

TE Lvwg Erkenntnis 2020/7/16 KLVwG-S1-854/9/2020

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.07.2020

Entscheidungsdatum

16.07.2020

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

L72002 Beschaffung Vergabe Kärnten

E3L E06301000

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)

Norm

BVergG 2018 §4

BVergG 2018 §2 Z15 lita sublitaa

BVergG 2018 §31 Abs7

BVergG 2018 §154 Abs5

B-VG Art14b Abs2 Z2

LVergRG Krnt 2018 §1

LVergRG Krnt 2018 §6

LVergRG Krnt 2018 §14

LVergRG Krnt 2018 §15 Abs3

LVergRG Krnt 2018 §19 Abs1

32004L0018 Vergabe-RL öffentliche Bauaufträge Art2

32004L0018 Vergabe-RL öffentliche Bauaufträge Art32 Abs3

32004L0018 Vergabe-RL öffentliche Bauaufträge Art35 Abs4 UAbs2

1. BVergG 2018 § 4 heute

2. BVergG 2018 § 4 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 4 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 2 heute

2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 2 gültig von 01.03.2026 bis 30.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

4. BVergG 2018 § 2 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 31 heute

2. BVergG 2018 § 31 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 154 heute

2. BVergG 2018 § 154 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 154 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

Das Landesverwaltungsgericht Kärnten, Senat xxx, erkennt durch den Vorsitzenden Präsident xxx, die Berichterstatterin xxx sowie xxx als weiteres Senatsmitglied, über den Nachprüfungsantrag der xxx GmbH, xxx, xxx, vertreten durch xxx Rechtsanwälte GmbH, xxx, xxx, betreffend das durch die xxx, xxx, xxx, vertreten durch xxx Rechtsanwälte GmbH, xxx, xxx, ausgeschriebene Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung für Dialysegeräte, Referenznummer der Bekanntmachung: xxx“ nach am 16.07.2020 durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung gemäß § 6 Abs. 1 und Abs. 2 Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2018, LGBl. Nr. 84/2018 idgF, zur Recht: Das Landesverwaltungsgericht Kärnten, Senat xxx, erkennt durch den Vorsitzenden Präsident xxx, die Berichterstatterin xxx sowie xxx als weiteres Senatsmitglied, über den Nachprüfungsantrag der xxx GmbH, xxx, xxx, vertreten durch xxx Rechtsanwälte GmbH, xxx, xxx, betreffend das durch die xxx, xxx, xxx, vertreten durch xxx Rechtsanwälte GmbH, xxx, xxx, ausgeschriebene Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung für Dialysegeräte, Referenznummer der Bekanntmachung: xxx“ nach am 16.07.2020 durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung gemäß Paragraph 6, Absatz eins und Absatz 2, Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2018, Landesgesetzblatt Nr. 84 aus 2018, idgF, zur Recht:

I. Dem Antrag, der xxx GmbH vom 12. Juni 2020 wird römisch eins. Dem Antrag, der xxx GmbH vom 12. Juni 2020 wird

Folge gegeben,

und die Ausschreibung der xxx „Rahmenvereinbarung für Dialysegeräte, Referenznummer der Bekanntmachung: xxx“ für

nichtigerklärt.

II. römisch zwei. Die xxx (Antragsgegnerin) hat der xxx GmbH (Antragstellerin) die von ihr entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von € 1.296,-- für den Nachprüfungsantrag gemäß § 12 Abs. 1 K-VergRG 2018 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Pauschalgebühr in der Höhe von € 1.296,-- für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 12, Absatz eins, K-VergRG 2018 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

III. römisch drei.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe:

Am 12. Juni 2020 ist ein Nachprüfungsantrag der xxx GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) betreffend das Vergabeverfahren des öffentlichen Auftraggebers xxx (im Folgenden: Antragsgegnerin) hinsichtlich einer Rahmenvereinbarung für Dialysegeräte beim Landesverwaltungsgericht Kärnten eingelangt.

Der Nachprüfungsantrag war mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden.

Mit Erledigung vom 18. Juni 2020, Zahl: KLVwG-853/6/2020, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Folge gegeben und der Lauf der Angebotsfrist im genannten Verfahren im Sinne einer Fortlaufshemmung ausgesetzt. Darüber hinaus wurde der Antragsgegnerin untersagt, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Angebote zu öffnen.

Im Nachprüfungsantrag wurde wie folgt vorgebracht:

„1. Zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

1.1. Bezeichnung des Vergabeverfahrens

1.1.1. Die Auftraggeberin führt unter der Bezeichnung „Rahmenvereinbarung für Dialysegeräts“ (Referenznummer bei der Auftraggeberin: xxx) ein offenes Verfahren gemäß § 31 Abs 2 BVergG 2018 für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung durch. 1.1.1.1. Die Auftraggeberin führt unter der Bezeichnung „Rahmenvereinbarung für Dialysegeräts“ (Referenznummer bei der Auftraggeberin: xxx) ein offenes Verfahren gemäß Paragraph 31, Absatz 2, BVergG 2018 für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung durch.

1.1.2. Die Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen erfolgt nach den Bestimmungen des BVergG 2018 für den Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert beträgt nach den Angaben der Auftraggeberin EUR 9.380.000,00.

1.1.3. Die Auftragsbekanntmachung erfolgte am 04.05.2020 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Zahl xxx. Das Ende der Angebotsfrist war ursprünglich mit 09.06.2020, 10:00 Uhr festgelegt.

1.1.4. Am 14.05.2020 wurde die Antragstellerin via Vergabeplattform xxx über die Verlängerung der Angebotsfrist (neues Ende der Angebotsfrist: 16.06.2020, 10:00 Uhr) verständigt. Mit Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angaben vom 19.05.2020 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Zahl xxx wurde die Verlängerung der Angebotsfrist auch bekanntgemacht.

1.1.5.

Am 26.05.2020 wurde die Antragstellerin via Vergabeplattform xxx über eine nochmalige Verlängerung der Angebotsfrist (neues Ende der Angebotsfrist: 22.06.2020, 10:00 Uhr) verständigt. Mit Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angaben vom 28.05.2020 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Zahl xxx wurde die Verlängerung der Angebotsfrist auch bekanntgemacht.

Beweis: Auftragsbekanntmachung vom 04.05.2020, ZI xxx

(Beilage ./A); Beweis: Auftragsbekanntmachung vom 04.05.2020, ZI xxx , (Beilage ./A);

Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angaben vom 19.05.2020, ZI xxx Beilage ./B);

Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angaben vom 28.05.2020, ZI xxx Beilage ./C);

von der Auftraggeberin beizuschaffender Vergabeakt.

1.2. Bezeichnung der Auftraggeberin

1.2.1. Auftraggeberin der ausgeschriebenen Leistungen ist gemäß den Angaben in der Bekanntmachung sowie in den Ausschreibungsunterlagen die xxx (in der Folge „Auftraggeberin“).

