgt die Gebühr die Hälfte des ausgewiesenen Gebührensatzes.

[...]

§ 16 (1) Die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber. Die Antragstellerin oder der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber, wenn sie oder er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt (§ 21) wird. Paragraph 16, (1) Die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß Paragraph 15, entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber. Die Antragstellerin oder der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß Paragraph 15, entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber, wenn sie oder er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt (Paragraph 21,) wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nichtigerklärungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

[...]

§ 20 (1) Eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 2 Z 16 lit. a BVergG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dem Antrag auf Nichtigerklärung kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Verfahren zur Vergabe von Aufträgen zu. Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen (§ 2 Z 16 lit. b BVergG 2006) können nur gemeinsam mit der ihnen jeweils nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden. Dies gilt in gleicher Weise für Nichtigerklärungsverfahren betreffend die Vergabe von Aufträgen nach dem BVergGVS 2012. Paragraph 20, (1) Eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dem Antrag auf Nichtigerklärung kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Verfahren zur Vergabe von Aufträgen zu. Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera b, BVergG 2006) können nur gemeinsam mit der ihnen jeweils nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden. Dies gilt in gleicher Weise für Nichtigerklärungsverfahren betreffend die Vergabe von Aufträgen nach dem BVergGVS 2012.

[...]

§ 22 (2) Parteien des Nichtigerklärungsverfahrens sind ferner jene Unternehmerinnen oder Unternehmer, die durch die von der Antragstellerin oder vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (mitbeteiligte Parteien); insbesondere ist im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin oder der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nichtigerklärungsverfahrens. Paragraph 22, (2) Parteien des Nichtigerklärungsverfahrens sind ferner jene Unternehmerinnen oder Unternehmer, die durch die von der Antragstellerin oder vom Antragsteller

begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (mitbeteiligte Parteien); insbesondere ist im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin oder der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nichtigerklärungsverfahrens

[...]

§ 23 (1) Ein Antrag gemäß § 20 Abs. 1 hat jedenfalls zu enthalten; Paragraph 23, (1) Ein Antrag gemäß Paragraph 20, Absatz eins, hat jedenfalls zu enthalten;

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens und der angefochtenen Entscheidung
2. die genaue Bezeichnung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers und der Antragstellerin oder des Antragstellers, jeweils einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse,
3. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss,
4. Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für die Antragstellerin oder den Antragsteller,
5. die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich die Antragstellerin oder der Antragsteller als verletzt erachtet,
6. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,
7. einen Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung,
8. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde, und
9. im Fall eines Antrags auf Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung, die Zuschlagsempfängerin oder den Zuschlagsempfänger mit Anschrift und – so weit vorhanden – Faxnummer oder elektronischer Adresse.

[...]

§ 24 (1) Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung. Paragraph 24, (1) Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

[...]

§ 26 (1) Das Verwaltungsgericht Wien hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin oder eines Auftraggebers als nichtig zu erklären, wenn Paragraph 26, (1) Das Verwaltungsgericht Wien hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin oder eines Auftraggebers als nichtig zu erklären, wenn

1. die Entscheidung oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung die Antragstellerin oder den Antragsteller in dem geltend gemachten Recht verletzt und
2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung – WVPVO:

§ 1 Für die Anträge gemäß §§ 20 Abs. 1 und 33 Abs. 1 und 2 des WVRG 2007 hat die Antragstellerin oder der Antragsteller nach Maßgabe der Bestimmungen dieser Verordnung sowie der Bestimmungen des WVRG 2007 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten: Paragraph eins, Für die Anträge gemäß Paragraphen 20, Absatz eins und 33 Absatz eins und 2 des WVRG 2007 hat die Antragstellerin oder der Antragsteller nach Maßgabe der Bestimmungen dieser Verordnung sowie der Bestimmungen des WVRG 2007 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten:

[...]

Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Oberschwellenbereich 2 000 €

BVergG:

§ 2 Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend: Paragraph 2, Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

16. Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

aa) im offenen Verfahren: die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung:

[...]

§ 19 (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Paragraph 19, (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

[...]

§ 123 (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien. Paragraph 123, (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen,

1. ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde; 1. ob den in Paragraph 19, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;

2. nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer; 2. nach Maßgabe des Paragraph 70, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer;

3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;

4. die Angemessenheit der Preise;

5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

ABGB:

§ 914 Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne 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. Paragraph 914, Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne 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.

§ 915 Bey einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; bey zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Aeußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat (§. 869). Paragraph 915, Bey einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; bey zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Aeußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat (Paragraph 869,).

AVG:

§ 32 (1) Bei der Berechnung von Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, wird der Tag nicht mitgerechnet, in den der

Zeitpunkt oder das Ereignis fällt, wonach sich der Anfang der Frist richten soll.Paragraph 32, (1) Bei der Berechnung von Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, wird der Tag nicht mitgerechnet, in den der Zeitpunkt oder das Ereignis fällt, wonach sich der Anfang der Frist richten soll.

B-VG:

Art 133 (4) Gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Hat das Erkenntnis nur eine geringe Geldstrafe zum Gegenstand, kann durch Bundesgesetz vorgesehen werden, dass die Revision unzulässig ist.Artikel 133, (4) Gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Hat das Erkenntnis nur eine geringe Geldstrafe zum Gegenstand, kann durch Bundesgesetz vorgesehen werden, dass die Revision unzulässig ist.

VwGG:

§ 25a (1) Das Verwaltungsgericht hat im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.Paragraph 25 a, (1) Das Verwaltungsgericht hat im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Daraus ergibt sich:

Die AG ist unstrittig Auftraggeberin iSd § 1 Abs 2 WVRG. Die Zuständigkeit des VwG Wien gründet sich auf § 7 Abs 2 Z 2 WVRG 2014, die Senatsbesetzung auf § 2 Abs 4 WVRG 2014.Die AG ist unstrittig Auftraggeberin iSd Paragraph eins, Absatz 2, WVRG. Die Zuständigkeit des VwG Wien gründet sich auf Paragraph 7, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2014, die Senatsbesetzung auf Paragraph 2, Absatz 4, WVRG 2014.

Die angefochtene Ausscheidensentscheidung ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung (§ 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG).Die angefochtene Ausscheidensentscheidung ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG).