1.2.2. Als vergebende Stelle fungiert laut den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen die xxx / xxx - Hauptabteilung xxx.

1.2.3. Insofern im Folgenden von der „Auftraggeberin“ die Rede ist, gelten die diesbezüglichen Ausführungen für die Auftraggeberin sowie die vergebende Stelle gleichermaßen.

Beweis: Auftragsbekanntmachung vom 04.05.2020, ZI xxx (Beilage ./A);

Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angaben vom 19.05.2020, ZI xxx (Beilage ./B);

Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angaben vom 28.05.2020, ZI xxx Beilage ./C);

Deckblatt der Ausschreibungsunterlagen (Beilage ./D);

von der Auftraggeberin beizuschaffender Vergabeakt.

1.3. Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung

1.3.1. Gemäß § 14 Abs 1 K-VergRG 2018 können nur gesondert anfechtbare Entscheidungen Gegenstand eines Nachprüfungsantrages sein. 1.3.1.1. Gemäß Paragraph 14, Absatz eins, K-VergRG 2018 können nur gesondert anfechtbare Entscheidungen Gegenstand eines Nachprüfungsantrages sein.

1.3.2. Mit der Auftragsbekanntmachung vom 04.05.2020 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Zahl xxx erfolgte die Ausschreibung iSd Legaldefinition des § 2 Z 7 BVergG 2018. Europäischen Union unter der Zahl xxx erfolgte die Ausschreibung iSd Legaldefinition des Paragraph 2, Ziffer 7, BVergG 2018.

1.3.3. Angefochten wird die mit Aufforderung zur Angebotsabgabe zur Verfügung gestellte Ausschreibung der Auftraggeberin, in eventu einzelne Festlegungen der Auftraggeberin in der Ausschreibung, dh in den zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen.

1.3.4. Gemäß § 2 Z 15 lit a) sub lit aa) BVergG 2018 ist beim offenen Verfahren - unter anderem - die Ausschreibung als gesondert anfechtbare Entscheidungen festgelegt, sodass gegenständlich im Sinne obiger Bestimmungen eine gesondert anfechtbare Entscheidung vorliegt. 1.3.4. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a,) sub lit aa) BVergG 2018 ist beim offenen Verfahren - unter anderem - die Ausschreibung als gesondert anfechtbare Entscheidungen festgelegt, sodass gegenständlich im Sinne obiger Bestimmungen eine gesondert anfechtbare Entscheidung vorliegt.

Beweis: Deckblatt der Ausschreibungsunterlagen (Beilage ./D);

Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E);

Leistungsverzeichnis (Beilage ./F);

Ausfüllbares Excel-Leistungsverzeichnis (Beilage ./G);

Unterlage „Inbetriebnahme Einweisung Schulungsanforderungen“ (Beilage ./H);

Sammeldokument Fragenbeantwortungen (Beilage ./I);

von der Auftraggeberin beizuschaffender Vergabeakt.

1.4. Rechtzeitigkeit des Antrages auf Nachprüfung

1.4.1. Im Falle der Bekämpfung der Ausschreibung ist die Frist des § 15 Abs 3

K-VergRG 2018 maßgebend. Als Grundregel gilt daher, dass die Ausschreibung bis spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist bekämpft werden muss. 1.4.1. Im Falle der Bekämpfung der Ausschreibung ist die Frist des Paragraph 15, Absatz 3, K-VergRG 2018 maßgebend. Als Grundregel gilt daher, dass die Ausschreibung bis spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist bekämpft werden muss.

1.4.2. Wenn die Angebotsfrist verlängert wird, bevor diese Anfechtungsfrist abgelaufen ist, berechnet sich dieser Endzeitpunkt für die Anfechtung anhand des neuen Endes der Angebotsfrist (VwGH, 04.07.2016,

Ra 2016/04/0023). 1.4.2. Wenn die Angebotsfrist verlängert wird, bevor diese Anfechtungsfrist abgelaufen ist, berechnet sich dieser Endzeitpunkt für die Anfechtung anhand des neuen Endes der Angebotsfrist (VwGH, 04.07.2016, , Ra 2016/04/0023).

1.4.3. Im konkreten Fall wurde die Angebotsfrist zweimalig vor Ablauf der Anfechtungsfrist verlängert (siehe dazu oben in Pkt 1.1), sodass die Frist für die Nachprüfung der Ausschreibung eindeutig gewahrt ist.

1.4.4. Der gegenständliche Antrag ist demnach jedenfalls fristgerecht eingebracht.

Beweis: Auftragsbekanntmachung vom 04.05.2020, ZI xxx

(Beilage ./A); Beweis: Auftragsbekanntmachung vom 04.05.2020, ZI xxx, (Beilage ./A);

Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angaben vom 19.05.2020, ZI xxx Beilage ./B);

Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angaben vom 28.05.2020, ZI xxx Beilage ./C);

von der Auftraggeberin beizuschaffender Vergabeakt.

1.5. Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Kärnten

1.5.1. Gemäß § 1 K-VergRG 2018 regelt das K-VergRG 2018 die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fallen. 1.5.1. Gemäß Paragraph eins, K-VergRG 2018 regelt das K-VergRG 2018 die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fallen.

1.5.2. Gemäß § 6 Abs 2 BVergG 2018 ist das Landesverwaltungsgericht Kärnten bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin im Rahmen der von der Antragstellerin innerhalb der Antragsfristen geltend gemachten

Beschwerdepunkte zuständig. 1.5.2. Gemäß Paragraph 6, Absatz 2, BVergG 2018 ist das Landesverwaltungsgericht Kärnten bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin im Rahmen der von der Antragstellerin innerhalb der Antragsfristen geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

1.5.3. Die Auftraggeberin ist unzweifelhaft eine öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 BVergG 2018, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes Kärnten fällt, weshalb das Landesverwaltungsgericht Kärnten zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens berufen ist.

1.5.4. Gegenstand des nachprüfungsgegenständlichen Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt nach den Angaben der Auftraggeberin weit über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG 2018, sodass gemäß § 12 Abs 1 BVergG 2018 ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. 1.5.4. Gegenstand des nachprüfungsgegenständlichen Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt nach den Angaben der Auftraggeberin weit über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2018, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG 2018 ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

1.5.5. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt daher jedenfalls im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018. Die allgemeine Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts Kärnten zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist somit jedenfalls gegeben.

1.5.6. Auch die Auftraggeberin bezeichnet im Übrigen in ihrer Auftragsbekanntmachung sowie in den Ausschreibungsunterlagen das Landesverwaltungsgericht als zuständiges Rechtsschutzorgan für allfällige Rechtsschutzverfahren.

Beweis: Auftragsbekanntmachung vom 04.05.2020, ZI xxx (Beilage ./A);

Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E);

von der Auftraggeberin beizuschaffender Vergabeakt.

1.6. Entrichtung der Pauschalgebühren

1.6.1. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr gemäß § 11 K- VergRG 2018 iVm der Kärntner Vergabe-Pauschalgebührenverordnung - K-VPV 2019 iHv EUR 1.296,00 für den Nachprüfungsantrag und in Höhe von EUR 648,00 für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, sohin insgesamt EUR 1944,00 entrichtet. 1.6.1. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr gemäß Paragraph 11, K- VergRG 2018 in Verbindung mit der Kärntner Vergabe-Pauschalgebührenverordnung - K-VPV 2019 iHv EUR 1.296,00 für den Nachprüfungsantrag und in Höhe von EUR 648,00 für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, sohin insgesamt EUR 1944,00 entrichtet.

1.6.2. Aufgrund des in der Auftragsbekanntmachung angegebenen, geschätzten Auftragswertes gelangt die Gebührenerhöhung gemäß § 2 Abs 2 K-VPV 2019 zur Anwendung. 1.6.2. Aufgrund des in der Auftragsbekanntmachung angegebenen, geschätzten Auftragswertes gelangt die Gebührenerhöhung gemäß Paragraph 2, Absatz 2, K-VPV 2019 zur Anwendung.

1.6.3. Gemäß § 3 Abs 1 K-VPV 2019 beträgt die für Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung zu entrichtende Pauschalgebühr 10% der gemäß § 2 K-VPV 2019 erhöhten Gebühr. Daher sind im nachprüfungsgegenständlichen Fall diese reduzierten Gebühren einschlägig. 1.6.3. Gemäß Paragraph 3, Absatz eins, K-VPV 2019 beträgt die für Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung zu entrichtende Pauschalgebühr 10% der gemäß Paragraph 2, K-VPV 2019 erhöhten Gebühr. Daher sind im nachprüfungsgegenständlichen Fall diese reduzierten Gebühren einschlägig.

Beweis: Bestätigung über die Einzahlung der Pauschalgebühren (Beilage ./J)).

2. Sachverhalt

2.1. Zum bisherigen Ablauf des Vergabeverfahrens

2.1.1. Die Auftraggeberin führt das oben in Pkt 1.1 bezeichnete Vergabeverfahren für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung, aus der mittels Einzelabrufs

? Dialysegeräte samt Zubehör und Wartung,

? gegebenenfalls notwendige zentrale Säurekonzentratversorgungsanlagen inkl. deren Infrastruktur sowie

? das für Behandlungen notwendige Verbrauchsmaterial

beschafft werden sollen.

2.1.2. Die Antragstellerin erlangte durch die Auftragsbekanntmachung Kenntnis von diesem Vergabeverfahren und bezog über die Vergabepattform xxx zunächst die von der Auftraggeberin zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen.

2.1.3. Auf Grundlage der Ausschreibungsunterlagen hat die Antragstellerin begonnen, nach Maßgabe der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen zu stellen und ein Angebot auszuarbeiten. Die Antragstellerin hat in diesem Zusammenhang an einer verpflichtenden Ortsbesichtigung teilgenommen.

2.2. Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen

2.2.1. Die Auftraggeberin hat in den Ausschreibungsunterlagen eine Vielzahl von Festlegungen getroffen, die rechtswidrig sind.

2.2.2. Um Wiederholungen zu vermeiden, werden diese rechtswidrigen Festlegungen in Pkt 5. wiedergegeben, wo auch deren Rechtswidrigkeit dargelegt wird.

2.2.3. Anzumerken ist, dass - neben den erfolgten Verlängerungen der Angebotsfrist (siehe oben Pkt 1.1.4) die Ausschreibungsunterlagen mit mehreren Benachrichtigungen/Fragebeantwortungen der Auftraggeberin während der Angebotsfrist ergänzt bzw geändert wurden.

2.2.4. Diese Änderungen/Ergänzungen hatten im Wesentlichen keine Auswirkungen auf die nachprüfungsgegenständlichen Festlegungen. Sofern diese Änderungen/Ergänzungen hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der bekämpften Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen von Relevanz sind, wird darauf im Folgenden jeweils gesondert eingegangen.

Beweis: Deckblatt der Ausschreibungsunterlagen (Beilage ./D);

Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E);

Leistungsverzeichnis (Beilage ./F);

Ausfüllbares Excel-Leistungsverzeichnis (Beilage ./G);

Unterlage „Inbetriebnahme Einweisung Schulungsanforderungen“
(Beilage ./H); Unterlage „Inbetriebnahme Einweisung Schulungsanforderungen“, (Beilage ./H);

Sammeldokument Fragenbeantwortungen (Beilage ./I);

von der Auftraggeberin beizuschaffender Vergabeakt.

3. Interesse am Vertragsschluss, drohender Schaden

3.1. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vertragsabschluss schon damit dokumentiert, dass sie die Ausschreibungsunterlagen zum Zweck der Abgabe eines Angebotes angefordert hat, die zur Verfügung gestellten Unterlagen durchgesehen hat, Fragen zu den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gestellt hat, an der verpflichtenden Ortsbesichtigung mit der Auftraggeberin teilgenommen hat und auch begonnen hat, ein Angebot auszuarbeiten.

3.2. Das besondere Interesse am Vertragsabschluss ergibt sich weiters aus dem Umstand, dass die Antragstellerin unter anderem auf die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen spezialisiert ist und aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung in der Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen zur Leistungserbringung leistungsfähig ist.

3.3. Da die Antragstellerin beabsichtigt, sich auch an zukünftigen Ausschreibungen zu beteiligen, insbesondere auch solchen mit vergleichbaren Leistungsinhalten, liegt die Angebotslegung im nachprüfungsgegenständlichen

Vergabeverfahren und die Durchführung des Auftrages auch deshalb in ihrem Interesse, da sie zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit vielfach Referenzprojekte, die von der öffentlichen Hand beauftragt worden sind, vorweisen muss. Gerade dieser Schaden ist nur durch die Nichtigkeitsklärung der angefochtenen Entscheidung zu verhindern, andernfalls die Antragstellerin an einer vergaberechtskonformen Angebotslegung gehindert wäre.

3.4. Durch die rechtswidrige angefochtene Entscheidung droht der Antragstellerin als potentielle Bieterin in diesem Fall - über den hier dargestellten Schaden durch ungerechtfertigten Entgang eines wichtigen Referenzprojektes - auch der Entgang des Deckungsbeitrages, den sie mit der Durchführung des ausschreibungsgegenständlichen Auftrages erwirtschaften könnte.

3.5. Der Deckungsbeitrag kann mit circa 20 % des von der Auftraggeberin geschätzten Auftragswertes, daher mit circa EUR 1.850.000,00 beziffert werden.