Der Antrag wurde am 02.10.2014 eingebracht (ON1), also am neunten Tag nach der am 23.09.2014 (Vergabeakt 4/60) per Fax und E-Mail erfolgten Mitteilung der angefochtenen Ausscheidensentscheidung. Er war daher nach § 24 Abs 1 WVRG 2014 rechtzeitig.Der Antrag wurde am 02.10.2014 eingebracht (ON1), also am neunten Tag nach der am 23.09.2014 (Vergabeakt 4/60) per Fax und E-Mail erfolgten Mitteilung der angefochtenen Ausscheidensentscheidung. Er war daher nach Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2014 rechtzeitig.

Der Antrag betrifft einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich (vgl ON3; Vergabeakt 1/11, S1; ON1, 2). Daher war eine Pauschalgebühr von € 3 000,-- zu entrichten (§§ 15 Abs 1 WVRG 2014), nämlich Der Antrag betrifft einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich vergleiche ON3; Vergabeakt 1/11, S1; ON1, 2). Daher war eine Pauschalgebühr von € 3 000,-- zu entrichten (Paragraphen 15, Absatz eins, WVRG 2014), nämlich

? € 2 000,-- für den Antrag auf Nichtigerklärung (§ 1 letzter Gebührensatz WVPVO) und? € 2 000,-- für den Antrag auf Nichtigerklärung (Paragraph eins, letzter Gebührensatz WVPVO) und

? € 1 000,-- für den Antrag auf einstweilige Verfügung (§ 15 Abs 3 WVRG 2014 iVm § 1 letzter Gebührensatz WVPVO)? € 1 000,-- für den Antrag auf einstweilige Verfügung (Paragraph 15, Absatz 3, WVRG 2014 in Verbindung mit Paragraph eins, letzter Gebührensatz WVPVO).

Der Antrag entsprach den Erfordernissen nach §§ 23 Abs 1 WVRG 2014. Die ASt legte auch die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dar und entrichtete die Pauschalgebühr. Der Antrag entsprach den Erfordernissen nach Paragraphen 23, Absatz eins, WVRG 2014. Die ASt legte auch die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dar und entrichtete die Pauschalgebühr.

§ 20 Abs 1 WVRG 2014 legt grundlegende Voraussetzungen der Antragslegitimation fest: jeder Unternehmer kann die Nichtigkeitsklage einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen deren Rechtswidrigkeit beantragen, sofern Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2014 legt grundlegende Voraussetzungen der Antragslegitimation fest: jeder Unternehmer kann die Nichtigkeitsklage einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen deren Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

? er ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG unterliegenden Vertrages behauptet und

? ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Beide Voraussetzungen sind darauf gerichtet, den Zweck des Nachprüfungsverfahrens sicherzustellen. Dieser liegt in der Durchsetzung subjektiver Rechte der Bewerber und Bieter, nicht aber in der Kontrolle der objektiven Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens (§ 20 WVRG; VwGH 06.03.2013, 2010/04/0037; VwG Wien 06.05.2014, VGW-123/066/10228/2014-16, Rn80f; vgl. zum im wesentlichen inhaltsgleichen § 320 Abs 1 BVergG Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz1770). Beide Voraussetzungen sind darauf gerichtet, den Zweck des Nachprüfungsverfahrens sicherzustellen. Dieser liegt in der Durchsetzung subjektiver Rechte der Bewerber und Bieter, nicht aber in der Kontrolle der objektiven Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens (Paragraph 20, WVRG; VwGH 06.03.2013, 2010/04/0037; VwG Wien 06.05.2014, VGW-123/066/10228/2014-16, Rn80f; vergleiche zum im wesentlichen inhaltsgleichen Paragraph 320, Absatz eins, BVergG Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz1770).

Das Interesse am Vertragsabschluss ist vom Ast plausibel darzulegen. Unzulässig sind nur jene Anträge, die offenkundig ohne subjektiv-vergaberechtlichen Bezug des Ast zu einem Vergabeverfahren gestellt werden, dh bei denen dem Ast aus der Vergabeentscheidung keinesfalls ein Schaden erwachsen kann. Ein Interesse am Vertragsabschluss ist dann gegeben, wenn sich ein Unternehmer an einem Vergabeverfahren beteiligt hat oder beteiligen will (vgl. VfGH 10.12.2001, B 405/99; EuGH 19.06.2003, Rs C-410/01: das Interesse an einem öffentlichen Auftrag darf nicht so ausgelegt werden, dass die Wirksamkeit der Rechtsmittel-Richtlinie beeinträchtigt wird; vgl. zum im Wesentlichen inhaltsgleichen § 320 Abs 1 BVergG Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz1773f). Das Interesse am Vertragsabschluss ist vom Ast plausibel darzulegen. Unzulässig sind nur jene Anträge, die offenkundig ohne subjektiv-vergaberechtlichen Bezug des Ast zu einem Vergabeverfahren gestellt werden, dh bei denen dem Ast aus der Vergabeentscheidung keinesfalls ein Schaden erwachsen kann. Ein Interesse am Vertragsabschluss ist dann gegeben, wenn sich ein Unternehmer an einem Vergabeverfahren beteiligt hat oder beteiligen will vergleiche VfGH 10.12.2001, B 405/99; EuGH 19.06.2003, Rs C-410/01: das Interesse an einem öffentlichen Auftrag darf nicht so ausgelegt werden, dass die Wirksamkeit der Rechtsmittel-Richtlinie beeinträchtigt wird; vergleiche zum im Wesentlichen inhaltsgleichen Paragraph 320, Absatz eins, BVergG Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz1773f).

Das Interesse der Ast, den Auftrag zu erhalten, ergibt sich eindeutig schon aus ihrer Geschäftstätigkeit im Bereich der ausgeschriebenen Produkte.

Ähnliches gilt für die zweite Voraussetzung der Antragslegitimation, den eingetretenen oder drohenden Schaden. Der Begriff des Schadens ist weit auszulegen und nicht auf reine Vermögensschäden beschränkt. Er erfasst alle Nachteile, die aus der Beeinträchtigung der Möglichkeit resultieren, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten. In diesem Sinne gelten zB die Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren, der durch den Verlust des Auftrags entgehende Gewinn und der mögliche Verlust eines wichtigen Referenzprojektes als relevanter Schaden (VwG Wien 06.05.2014, VGW-123/066/10228/2014-16, Rn82f; vgl. zum im Wesentlichen inhaltsgleichen § 320 Abs 1 BVergG BVA 09.05.2007, N/0029-BVA06/2007-112 und Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz1783 mwN). Ähnliches gilt für die zweite Voraussetzung der Antragslegitimation, den eingetretenen oder drohenden Schaden. Der Begriff des Schadens ist weit auszulegen und nicht auf reine Vermögensschäden beschränkt. Er erfasst alle Nachteile, die aus der Beeinträchtigung der Möglichkeit resultieren, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten. In diesem Sinne gelten zB die Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren, der durch den Verlust des Auftrags entgehende Gewinn und der mögliche Verlust eines wichtigen Referenzprojektes als relevanter Schaden (VwG Wien 06.05.2014, VGW-123/066/10228/2014-16, Rn82f; vergleiche zum im Wesentlichen inhaltsgleichen Paragraph 320, Absatz eins, BVergG BVA 09.05.2007, N/0029-BVA06/2007-112 und Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz1783 mwN).