3.6. Darüber hinaus droht der Antragstellerin durch frustrierte Kosten der Vorbereitung und Ausarbeitung der Angebotslegung ein Schaden in Höhe von zumindest EUR 7.500,00. Bestandteil des Schadens sind auch die für die gegenständlichen Anträge entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt EUR 1.944,00 und die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren, die derzeit rund EUR 5.000,00 betragen und vom Vertreter der Antragstellerin mit der Unterfertigung der gegenständlichen Eingabe bescheinigt werden.

Beweis: Einvernahme Herrn xxx, xxx der Antragstellerin, p.A. der Antragstellerin;

Bestätigung über die Einzahlung der Pauschalgebühren (Beilage ./J).

4. Beschwerdepunkte

4.1. Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines fairen, transparenten und dem lauterem Wettbewerb entsprechenden und insgesamt vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens und auch in ihrem Recht auf Teilnahme daran, insbesondere in ihrem Recht auf Gleichbehandlung, Transparenz und Nichtdiskriminierung, verletzt.

4.2. Weiters ist die Antragstellerin in ihrem Recht auf

?

vergaberechtskonforme Ausschreibungsgestaltung, insbesondere

?

Festlegung von Ausschreibungsbedingungen, die den Geboten der Gleichbehandlung aller Bieter, Nichtdiskriminierung, Nichtbevorzugung einzelner Bieter (insbesondere nicht aus unsachlichen Gründen), Sachlichkeit und den Geboten des fairen und freien Wettbewerbs entsprechen;

?

Festlegung einer vergaberechtskonformen Laufzeit der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung;

?

Festlegung eines konkreten Mengengerüsts, insbesondere einer Höchstmenge betreffend die aus der Rahmenvereinbarung abrufbaren Leistungen;

?

Festlegung von Ausschreibungsbedingungen, die den Bietern keine unkalkulierbaren Risiken übertragen;

?

Festlegung von Bedingungen betreffend die Leistungserbringung, die den Geboten der Gleichbehandlung aller Bieter, Nichtdiskriminierung, Nichtbevorzugung einzelner Bieter (insbesondere nicht aus unsachlichen Gründen), Sachlichkeit und den Geboten des fairen und freien Wettbewerbs entsprechen;

?

Widerruf des Vergabeverfahrens bei Vorliegen von Umständen, die zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten

verletzt.

5. Rechtswidrigkeiten

Die angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin ist insbesondere aus folgenden Gründen rechtswidrig. Hervorhebungen in Fettschrift samt Unterstreichungen sind jeweils durch den Schriftsatzverfasser erfolgt.

5.1. Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E), Pkt 1.3.1 und Pkt 5.1.3 - Unzulässige Laufzeit der Rahmenvereinbarung:

5.1.1. Pkt 1.3.1, 1. und 2. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) lautet auszugsweise wie folgt:

"Das gegenständliche Vergabeverfahren bezweckt den Abschluss einer Rahmenvereinbarung für 120 Monate mit einem einzigen Unternehmer gem. § 154 f B VergG. mit der Möglichkeit auf zweimalige Verlängerung um jeweils 12 Monate. "Das gegenständliche Vergabeverfahren bezweckt den Abschluss einer Rahmenvereinbarung für 120 Monate mit einem einzigen Unternehmer gem. Paragraph 154, f B VergG. mit der Möglichkeit auf zweimalige Verlängerung um jeweils 12 Monate.

Die Auftraggeberin ist bestrebt, durch eine langjährige Rahmenvereinbarung die Versorgungssicherheit mit typengleichen Dialysegeräten sowie den dafür notwendigen Verbrauchsmaterialien langfristig sicherzustellen.

Durch Typenreduktion- bzw. Gerätevereinheitlichung wird ein einheitliches Bedienkonzept geschaffen, die Redundanz der Geräte ist gewährleistet sowie die Ersatzteil- und Verbrauchsmittelbevorratung wird optimiert."

5.1.2. Pkt 5.1.3, 1. - 4. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) lautet auszugsweise wie folgt:

„Das gegenständliche Vergabeverfahren bezweckt den Abschluss einer Rahmenvereinbarung für 120 Monate mit einem Auftragnehmer gern. § 153 ff BVerG. „Das gegenständliche Vergabeverfahren bezweckt den Abschluss einer Rahmenvereinbarung für 120 Monate mit einem Auftragnehmer gern. Paragraph 153, ff BVerG.

Die Rahmenvereinbarung wird für die Dauer von 120 (hundertzwanzig) Monaten beginnend mit dem Datum der Bekanntgabe des Abschlusses der Rahmenvereinbarung abgeschlossen und endet ohne dass es hierzu einer Kündigungserklärung bedarf, sofern nicht vom nachstehenden Gestaltungsrecht auf Verlängerung Gebrauch gemacht wird.

Auf der Basis dieser Rahmenvereinbarung wird die Auftraggeberin die von ihr benötigten Quantitäten des Leistungsgegenstandes abrufen/bestellen (Kontraktabrufe).

Die Auftraggeberin hat das einseitige Gestaltungsrecht, die Rahmenvereinbarung zweimal jeweils um weitere 12 (zwölf) Monate zu verlängern. Die Auftraggeberin wird dem Auftragnehmer bis spätestens 8 Wochen vor Ablauf der Rahmenvereinbarung mitteilen, ob sie von ihrem Gestaltungsrecht auf Verlängerung der Rahmenvereinbarung Gebrauch macht. Der Auftragnehmer hat keinen Rechtsanspruch auf Verlängerung der Rahmenvereinbarung. "

5.1.3. Gemäß § 154 Abs 5 Satz 1 BVerG 2018 darf die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung vier Jahre nicht überschreiten. Gemäß Satz 2 leg eit darf, sofern dies ausnahmsweise, insbesondere aufgrund des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung, sachlich gerechtfertigt werden kann, eine längere Laufzeit vorgesehen werden. In den Gesetzesmaterialien wird dazu Folgendes festgehalten: „Zu beachten ist jedenfalls, dass der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einer vier Jahre übersteigenden Laufzeit einen Ausnahmefall darstellt, dessen Inanspruchnahme restriktiv zu handhaben ist.“ (EBRV 69 BlgNR XXVI GP zu § 69 BVerG 2018) 5.1.3. Gemäß Paragraph 154, Absatz 5, Satz 1 BVerG 2018 darf die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung vier Jahre nicht überschreiten. Gemäß Satz 2 leg eit darf, sofern dies ausnahmsweise, insbesondere aufgrund des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung, sachlich gerechtfertigt werden kann, eine längere Laufzeit vorgesehen werden. In den Gesetzesmaterialien wird dazu Folgendes festgehalten: „Zu beachten ist jedenfalls, dass der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einer vier Jahre übersteigenden Laufzeit einen Ausnahmefall darstellt, dessen Inanspruchnahme restriktiv zu handhaben ist.“ (EBRV 69 BlgNR römisch 26 Gesetzgebungsperiode zu Paragraph 69, BVerG 2018)

5.1.4. Der Grund für diese gesetzliche Beschränkung der Maximallaufzeit einer Rahmenvereinbarung liegt im Wesen der Rahmenvereinbarung selbst: Das Beschaffungsinstrument der Rahmenvereinbarung verfolgt die Zielsetzung, öffentlichen Auftraggebern eine möglichst große Flexibilität in der Gestaltung ihrer Beschaffungshandlungen zu ermöglichen (idS ua ErwG 60f der RL 2014/24/EU). Demgemäß ist die Rahmenvereinbarung in § 31 Abs 7 BVerG 2018 als „Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen, festzulegen [...]“ definiert. 5.1.4. Der Grund für diese gesetzliche Beschränkung

der Maximallaufzeit einer Rahmenvereinbarung liegt im Wesen der Rahmenvereinbarung selbst: Das Beschaffungsinstrument der Rahmenvereinbarung verfolgt die Zielsetzung, öffentlichen Auftraggebern eine möglichst große Flexibilität in der Gestaltung ihrer Beschaffungshandlungen zu ermöglichen (idS ua ErWG 60f der RL 2014/24/EU). Demgemäß ist die Rahmenvereinbarung in Paragraph 31, Absatz 7, BVergG 2018 als „Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmen, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen, festzulegen [...]“ definiert.

5.1.5. Die Rahmenvereinbarung berechtigt demnach den Auftraggeber für einen bestimmten Zeitraum, Leistungen von der Partei der Rahmenvereinbarung im Wege von Einzelabrufen zu beziehen. Diese Abrufberechtigung muss gemäß § 154 Abs 5 BVergG 2018 auf eine bestimmte Maximallaufzeit begrenzt werden, weil die Rahmenvereinbarung - im Gegensatz zB vom dynamischen Beschaffungssystem - ein „geschlossenes System“ darstellt: 5.1.5. Die Rahmenvereinbarung berechtigt demnach den Auftraggeber für einen bestimmten Zeitraum, Leistungen von der Partei der Rahmenvereinbarung im Wege von Einzelabrufen zu beziehen. Diese Abrufberechtigung muss gemäß Paragraph 154, Absatz 5, BVergG 2018 auf eine bestimmte Maximallaufzeit begrenzt werden, weil die Rahmenvereinbarung - im Gegensatz zB vom dynamischen Beschaffungssystem - ein „geschlossenes System“ darstellt:

5.1.6. Die von der Rahmenvereinbarung umfassten Leistungen werden für den festgelegten Zeitraum dem Wettbewerb entzogen. Die Laufzeitbegrenzung ist daher unauflösbar mit der spezifischen Systematik der Rahmenvereinbarung verknüpft, welche einerseits Effizienzgewinne ermöglicht, andererseits aber wettbewerbsbeschränkend wirkt (so OLG Düsseldorf 11.04.2012, VII - Verg 95/11 zur vergleichbaren deutschen Rechtslage). 5.1.6. Die von der Rahmenvereinbarung umfassten Leistungen werden für den festgelegten Zeitraum dem Wettbewerb entzogen. Die Laufzeitbegrenzung ist daher unauflösbar mit der spezifischen Systematik der Rahmenvereinbarung verknüpft, welche einerseits Effizienzgewinne ermöglicht, andererseits aber wettbewerbsbeschränkend wirkt (so OLG Düsseldorf 11.04.2012, römisch sieben - Verg 95/11 zur vergleichbaren deutschen Rechtslage).

5.1.7. Eine Rahmenvereinbarung beschränkt daher mit jedem Tag, an dem die Abrufberechtigung des Auftraggebers besteht, den Wettbewerbszugang für andere, potentielle Bieter, sodass unabhängig davon, ob konkrete Abrufe erfolgen oder nicht, von einer nicht bloß unerheblichen Wettbewerbsrelevanz der Laufzeit der Rahmenvereinbarung auszugehen ist.

5.1.8. Hinzu kommt, dass zwar der Einzelabruf aus der Rahmenvereinbarung innerhalb der Laufzeit der Rahmenvereinbarung erfolgen muss, die Laufzeit der einzelnen auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge jedoch nicht der Laufzeit der Rahmenvereinbarung entsprechen muss, sondern gegebenenfalls länger (oder kürzer) sein kann (so ausdrücklich EBRV 69 XXVI. GP zu §§ 153 bis 155 BVergG 2018 mit Verweis auf ErWG 62 der RL 2014/24/EU; idS auch VwGH 11.05.2017, Ra 2016/04/0048; siehe auch LVwG Salzburg 13.07.2015, LVwG-5/45/20-2015. Die aus der Rahmenvereinbarung abgerufenen Einzelaufträge können daher die Laufzeit der Rahmenvereinbarung „überdauern“. Somit kann auch noch am letzten Tag der Laufzeit einer Rahmenvereinbarung ein Einzelabruf für zukünftige Leistungen durch den Auftraggeber erfolgen. 5.1.8. Hinzu kommt, dass zwar der Einzelabruf aus der Rahmenvereinbarung innerhalb der Laufzeit der Rahmenvereinbarung erfolgen muss, die Laufzeit der einzelnen auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge jedoch nicht der Laufzeit der Rahmenvereinbarung entsprechen muss, sondern gegebenenfalls länger (oder kürzer) sein kann (so ausdrücklich EBRV 69 römisch 26 . Gesetzgebungsperiode zu Paragraphen 153 bis 155 BVergG 2018 mit Verweis auf ErWG 62 der RL 2014/24/EU; idS auch VwGH 11.05.2017, Ra 2016/04/0048; siehe auch LVwG Salzburg 13.07.2015, LVwG-5/45/20-2015. Die aus der Rahmenvereinbarung abgerufenen Einzelaufträge können daher die Laufzeit der Rahmenvereinbarung „überdauern“. Somit kann auch noch am letzten Tag der Laufzeit einer Rahmenvereinbarung ein Einzelabruf für zukünftige Leistungen durch den Auftraggeber erfolgen.

5.1.9. Der Auftraggeber legt die Maximallaufzeit der Rahmenvereinbarung mit 12 Jahren fest. Damit wird die gesetzlich festgelegte Maximallaufzeit von vier Jahren um das Dreifache überschritten.