Es ist offensichtlich, dass der Ast gerade solche Schäden drohen, wenn sie im Vergabeverfahren nicht zum Zug kommen sollte.

Aus diesen Gründen geht der erkennende Senat davon aus, dass die Antragslegitimation der Ast besteht.

Das Angebot der Ast wurde mit der Begründung, aufgrund fehlender Treiber habe kein Probetrieb durchgeführt werden können und daher sei ein gefordertes technisches Leistungskriterium nicht erfüllt worden, ausgeschlossen (Vergabeakt 4/60).

Daher ist zunächst zu klären, welche Festlegungen die Ausschreibung zum Probetrieb enthält, für welche Produkteigenschaft/en, zu welchem Zeitpunkt und in welcher Form die Ausschreibung einen Probetrieb vorsieht, um feststellen zu können, ob in der Ausschreibung hinreichend deutlich ein Probetrieb vor Zuschlagserteilung mit Anbindung an das PDMS vorgesehen war.

Zur Auslegung unklarer Ausschreibungsbestimmungen ist allgemein festzuhalten (stRsp des VwGH, zB VwGH 27.10.2014, 2012/04/0066 mwN; VwGH 18.03.2015, Ra 2015/04/0017; VwG Wien 06.05.2014, VGW-123/061/10233/2014-18, S32 mwN; Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) Rz961ff): (Auch) Aus dem Gleichheitsgrundsatz des § 19 BVergG ergibt sich die Bindung der AG an die Festlegungen in der Ausschreibung. Die Interpretation der Ausschreibungsbestimmungen erfolgt nach den für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Grundsätzen §§ 914f ABGB. Dementsprechend sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Ob ein Angebot einen zum Ausscheiden führenden Widerspruch aufweist, ist am Maßstab der Ausschreibungsbestimmungen zu messen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Maßgeblich ist vielmehr – wie bereits oben erwähnt – der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen. Undeutliche Formulierungen in der Ausschreibung gehen zulasten des Auftraggebers. Zur Auslegung unklarer Ausschreibungsbestimmungen ist allgemein festzuhalten (stRsp des VwGH, zB VwGH 27.10.2014, 2012/04/0066 mwN; VwGH 18.03.2015, Ra 2015/04/0017; VwG Wien 06.05.2014, VGW-123/061/10233/2014-18, S32 mwN; Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) Rz961ff): (Auch) Aus dem Gleichheitsgrundsatz des Paragraph 19, BVergG ergibt sich die Bindung der AG an die Festlegungen in der Ausschreibung. Die Interpretation der Ausschreibungsbestimmungen erfolgt nach den für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Grundsätzen Paragraphen 914 f, ABGB. Dementsprechend sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Ob ein Angebot einen zum Ausscheiden führenden Widerspruch aufweist, ist am Maßstab der Ausschreibungsbestimmungen zu messen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Maßgeblich ist vielmehr – wie bereits oben erwähnt – der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen. Undeutliche Formulierungen in der Ausschreibung gehen zulasten des Auftraggebers.

Die Festlegungen der Ausschreibung, die einen Probetrieb erwähnen oder sonst in diesem Zusammenhang relevant sein können, sind in den Feststellungen wiedergegeben. Aus diesen Festlegungen ergibt sich:

Vergabeakt 1/11, S7 (wohl für sämtliche Positionen geltende Festlegungen zu Beginn des Leistungsverzeichnisses; 13.01 Leistungsbeschreibung): Unter „ordnungsgemäße[m] Betrieb“ sind in diesem Zusammenhang all jene Funktionen zu verstehen, die die angebotenen Positionen leisten sollen. Weil die Ausschreibung vorsieht, dass Position 3 (Ordnungs- und Kommunikationssystem) über Position 5 (Anschlussinterface an das PDMS) an das PDMS Centricity Critical Care (CC) „angeschlossen“ wird (Vergabeakt 1/11, S20; s dazu unten), müssen nach dieser Festlegung „sämtliche Maßnahmen und Erfordernisse“ angeboten werden, damit das angebotene Produkt iSd Mindestkriterien zu Position 5 an das PDMS angeschlossen werden kann (zur Bedeutung der Wendung „angeschlossen“ s unten Erörterungen zu Position 5). Ein Probetrieb ist in dieser Festlegung nicht vorgesehen.

An dieser Stelle muss kurz vorgegriffen werden: Aus der Gesamtbetrachtung der Ausschreibung, insb aus der Leistungsbeschreibung zu Position 5 und Position 3, BVB23, BAB14.2 und BAB14.3, ergibt sich zweifelsfrei, dass hier nicht nur der physische Anschluss, sondern auch die funktionierende Kommunikation (Datentransfer) zwischen

Position 3 (über Position 5) und dem PDMS zum verlangten ordnungsgemäßen Betrieb gehören. Weil für die Kommunikation zwischen den Systemen ua entspr Treiber vorhanden sein müssen, müssen jedenfalls auch diese „geleistet“ werden. Ob diese Treiber nach den Festlegungen in der Ausschreibung schon bei Angebotslegung existieren müssen, ist jeweils zu den einzelnen Festlegungen zu erörtern.

Vergabeakt 1/11, S8ff, zu Position 1 – Motorspritze (13.01 Leistungsbeschreibung): Aus dieser Bestimmung (insb arg „Mindestkriterien [...] Kontinuierliche Übergabe folgender Daten an das Ordnungs- und Kommunikationssystem“) ergibt sich, dass die angebotenen Geräte – jedenfalls vor Zuschlagserteilung (arg „zum Zeitpunkt der Angebotslegung“) – ua bestimmte Informationen an das Ordnungs- und Kommunikationssystem (= Position 3) übertragen können müssen. Diese Funktionen müssen auch in einem Probetrieb nachgewiesen werden. Von einer Übertragung (vom Ordnungs- und Kommunikationssystem) an das PDMS ist nicht die Rede. Nach dieser Bestimmung ist daher nicht gefordert, dass ein Probetrieb zur Anbindung an das PDMS-System durchgeführt wird und/oder dafür Treiber bereitgestellt werden.