5.1.10. Eine sachliche Rechtfertigung für diese extensive Laufzeit der Rahmenvereinbarung iSd § 154 Abs 5 2. Satz BVergG 2018 liegt eindeutig nicht vor: 5.1.10. Eine sachliche Rechtfertigung für diese extensive Laufzeit der Rahmenvereinbarung iSd Paragraph 154, Absatz 5, 2. Satz BVergG 2018 liegt eindeutig nicht vor:

5.1.11. Der AG rechtfertigt sich mit der langfristigen Sicherstellung der Versorgungssicherheit mit typengleichen Dialysegeräten sowie den dafür notwendigen Verbrauchsmaterialien. Dieses Interesse des Auftraggebers mag zwar für sich genommen nachvollziehbar sein, kann jedoch keinesfalls als Rechtfertigung für die überlange Dauer der Rahmenvereinbarung herhalten.

5.1.12. Diese Zielsetzung wäre nämlich von der Auftraggeberin ohne weiteres mittels Festlegung einer ausreichend langen Dauer der mit Einzelabruf aus der Rahmenvereinbarung abgeschlossenen Einzelaufträge - und nicht über die Dauer der Rahmenvereinbarung selbst - zu erreichen.

5.1.13. Alternativ stünde es der Auftraggeberin offen, anstelle einer Rahmenvereinbarung einen „herkömmlichen“ Vertrag (ggf einen Rahmenvertrag) abzuschließen, um die Versorgungssicherheit mit typengleichen Dialysegeräten sowie den dafür notwendigen Verbrauchsmaterialien sicherzustellen.

5.1.14. Im Sinne der gebotenen restriktiven Inanspruchnahme der Überschreitung der Maximallaufzeit der Rahmenvereinbarung ist die Auftraggeberin im nachprüfungsgegenständlichen Fall schlicht „über das Ziel hinausgeschossen“.

5.1.15. Daraus folgt, dass die Festlegungen in Pkt 1.3.1, 1. und 2. Absatz und in Pkt 5.1.3, 1. - 4. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) vergaberechtswidrig sind.

5.2. Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E), Pkt 1.3.1 und 5.2.3 - Fehlende Höchstmenge betreffend die abrufbaren Leistungen:

5.2.1. Pkt 1.3.1, 4. - 7. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage JE) lautet auszugsweise wie folgt:

"Der Bedarf wird wie folgt geschätzt:

- voraussichtlich 50 Dialysegeräte als einmalige Anschaffung in den ersten zwei Jahren der Rahmenvereinbarung

- circa 30.000 Behandlungen pro Jahr

Die geschätzte Anzahl der gegebenenfalls für den Betrieb der Dialysegeräte benötigten zentralen Konzentratversorgungsanlagen beläuft sich auf drei Stück.

Im Leistungsumfang aller anzubietenden Geräte sowie deren Zubehör ist deren Lieferung, Einbringung, Aufstellung, Montage und Inbetriebnahme enthalten.

Die Anzahl der Geräte sowie der Dialysebehandlungen wurde von der Auftraggeberin aufgrund der aktuellen Bedarfssituation geschätzt. Es ist zu erwarten, dass der Bedarf an Dialysebehandlungen für die nächsten Jahre bzw. während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung gleichbleibend sein wird.

Die Auftraggeberin behält sich jedoch vor, während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung noch weitere Geräte sowie eine höhere Anzahl an Verbrauchsmaterialien als ursprünglich angenommen zur Deckung ihrer Bedarfe vom Auftragnehmer zu beziehen."

5.2.2. Pkt 5.2.3 der Ausschreibungsunterlage (Beilage JE) lautet auszugsweise wie folgt:

"Gemäß Preisblatt / Leistungsverzeichnis für die gegenständliche Ausschreibung. Die im Preisblatt / Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen entsprechen dem erwarteten Bedarf der Auftraggeberin für 10 Jahre. Die tatsächlich bestellten Mengen können von diesen im Preisblatt / Leistungsverzeichnis angegebenen geschätzten Mengen abweichen."

5.2.3. Die Auftraggeberin behält sich demnach vor, von den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Mengen - ohne diesbezüglicher Einschränkung - abzuweichen, dh „mehr“ bzw „weniger“ Leistungen aus der Rahmenvereinbarung abzurufen. Damit widersprechen die Ausschreibungsbedingungen dem geltenden Vergaberecht.

5.2.4. Nach der Judikatur des EuGH (19.12.2018, C-216/17, Coopservice) muss ein Auftraggeber ein maximales Abrufvolumen in der Ausschreibung angeben. Der EuGH führt dazu in den Rz 60f der vorgenannten Entscheidung eindeutig Folgendes aus:

"Erstens geht aus einer Reihe anderer Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 hervor, dass die Rahmenvereinbarung von Anbeginn an die Höchstmenge der Lieferungen und Dienstleistungen, die Gegenstand der Folgeverträge sein können, bestimmen muss. Insbesondere bestimmt Art. 9 Abs. 9 dieser Richtlinie, in dem u. a. die Methoden für die Berechnung des geschätzten Werts der Rahmenvereinbarung dargestellt werden, dass der zu berücksichtigende Wert gleich dem geschätzten Gesamtwert ohne Mehrwertsteuer aller für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung geplanten Aufträge ist. Auch Anhang VII Teil A Abschnitt „Bekanntmachung“ Nr. 6 Buchst. c („Dienstleistungsaufträge“) der Richtlinie 2004/18 verlangt, dass in der Bekanntmachung zu einer solchen Vereinbarung der für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung veranschlagte Gesamtwert der Dienstleistungen sowie - wann immer möglich - des Wertes und der Häufigkeit der zu vergebenden Aufträge angegeben wird. Wie die Kommission im Wesentlichen vorträgt und wie der Generalanwalt in Nr. 78 seiner Schlussanträge festgestellt hat, unterliegt der öffentliche Auftraggeber, der von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt ist, zwar nur einer Handlungspflicht, wenn es darum geht, den Wert und die Häufigkeit jedes einzelnen der abzuschließenden Folgeaufträge anzugeben, er muss jedoch unbedingt die Gesamtmenge angeben, in die sich die Folgeaufträge einfügen können. "Erstens geht aus einer Reihe anderer Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 hervor, dass die Rahmenvereinbarung von Anbeginn an die Höchstmenge der Lieferungen und Dienstleistungen, die Gegenstand der Folgeverträge sein können, bestimmen muss. Insbesondere bestimmt Artikel 9, Absatz 9, dieser Richtlinie, in dem u. a. die Methoden für die Berechnung des geschätzten Werts der Rahmenvereinbarung dargestellt werden, dass der zu berücksichtigende Wert gleich dem geschätzten Gesamtwert ohne Mehrwertsteuer aller für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung geplanten Aufträge ist. Auch Anhang römisch sieben Teil A Abschnitt „Bekanntmachung“ Nr. 6 Buchst. c („Dienstleistungsaufträge“) der Richtlinie 2004/18 verlangt, dass in der Bekanntmachung zu einer solchen Vereinbarung der für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung veranschlagte Gesamtwert der Dienstleistungen sowie - wann immer möglich - des Wertes und der Häufigkeit der zu vergebenden Aufträge angegeben wird. Wie die Kommission im Wesentlichen vorträgt und wie der Generalanwalt in Nr. 78 seiner Schlussanträge festgestellt hat, unterliegt der öffentliche Auftraggeber, der von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt ist, zwar nur einer Handlungspflicht, wenn es darum geht, den Wert und die Häufigkeit jedes einzelnen der abzuschließenden Folgeaufträge anzugeben, er muss jedoch unbedingt die Gesamtmenge angeben, in die sich die Folgeaufträge einfügen können.

Zweitens müssen nach Art. 32 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18, wenn eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer geschlossen wird, die auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Folgeaufträge entsprechend den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vergeben werden. Daraus folgt, dass der öffentliche Auftraggeber, der von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt ist, sich für sich selbst und für potenzielle öffentliche Auftraggeber, die in dieser Vereinbarung eindeutig genannt werden, nur bis zu einer bestimmten Menge verpflichten kann, und dass diese Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert, wenn diese Menge erreicht ist." Zweitens müssen nach Artikel 32, Absatz 3, der Richtlinie 2004/18, wenn eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer geschlossen wird, die auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Folgeaufträge entsprechend den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vergeben werden. Daraus folgt, dass der öffentliche Auftraggeber, der von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt ist, sich für sich selbst und für potenzielle öffentliche Auftraggeber, die in dieser Vereinbarung eindeutig genannt werden, nur bis zu einer bestimmten Menge verpflichten kann, und dass diese Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert, wenn diese Menge erreicht ist."

5.2.5. Die Auftraggeberin hat diesen Verpflichtungen eindeutig nicht entsprochen und eine mengenmäßig in keiner Weise beschränkte Rahmenvereinbarung zur Ausschreibung gebracht.

5.2.6. Daraus folgt, dass die Festlegungen in Pkt 1.3.1, 4. - 7. Absatz und in Pkt 5.2.3 der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) vergaberechtswidrig sind.

5.3. Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E), Pkt 1.13 - Unzulässige Einschränkung des Fragerechts des Bieters:

5.3.1. Pkt 1.13, 1. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) lautet auszugsweise wie folgt:

"Anfragen sind ausschließlich über das Vergabeportal über den Menüpunkt „Fragen“ in deutscher Sprache bis zum Ende der Anfragenfrist (Einfangen) zu richten. [...]"

5.3.2. Auf der xxx-Vergabeplattform wurde die Anfragenfrist mit 29.05.2020, 10:00 Uhr festgelegt.

5.3.3. Gemäß § 69 BVergG 2018 ist „zeitgerechten“ Auskunftersuchen durch den öffentlichen Auftraggeber unverzüglich, spätestens aber sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zu entsprechen. 5.3.3. Gemäß Paragraph 69, BVergG 2018 ist „zeitgerechten“ Auskunftersuchen durch den öffentlichen Auftraggeber unverzüglich, spätestens aber sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zu entsprechen.

5.3.4. Nach den Gesetzesmaterialien (EBRV 69 BlgNR XXVI GP zu § 69 BVergG 2018) sind Ersuchen dann „zeitgerecht“ gestellt, „[...] wenn es so rechtzeitig gestellt wurde, dass die zusätzlichen Auskünfte sechs [...] Tage vor Ablauf der Frist für den Eingang der Angebote erteilt werden können“. 5.3.4. Nach den Gesetzesmaterialien (EBRV 69 BlgNR römisch 26 Gesetzgebungsperiode zu Paragraph 69, BVergG 2018) sind Ersuchen dann „zeitgerecht“ gestellt, „[...] wenn es so rechtzeitig gestellt wurde, dass die zusätzlichen Auskünfte sechs [...] Tage vor Ablauf der Frist für den Eingang der Angebote erteilt werden können“.

5.3.5. Die Festlegung einer „fixen“ Frist, wonach Bieterfragen bis spätestens elf Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zu stellen sind, steht sohin eindeutig im Widerspruch zu § 69 BVergG 2018. Eine zeitliche Differenz von fünf Tagen ist keinesfalls „unverzüglich“ iSd § 69 BVergG 2018. 5.3.5. Die Festlegung einer „fixen“ Frist, wonach Bieterfragen bis spätestens elf Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zu stellen sind, steht sohin eindeutig im Widerspruch zu Paragraph 69, BVergG 2018. Eine zeitliche Differenz von fünf Tagen ist keinesfalls „unverzüglich“ iSd Paragraph 69, BVergG 2018.

5.3.6. Daraus folgt, dass die Bestimmung in Pkt 1.13, 1. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) vergaberechtswidrig ist.

5 . 4 . Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E), Pkt 3.5.2 - Überschießende Anforderungen an die Unternehmensreferenzen:

5.4.1. Pkt 3.5.2.2. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) lautet auszugsweise wie folgt:

„Der Bieter muss nachweisen, dass er in den Jahren 2017, 2018 und 2019 insgesamt mindestens 300 Dialyse - Geräte innerhalb des Staatenverbundes der Europäischen Union ausgeliefert und eben dort in Betrieb genommen hat, welche sich auch derzeit noch im klinischen Vollbetrieb befinden. Die genannte Referenz kann sich auf mehrere Auftraggeber beziehen.“

5.4.2. Im Fragebeantwortungen wurde die vorzitierte Anforderung dahingehend abgeändert, dass der Nachweis betreffend insgesamt mindestens 150 Geräte zu führen ist und der Referenzzeitraum auf 01.07.2017 bis 22.06.2020. ausgedehnt wurde.

5.4.3. Ungeachtet der erfolgten Reduzierungen der Referenzanforderungen stehen die Anforderungen an die Unternehmensreferenzen weiterhin in einem krassen Missverhältnis zu den ausgeschriebenen Leistungen

5.4.4. Gemäß § 2 Z 22 lit c) BVergG 2018 sind Eignungskriterien als „mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehende und zu diesem verhältnismäßige Mindestanforderungen“ definiert. 5.4.4. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 22, Litera c,) BVergG 2018 sind Eignungskriterien als „mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehende und zu diesem verhältnismäßige Mindestanforderungen“ definiert.