Vergabeakt 1/11, S13ff, zu Position 2 – Infusionspumpe (13.01 Leistungsbeschreibung): Aus dieser Bestimmung (insb arg „Mindestkriterien [...] Kontinuierliche Übergabe folgender Daten an das Ordnungs- und Kommunikationssystem“) ergibt sich, dass die angebotenen Geräte – jedenfalls vor Zuschlagserteilung (arg „zum Zeitpunkt der Angebotslegung“) – ua bestimmte Informationen an das Ordnungs- und Kommunikationssystem (= Position 3) übertragen können müssen, damit diese Informationen dann vom Ordnungs- und Kommunikationssystem (= Position 3) an ein Patientendatenmanagementsystem weitergeleitet werden können. Diese Funktionen – aber nicht der Zweck der Weiterleitung der Daten von Position 3 an ein PDMS – müssen auch in einem Probetrieb nachgewiesen werden. Daher ist nach dieser Bestimmung nicht gefordert, dass ein Probetrieb zur Anbindung an das PDMS-System durchgeführt wird und/oder dafür Treiber bereitgestellt werden.

Vergabeakt 1/11, S17ff, zu Position 3 – Ordnungs- und Kommunikationssystem (13.01 Leistungsbeschreibung): Aus dieser Bestimmung (insb arg „Mindestkriterien“, „[...] Mindestkriterien, die in einem Probetrieb nachgewiesen werden müssen“, „[...] muss zum Zeitpunkt der Angebotslegung über folgende Parameter und Funktionen verfügen: [...]Weiterleitung der von Position 1 und Position 2 übergeben Daten zum Schnittstellenausgang, keine Datenarchivierung[;] Schnittstellenausgang: für Datenlieferung zur Einbindbarkeit ins PDMS – Centricity Critical Care (CC) der Fa. ... / Vertrieb Fa. S.“) ergibt sich, dass die angebotenen Geräte – jedenfalls vor Zuschlagserteilung (arg „zum Zeitpunkt der Angebotslegung“) – ua

? die von Position 1 und Position 2 übergebenen Daten „zum Schnittstellenausgang“ weiterleiten können müssen,

? einen Schnittstellenausgang für die Datenlieferung zur Einbindbarkeit ins PDMS – Centricity Critical Care (CC) der Fa ... / Vertrieb Fa S. haben müssen und

? diese Mindestkriterien in einem Probetrieb nachgewiesen werden müssen.

Mit anderen Worten: Nach dieser Bestimmung ist nur gefordert, dass es eine Schnittstelle für die „Einbindbarkeit“ in das PDMS geben muss und Daten zum Schnittstellenausgang transportiert werden können.

Nach dieser Bestimmung ist hingegen nicht gefordert, dass

? ein Probetrieb zur Anbindung an das PDMS-System durchgeführt wird, in dessen Rahmen die zum Schnittstellenausgang weitergeleiteten Daten an ein anderes Gerät übertragen und/oder in ein System/eine Software eingespielt werden (denn vorgeschrieben ist nur die Weiterleitung der Daten bis zum Schnittstellenausgang);

? Treiber für die Anbindung an das PDMS bereitgestellt werden müssen, denn – die in dieser Festlegung gar nicht erwähnten – Treiber sind erst für die Kommunikation zwischen dem Ordnungs- und Kommunikationssystem (Position 3) und dem PDMS erforderlich, die aber im Rahmen des in dieser Festlegung vorgesehenen Probetriebs gar nicht zu prüfen ist.

Vergabeakt 1/11, S20, zu Position 5 – Anschlussinterface an das PDMS / Geräteseite (13.01 Leistungsbeschreibung): Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die angebotene Position 3 „geräteseitig“ eine „Geräteschnittstelle“ haben muss und auch entsprechende Treiber auf der Geräteseite im Angebot enthalten sein müssen, die die Einbindbarkeit und Datenübernahme sicherstellen.

Demgegenüber ist nach dieser Bestimmung – auch nicht im Zusammenhang mit den wohl für sämtliche Positionen

geltenden Festlegungen zu Beginn des Leistungsverzeichnisses (Vergabeakt 1/11, S7), die überhaupt keinen Hinweis auf einen Probetrieb enthalten – nicht gefordert, dass (irgend) ein Probetrieb durchgeführt wird und/oder schon vor Zuschlagserteilung Treiber bereitgestellt werden müssen (die Bestimmung sieht nur vor, dass die Treiber im Angebotspreis enthalten sein müssen, also nicht später extra verrechnet werden dürfen). In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Ausschreibung auch bei den vorzulegenden Beilagen und Nachweisen die Treiber nicht nennt (vgl Vergabeakt 1/11, S4). Demgegenüber ist nach dieser Bestimmung – auch nicht im Zusammenhang mit den wohl für sämtliche Positionen geltenden Festlegungen zu Beginn des Leistungsverzeichnisses (Vergabeakt 1/11, S7), die überhaupt keinen Hinweis auf einen Probetrieb enthalten – nicht gefordert, dass (irgend) ein Probetrieb durchgeführt wird und/oder schon vor Zuschlagserteilung Treiber bereitgestellt werden müssen (die Bestimmung sieht nur vor, dass die Treiber im Angebotspreis enthalten sein müssen, also nicht später extra verrechnet werden dürfen). In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Ausschreibung auch bei den vorzulegenden Beilagen und Nachweisen die Treiber nicht nennt vergleiche Vergabeakt 1/11, S4).

Vergabeakt 1/11, S20, zu Position 5 – Anschlussinterface an das PDMS / PDMS-Seite (13.01 Leistungsbeschreibung): Aus dieser Bestimmung ergibt sich insb, dass PDMS-seitig die – für die Kommunikation der angebotenen Position 3 mit dem PDMS erforderlichen – Treiber im Angebot enthalten und validiert (= vidiert; vgl ON16, 1f) sein müssen. Vergabeakt 1/11, S20, zu Position 5 – Anschlussinterface an das PDMS / PDMS-Seite (13.01 Leistungsbeschreibung): Aus dieser Bestimmung ergibt sich insb, dass PDMS-seitig die – für die Kommunikation der angebotenen Position 3 mit dem PDMS erforderlichen – Treiber im Angebot enthalten und validiert (= vidiert; vergleiche ON16, 1f) sein müssen.

Demgegenüber ist nach dieser Bestimmung – auch nicht im Zusammenhang mit den wohl für sämtliche Positionen geltenden Festlegungen zu Beginn des Leistungsverzeichnisses (Vergabeakt 1/11, S7), die überhaupt keinen Hinweis auf einen Probetrieb enthalten – nicht gefordert, dass (irgend) ein Probetrieb durchgeführt wird und/oder schon vor Zuschlagserteilung Treiber bereitgestellt werden müssen (die Bestimmung sieht nur vor, dass die Treiber im Angebotspreis enthalten sein müssen, also nicht später extra verrechnet werden dürfen). In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Ausschreibung bei den vorzulegenden Beilagen und Nachweisen die Treiber nicht nennt (vgl Vergabeakt 1/11, S4). Demgegenüber ist nach dieser Bestimmung – auch nicht im Zusammenhang mit den wohl für sämtliche Positionen geltenden Festlegungen zu Beginn des Leistungsverzeichnisses (Vergabeakt 1/11, S7), die überhaupt keinen Hinweis auf einen Probetrieb enthalten – nicht gefordert, dass (irgend) ein Probetrieb durchgeführt wird und/oder schon vor Zuschlagserteilung Treiber bereitgestellt werden müssen (die Bestimmung sieht nur vor, dass die Treiber im Angebotspreis enthalten sein müssen, also nicht später extra verrechnet werden dürfen). In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Ausschreibung bei den vorzulegenden Beilagen und Nachweisen die Treiber nicht nennt vergleiche Vergabeakt 1/11, S4).

Auch aus der Festlegung zu späteren Software-Updates ergibt sich nichts Anderes. Denn diese Bestimmung bezieht sich ausschließlich auf allfällige – notwendigerweise erst nach Auftragserteilung durchzuführende – Updates und soll sicherstellen, dass der Anbieter später erfolgende Updates und die allenfalls notwendigen Treiberanpassungen in das Angebot inkludiert und nicht später gesondert verrechnen kann. Auch nach dieser Bestimmung ist nicht gefordert, dass (irgend) ein Probetrieb durchgeführt wird und/oder schon vor Zuschlagserteilung Treiber bereitgestellt werden müssen – im Gegenteil, denn es ist ja gar nicht möglich, schon vor Zuschlagserteilung Updates vorzulegen, die erst während der Vertragslaufzeit entwickelt werden.

Vergabeakt 1/11, S35 (13.02 Besondere Vertragsbestimmungen, BVB23): Nach dieser Festlegung muss alles, was zum Betrieb und Anschluss an bestehende Anlagen „inklusive Vernetzung“ notwendig ist, vom „Angebot umfasst“ sein. Ob die Festlegung sich allerdings auch auf Treiber und den tatsächlichen Datenaustausch bezieht, ist fraglich. Dagegen sprechen die eng gefasste Überschrift „Aufstellung, Montage (sonstigen Nebenleistungen)“ und die Tatsache, dass in der Festlegung zwar auch von „Vernetzung samt zugehörigem Material“ die Rede ist, aber die exemplarische (arg „etc“) Aufzählung dieses sonstigen Materials sich auf Hardware beschränkt. Treiber und/oder Datentransfer finden keine Erwähnung. Im konkreten Zusammenhang ist für diese Bestimmung allerdings einer Deutung der Vorzug zu geben, die mit „betriebsfertig“ auch die Bereitschaft zum tatsächlichen Datenaustausch bezeichnet, denn dieses Verständnis kann sich – für einen redlichen Bieter – nachvollziehbar aus einer Gesamtbetrachtung der Ausschreibung ergeben, in der

immer wieder darauf hingewiesen wird, dass die Geräte an das PDMS angeschlossen werden sollen. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass offensichtlich auch die ASt stets davon ausging, im Auftragsfall ein System zu schulden, das den Datenaustausch mit dem PDMS ermöglicht.

Vor diesem Hintergrund ist von besonderer Bedeutung, dass diese Festlegung tatsächlich einen Probetrieb vorsieht. Allerdings steht aufgrund des systematischen Zusammenhangs (arg „23. Aufstellung, Montage (sonstige Nebenleistungen)“; unmittelbar vor der BAB24 über – notwendig erst nach Zuschlagserteilung und Inbetriebnahme durchzuführende – Updates/Upgrades), in den diese Festlegung gestellt wurde, fest, dass hier nur ein Probetrieb nach Zuschlagserteilung, Auftrag, Aufstellung, Montage und Vernetzung gemeint sein kann. Das scheint auch die AG so zu sehen (ON10, 2f; s oben).

Daher ist zu dieser Festlegung zusammenfassend festzuhalten:

? Die Festlegung sieht wirksam (als Mindestkriterium) vor, dass das zum Datenaustausch Notwendige (also auch Treiber) im Angebot enthalten sein muss und nach Montage/Vernetzung allenfalls ein Probetrieb durchzuführen ist.

? Die Festlegung sieht nicht vor, dass schon vor Zuschlagserteilung Treiber bereitgestellt werden müssen und/oder schon vor Zuschlagserteilung ein Probetrieb durchgeführt werden muss.

Vergabeakt 1/11, S35f (BVB24): Diese Festlegung bezieht sich ausschließlich auf allfällige – notwendigerweise erst nach Auftragserteilung durchzuführende – Updates/Upgrades. Die Festlegung fordert nicht, dass (irgend) ein Probetrieb durchgeführt wird und/oder schon vor Zuschlagserteilung Treiber bereitgestellt werden. Für diese Festlegung gilt vielmehr das Gegenteil, denn die Vorlage von – notwendig erst während der Vertragslaufzeit entwickelten – Updates/Upgrades und allenfalls entspr angepassten Treibern schon vor Zuschlagserteilung ist nicht möglich.

Vergabeakt 1/11, S43f (13.03 Besondere Angebotsbestimmungen, BAB Punkt 14): Aus dieser Festlegung ergibt sich zunächst, dass schon im Rahmen der Bestbieterermittlung ein Probetrieb möglich sein muss, also vor Zuschlagserteilung. Daher ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, welche Merkmale der Angebote bei diesem Probetrieb geprüft/bewertet werden sollen. Schon aus dem systematischen Zusammenhang (arg „14. Zuschlagskriterien“) dieser Bestimmung ergibt sich, dass es hier immer nur um die Prüfung/Bewertung jener Merkmale des Angebots gehen kann, die in den Zuschlagskriterien definiert sind. Es geht hingegen nicht um die Prüfung solcher Merkmale, die nicht als Zuschlagskriterien (sondern ggf als Mindestkriterien) definiert sind. Daher kann im Rahmen des in dieser Festlegung vorgesehenen Probetriebs vor Zuschlagserteilung die Anbindung an das PDMS nicht geprüft werden, weil sie kein Bewertungs-, sondern ein Mindestkriterium ist und die Festlegung auch nicht (ggf an systemwidriger Stelle) ausdrücklich vorsieht, dass dieses Mindestkriterium beim Probetrieb im Rahmen der Bestbieterermittlung zu prüfen ist. Insb wenn diese Bestimmung im Zusammenhang mit BAB16 – Besuchsmöglichkeit von Referenzzentren gelesen wird, kann man nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass der Probetrieb unter Anbindung in das PDMS zu erfolgen hat – siehe dazu Anm zu BAB16. Vergabeakt 1/11, S43f (13.03 Besondere Angebotsbestimmungen, BAB Punkt 14): Aus dieser Festlegung ergibt sich zunächst, dass schon im Rahmen der Bestbieterermittlung ein Probetrieb möglich sein muss, also vor Zuschlagserteilung. Daher ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, welche Merkmale der Angebote bei diesem Probetrieb geprüft/bewertet werden sollen. Schon aus dem systematischen Zusammenhang (arg „14. Zuschlagskriterien“) dieser Bestimmung ergibt sich, dass es hier immer nur um die Prüfung/Bewertung jener Merkmale des Angebots gehen kann, die in den Zuschlagskriterien definiert sind. Es geht hingegen nicht um die Prüfung solcher Merkmale, die nicht als Zuschlagskriterien (sondern ggf als Mindestkriterien) definiert sind. Daher kann im Rahmen des in dieser Festlegung vorgesehenen Probetriebs vor Zuschlagserteilung die Anbindung an das PDMS nicht geprüft werden, weil sie kein Bewertungs-, sondern ein Mindestkriterium ist und die Festlegung auch nicht (ggf an systemwidriger Stelle) ausdrücklich vorsieht, dass dieses Mindestkriterium beim Probetrieb im Rahmen der Bestbieterermittlung zu prüfen ist. Insb wenn diese Bestimmung im Zusammenhang mit BAB16 – Besuchsmöglichkeit von Referenzzentren gelesen wird, kann man nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass der Probetrieb unter Anbindung in das PDMS zu erfolgen hat – siehe dazu Anmerkung zu BAB16.

Vergabeakt 1/11, S45 (BAB16): Diese Festlegung steht systematisch in unmittelbarem Zusammenhang mit der Bestbieterermittlung und der Referenzliste und bezeichnet ihren eigenen Zweck selbst mit der Ermöglichung der Bewertung der Geräte. In diesem Zusammenhang sieht sie einen allfälligen Probetrieb in einem Referenzzentrum vor. Schon aus diesen Gründen kann damit kein Probetrieb zur Prüfung der Mindestkriterien festgelegt sein.

Vergabeakt 1/11, S47 (BAB26): Diese Festlegung sieht vor, dass die Bieter ein „angebotskonformes Gerät“ zur Verfügung zu stellen haben, also ein Exemplar des angebotenen Geräts. Aus dieser Festlegung kann sich für die Fragen, ob das „angebotskonforme Gerät“ auch ausschreibungskonform wäre, und ob ein Angebot allenfalls nur dann ausschreibungskonform ist, wenn auch die erforderlichen Treiber schon vorgelegt werden, nichts ergeben. Nach dieser Bestimmung ist nicht gefordert, dass (irgend ein) Probetrieb durchgeführt wird und/oder schon vor Zuschlagserteilung Treiber bereitgestellt werden.

Vergabeakt 1/11, S48f – 13.03.1 BAB-MT = Besondere Angebotsbestimmungen des Bereichs Medizintechnik (SD304): Nach dieser Festlegung ist nicht gefordert, dass (irgend) ein Probetrieb durchgeführt wird und/oder schon vor Zuschlagserteilung Treiber bereitgestellt werden, sondern nur, dass – wenn die Treiber erstellt und installiert werden – dafür nichts verrechnet werden darf, was über den angebotenen Preis hinausgeht.

Vergabeakt 1/11, S52ff – 13.05 IT-Mindestkriterien zur aktuellen Ausschreibung): Das Dokument enthält keine Vorgaben über einen Probetrieb und/oder über den Zeitpunkt, zu dem allenfalls erforderliche Treiber vorhanden sein müssen.

Auch die Dokumente, auf die der in den IT-Mindestkriterien genannte Link (<http://www....>) verweist („IT-spezifische Unterlagen für den Anschluss medizintechnischer Systeme“; Vergabeakt 1/11, S55ff; .?), enthalten keine Vorgaben über einen Probetrieb und/oder über den Zeitpunkt, zu dem allenfalls erforderliche Treiber vorhanden sein müssen. Es wurde auch nichts Gegenteiliges zu diesen Dokumenten vorgebracht.

Vergabeakt 1/11, S57: An dieser Stelle wird ein Teil der Leistungsbeschreibung wiederholt (vgl Vergabeakt 1/11, S20), daher kann auf die zuvor zu diesen Festlegungen gemachten Erwägungen verwiesen werden. Vergabeakt 1/11, S57: An dieser Stelle wird ein Teil der Leistungsbeschreibung wiederholt (vgl Vergabeakt 1/11, S20), daher kann auf die zuvor zu diesen Festlegungen gemachten Erwägungen verwiesen werden.

Vergabeakt 1/11, S58ff – 13.05 Allgemeine IT-Kriterien zur aktuellen Ausschreibung: Das Dokument dient nach dem darin bezeichneten Zweck internen Prozessen der AG und enthält keine Vorgaben über einen Probetrieb und/oder über den Zeitpunkt, zu dem allenfalls erforderliche Treiber vorhanden sein müssen.

Somit zeigt die Prüfung der in diesem Zusammenhang maßgeblichen Festlegungen, dass in der Ausschreibung die Prüfung, ob die Anbindung an das PDMS funktioniert, im Rahmen eines Probetriebs vor der Zuschlagsentscheidung und das Bereitstellen von Treibern vor der Zuschlagsentscheidung nicht, jedenfalls nicht hinreichend deutlich und unmissverständlich vorgesehen sind.

Daraus ergibt sich insb: Während die Anbindung an das und der funktionierende Datenaustausch mit dem verwendeten PDMS in der Ausschreibung festgelegte Mindestkriterien sind, ist der Probetrieb zur Prüfung der Anbindbarkeit an das verwendete PDMS vor der Zuschlagsentscheidung selbst kein Mindestkriterium, sondern nur Mittel zum Nachweis des Vorhandenseins der geforderten Produkteigenschaften. Die in der angefochtenen Ausscheidensentscheidung in diesem Punkt angenommene Ausschreibungswidrigkeit des Angebots der ASt kann sich daher aus dem Nicht-zu-Stande-Kommen des Probetriebs zur Prüfung der Anbindung an das PDMS und dem Nichtvorliegen entsprechender Treiber nicht ohne weiteres ergeben.

Das kann jedoch im Hinblick auf die Vorgabe des § 123 BVergG zur Prüfung der Angebote durch den Auftraggeber nicht bedeuten, dass es der AG verwehrt sein soll zu prüfen, ob das Angebot der ASt tatsächlich alle im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Merkmale, insb die Anbindung an das und den funktionierenden Datenaustausch mit dem verwendeten PDMS, aufweist. Das kann jedoch im Hinblick auf die Vorgabe des Paragraph 123, BVergG zur Prüfung der Angebote durch den Auftraggeber nicht bedeuten, dass es der AG verwehrt sein soll zu prüfen, ob das Angebot der ASt tatsächlich alle im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Merkmale, insb die Anbindung an das und den funktionierenden Datenaustausch mit dem verwendeten PDMS, aufweist.

Weil aber entsprechende (idS eindeutige) Festlegungen in der Ausschreibung fehlen (etwa: wann ist für welche Angebotsmerkmale ein Probetrieb durchzuführen und in welcher Form haben die Bieter – und ggf die S. als Betreiberin des derzeit verwendeten PDMS (ON16) – daran mitzuwirken), hätte die AG die ASt konkret und unmissverständlich auffordern müssen, an der Prüfung der angebotenen Geräte und (auch) des Datenaustauschs mit dem verwendeten PDMS teilzunehmen und daran in konkret bezeichneter Form mitzuwirken (vgl §§ 126f BVergG; nicht zuletzt im Hinblick darauf, dass diese Funktion nur unter Mitwirkung der Betreiberin des verwendeten PDMS geprüft

werden kann (ON16, 3), die im betroffenen Vergabeverfahren zugleich Mitbewerberin der ASt ist, wäre allenfalls zu klären gewesen, wer für die Mitwirkung der PDMS-Betreiberin Sorge zu tragen gehabt hätte; die Frage kann jedoch hier letztlich offen bleiben). Diese Aufforderung wäre im Vergabeakt nachvollziehbar zu dokumentieren gewesen. Erst wenn nach einer solchen Mitteilung/Aufforderung die ASt die Prüfung nicht ermöglicht hätte, an der Prüfung nicht mitwirkt hätte oder die Prüfung negativ verlaufen wäre, hätten allenfalls die Voraussetzungen für ein Ausscheiden des Angebots der ASt gegeben sein können. Weil aber entsprechende (idS eindeutige) Festlegungen in der Ausschreibung fehlen (etwa: wann ist für welche Angebotsmerkmale ein Probebetrieb durchzuführen und in welcher Form haben die Bieter – und ggf die S. als Betreiberin des derzeit verwendeten PDMS (ON16) – daran mitzuwirken), hätte die AG die ASt konkret und unmissverständlich auffordern müssen, an der Prüfung der angebotenen Geräte und (auch) des Datenaustauschs mit dem verwendeten PDMS teilzunehmen und daran in konkret bezeichneter Form mitzuwirken (vergleiche Paragraphen 126 f, BVergG; nicht zuletzt im Hinblick darauf, dass diese Funktion nur unter Mitwirkung der Betreiberin des verwendeten PDMS geprüft werden kann (ON16, 3), die im betroffenen Vergabeverfahren zugleich Mitbewerberin der ASt ist, wäre allenfalls zu klären gewesen, wer für die Mitwirkung der PDMS-Betreiberin Sorge zu tragen gehabt hätte; die Frage kann jedoch hier letztlich offen bleiben). Diese Aufforderung wäre im Vergabeakt nachvollziehbar zu dokumentieren gewesen. Erst wenn nach einer solchen Mitteilung/Aufforderung die ASt die Prüfung nicht ermöglicht hätte, an der Prüfung nicht mitwirkt hätte oder die Prüfung negativ verlaufen wäre, hätten allenfalls die Voraussetzungen für ein Ausscheiden des Angebots der ASt gegeben sein können.

Eine solche Mitteilung/Aufforderung ist weder im Vergabeakt dokumentiert noch konnte sie in der mündlichen Verhandlung festgestellt werden (ON16, 2f; ON22).

Nach § 19 Abs 1 BVergG zählt zu den Grundsätzen des Vergabeverfahrens ua die Transparenz. Das Transparenzgebot wird aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem Diskriminierungsverbot abgeleitet. Der Auftraggeber muss einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherstellen, der [...] die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden (EuGH 07.12.2000, C-324/98 – Teleaustria, Rn62; VwG Wien 05.03.2015, VGW-123/061/33675/2014-32, S31f; VwG Wien 20.08.2015, VGW-123/066/33550/2014-36; VwG Wien 29.08.2014, VGW-123/066/27276/2014-53, Rz174ff; Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht3 [2010] Rz325 mwN). Nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG zählt zu den Grundsätzen des Vergabeverfahrens ua die Transparenz. Das Transparenzgebot wird aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem Diskriminierungsverbot abgeleitet. Der Auftraggeber muss einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherstellen, der [...] die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden (EuGH 07.12.2000, C-324/98 – Teleaustria, Rn62; VwG Wien 05.03.2015, VGW-123/061/33675/2014-32, S31f; VwG Wien 20.08.2015, VGW-123/066/33550/2014-36; VwG Wien 29.08.2014, VGW-123/066/27276/2014-53, Rz174ff; Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht3 [2010] Rz325 mwN).

Weil im Vergabeakt nicht dokumentiert ist, dass die ASt aufgefordert wurde, an einem Probebetrieb zur Prüfung der Anbindung an das PDMS teilzunehmen und in konkret bezeichneter Weise mitzuwirken, bleibt die angefochtene Entscheidung hinter den Erfordernissen des Transparenzgebots zurück. Denn damit ist auch nicht nachvollziehbar, wie die AG zum Ergebnis kam, die ASt würde an der Prüfung der festgelegten Mindestkriterien nicht im erforderlichen Ausmaß mitwirken. Die nachträgliche Vorlage der Beilage .1 (E-Mail ASt/Ing B. an AG/Hr P. vom 08.09.2014) und das Vorbringen der AG, ihr zuständiger EDV-Techniker habe mehrfach auch die Treiber zur Anbindung an das vorhandene PDMS-System eingefordert (vgl ON5, 4) und darauf hingewiesen, dass der Test der Schnittstelle grundsätzlich schon vor Zuschlagserteilung positiv absolviert werden müsse (ON10, 8f), ändern daran schon deshalb nichts, weil weder .1 noch die mehrfache Aufforderung des EDV-Technikers im vorgelegten Vergabeakt dokumentiert sind und das Transparenzgebot die Nachvollziehbarkeit der Prüfung schon im dem Verwaltungsgericht vorgelegten Vergabeakt erfordert. Die den Anforderungen des Transparenzgebots entsprechende Nachvollziehbarkeit der Prüfung kann nicht nachträglich (zB durch Vorlage entsprechender Dokumente im verwaltungsgerichtlichen Nachprüfungsverfahren) hergestellt werden. Darüber hinaus könnten im konkreten Fall die entspr Dokumente den Standpunkt der AG auch dann nicht stützen, wenn sie Teil des vorgelegten Vergabeakts wären. Denn die ASt erklärte in diesem Dokument keineswegs, die Teilnahme an einem Probebetrieb und/oder das Bereitstellen entspr Treiber verweigern zu wollen. Sie gab lediglich bekannt, die Abstimmung mit dem PDMS-Hersteller für die zu übernehmenden Daten und gewünschten Parameter nach erfolgtem Zuschlag und Beauftragung durchführen zu wollen (vgl ON5, .1). Weil im Vergabeakt nicht dokumentiert ist, dass die ASt aufgefordert wurde, an einem Probebetrieb zur Prüfung der Anbindung an das PDMS

teilzunehmen und in konkret bezeichneter Weise mitzuwirken, bleibt die angefochtene Entscheidung hinter den Erfordernissen des Transparenzgebots zurück. Denn damit ist auch nicht nachvollziehbar, wie die AG zum Ergebnis kam, die ASt würde an der Prüfung der festgelegten Mindestkriterien nicht im erforderlichen Ausmaß mitwirken. Die nachträgliche Vorlage der Beilage ./1 (E-Mail ASt/Ing B. an AG/Hr P. vom 08.09.2014) und das Vorbringen der AG, ihr zuständiger EDV-Techniker habe mehrfach auch die Treiber zur Anbindung an das vorhandene PDMS-System eingefordert vergleiche ON5, 4) und darauf hingewiesen, dass der Test der Schnittstelle grundsätzlich schon vor Zuschlagserteilung positiv absolviert werden müsse (ON10, 8f), ändern daran schon deshalb nichts, weil weder ./1 noch die mehrfache Aufforderung des EDV-Technikers im vorgelegten Vergabeakt dokumentiert sind und das Transparenzgebot die Nachvollziehbarkeit der Prüfung schon im dem Verwaltungsgericht vorgelegten Vergabeakt erfordert. Die den Anforderungen des Transparenzgebots entsprechende Nachvollziehbarkeit der Prüfung kann nicht nachträglich (zB durch Vorlage entsprechender Dokumente im verwaltungsgerichtlichen Nachprüfungsverfahren) hergestellt werden. Darüber hinaus könnten im konkreten Fall die entspr Dokumente den Standpunkt der AG auch dann nicht stützen, wenn sie Teil des vorgelegten Vergabeakts wären. Denn die ASt erklärte in diesem Dokument keineswegs, die Teilnahme an einem Probetrieb und/oder das Bereitstellen entspr Treiber verweigern zu wollen. Sie gab lediglich bekannt, die Abstimmung mit dem PDMS-Hersteller für die zu übernehmenden Daten und gewünschten Parameter nach erfolgtem Zuschlag und Beauftragung durchführen zu wollen vergleiche ON5, ./1).

Wegen dieses Mangels ist die angefochtene Entscheidung nach § 26 Abs 1 WVRG 2014 iVm § 19 Abs 1 BVergG nichtig zu erklären, weil: Wegen dieses Mangels ist die angefochtene Entscheidung nach Paragraph 26, Absatz eins, WVRG 2014 in Verbindung mit Paragraph 19, Absatz eins, BVergG nichtig zu erklären, weil:

Der maßgebliche Rechtsrahmen will nämlich funktionierenden Wettbewerb und die Gleichbehandlung der Bieter ua durch einen hohen Grad an Transparenz gewährleisten. Zur Sicherung dieses Zweckes enthält er ua Bestimmungen über die Prüfung der Angebote und deren Dokumentation. Bleibt das Vergabeverfahren hinter diesem Transparenzgebot zurück, wird dadurch das von der ASt geltend gemachte Recht auf ein vergaberechtskonformes Vergabeverfahren und Transparenz der Zuschlagsentscheidung verletzt.

Der Mangel ist auch wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens. Denn wäre die ASt nachvollziehbar aufgefordert worden, zu bestimmter Zeit an einem Probetrieb zur Prüfung der Anbindung an das PDMS teilzunehmen und die dafür erforderlichen und ihrem Bereich zuzuordnenden Voraussetzungen zu schaffen, so hätte sie die Möglichkeit gehabt nachzuweisen, dass ihr Angebot den Ausschreibungsbedingungen entsprach. Dass ihr dieser Nachweis gelungen wäre, kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden. In diesem Fall wäre sie nicht auszuschneiden gewesen und hätte weiterhin die Möglichkeit gehabt, den Zuschlag zu erhalten.

Der Ausspruch über den Ersatz der von der ASt entrichteten Pauschalgebühren ergibt sich aus § 16 Abs 1 und 2 WVRG 2014. Der Ausspruch über den Ersatz der von der ASt entrichteten Pauschalgebühren ergibt sich aus Paragraph 16, Absatz eins und 2 WVRG 2014.

Die in diesem Erkenntnis angesprochenen Rechtsfragen betreffen keine Rechtsfragen im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG, denen grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die vorliegende Rsp des VwGH ist nicht uneinheitlich. Die Entscheidung weicht nicht von der bisherigen Rsp des VwGH ab. Es liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen vor. Die in diesem Erkenntnis angesprochenen Rechtsfragen betreffen keine Rechtsfragen im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG, denen grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die vorliegende Rsp des VwGH ist nicht uneinheitlich. Die Entscheidung weicht nicht von der bisherigen Rsp des VwGH ab. Es liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen vor.

Schlagworte

Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, offenes Verfahren, Oberschwellenbereich, Lieferauftrag, Transparenzgebot

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LWGWGI:2015:VGW.123.066.31457.2014

Zuletzt aktualisiert am

16.03.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at