5.4.5. Damit soll das sogenannte Übermaßverbot verdeutlicht werden, das heißt die Eignung darf von einem Unternehmen nur in einem Ausmaß verlangt werden, wie dies durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist (so EBRV 69 Big NR XXVI. GP zu § 2 Z 22 lit c) BVergG 2018). Die geforderten Nachweise müssen somit in einem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen und zudem sachlich gerechtfertigt sein (vgl ua BVwG, 25.07.2014, W138 2008703-2/14E). 5.4.5. Damit soll das sogenannte Übermaßverbot verdeutlicht werden, das heißt die Eignung darf von einem Unternehmen nur in einem Ausmaß verlangt werden, wie dies durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist (so EBRV 69 Big NR römisch 26 . Gesetzgebungsperiode zu Paragraph 2, Ziffer 22, Litera c,) BVergG 2018). Die geforderten Nachweise müssen somit in einem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen und zudem sachlich gerechtfertigt sein vergleiche ua BVwG, 25.07.2014, W138 2008703-2/14E).

5.4.6. Im konkreten Fall ist die gesetzliche verlangte Verhältnismäßigkeit eindeutig nicht gegeben, weil die Auftraggeberin einerseits die (voraussichtliche) Lieferung von 50 Dialysegeräten über einen Zeitraum von 10 Jahren verlangt, andererseits als Mindestanforderung den Nachweis der Lieferung von 150 Dialysegeräten innerhalb von drei Jahren festlegt.

5.4.7. Der Auftraggeberin ist zwar grundsätzlich zuzugestehen, dass sie am Markt „etablierte“ Unternehmer mit entsprechend praxiserprobten Geräten als Bieter haben will, jedoch wird der betreffend die Festlegung der Eignungsanforderungen eingeräumte Ermessensspielraum von der Auftraggeberin um ein Vielfaches überschritten. Dies hat zur Konsequenz, dass selbst am Markt etablierten Unternehmen eine Teilnahme an dem Vergabeverfahren versagt wäre, weil - zB wegen qualitativ hochwertiger Geräte mit einer langen Lebenszeit/Haltbarkeit - in den letzten Jahren die vorgenannten Gerätezahlen nicht erreicht wurden.

5.4.8. Daraus folgt, dass die Bestimmung in Pkt 3.5.2, 2. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) vergaberechtswidrig ist.

5.5. Leistungsverzeichnis (Beilage ./F), Pkt 3. - Unkalkulierbarkeit der Leistungen betreffend die Installation der zentralen Säurekonzentratversorgung(en) wegen unzureichender Leistungsbeschreibung

5.5.1. Pkt 3. des Leistungsverzeichnisses (Beilage ./F) lautet auszugsweise wie folgt:

„Jene Bieter, bei denen die Säurekonzentratversorgung nicht unmittelbar über ein Kartuschensystem am Dialysegerät erfolgt, haben pro xxx Haus (xxx, xxx, xxx) eine zentrale Säurekonzentratversorgung mit Mischsystem (2 unterschiedliche Konzentrate mit jeweils zwei Vorratsbehältern) anzubieten und zu installieren.

[...]

Bei der Installation der Anlagen ist immer Rücksicht auf den laufenden Therapiebetrieb zu nehmen. Eine Umsetzung der erforderlichen Umbaumaßnahmen hat daher immer in Abstimmung und nach Freigabe durch die Auftraggeberin zu erfolgen.

Es sind die folgenden Leistungen zu berücksichtigen:

?

Planung und Koordination, Lieferung, Einbringung, Aufstellung, Montage, Inbetriebnahme und Übergabe an den Betreiber

?

Herstellung der Verrohrung zwischen der bauseitig vorhandenen Umkehrosmoseanlage und der Säurekonzentratversorgungsanlage sowie sämtliche hygienische Abnahmen.

?

Anschluss an bauseitig vorhandene Schnittstellen zur Medienver- und Entsorgung der zu errichtenden Anlage. Stellt sich für den Bieter bei den zwingenden Vor-Ort-Besichtigungen im Vorfeld der Anbotslegung heraus, dass diese Schnittstellen nicht, nur teilweise oder mangelhaft vorhanden sind, so ist deren Neuerrichtung inklusive notwendiger Leitungsverlegungen für die Konzentratversorgung an den Dialyseplätzen in den Angebotspreis zu kalkulieren. Unter diesen Schnittstellen bzw. Leitungsverlegungen sind alle für den Betrieb des Gerätes notwendigen Luft-, Wasser- und Abwasserleitungen zu verstehen; ebenso diverse andere Ver- und Entsorgungsleitungen sowie Anschlüsse an die Elektroversorgung.

?

der Anschluss und die Aufschaltung an die bestehende Gebäudeleittechnik (xxx) zur Alarmweitergabe- und Signalisierung ist vom Bieter sicherzustellen und im Angebotspreis mit einzukalkulieren

?

bauliche Maßnahmen, die unmittelbar von der neuen Konzentratversorgungsanlage ausgelöst werden (z.B. Bodenplatten, Installationskanäle, etc.) müssen vom Auftragnehmer durchgeführt werden. Dazu zählen insbesondere auch notwendige Durchbrüche bzw. Kernbohrungen für Leitungsführungen sowie das Verschließen derselben nach Abschluss der Arbeiten sowie die Errichtung von Brandabschottungen nach Erfordernis.

Nicht im Leistungsumfang des Auftragnehmers zu berücksichtigen sind die folgenden Leistungen:

?

Austausch / Neuerrichtung von Türen

?

Errichtung von Trockenbauwänden, Zwischendecken

?

Teilweiser oder kompletter Ersatz des Bodenbelags

?

Benötigte unterbrechungsfreie Anschlüsse (diese werden hausseitig gestellt)

?

Brandschutztechnische Maßnahmen (ausgenommen Brandabschottungen)

Darüber hinaus hat der Bieter die ausgeschriebenen Leistungen jeweilsin Bezug auf die vorhandenen örtlichen Gegebenheiten und insbesondere unter Berücksichtigung der Rahmenbedingungen anzubieten bzw. zu erbringen. Dies gilt selbst dann, wenn diese Vorgaben nicht explizit im Vertrag oder im Vergabeverfahren von der Auftraggeberin als auftragsrelevant festgelegt wurden. Der Bieter ist dabei unter anderem verpflichtet, sich selbst über die örtlichen Gegebenheiten und inhaltlichen Rahmenbedingungen zu informieren; die Auftraggeberin trifft dabei keine aktive Bringschuld. Der Bieter kann insbesondere aus der Unkenntnis der örtlichen Gegebenheiten oder aus fehlenden Informationen keinerlei Ansprüche ableiten. Sollten die am Verwendungsort zur Verfügung stehenden Ressourcen (Platzangebot, Statik, Anschlussleistungen, Kühlleistung, IT-Infrastruktur usw.) zum Betrieb der angebotenen Anlagen nicht ausreichen und zusätzliche Umbauten erforderlich sein, so sind diese zusätzlichen Kosten getrennt anzuführen.

Der Auftragnehmer hat bei der Leistungserbringung allfällige Vorgaben der Auftraggeberin nach Maßgabe nachstehender Regelung zu berücksichtigen: Hat der Auftragnehmer Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit oder Eignung der Vorgaben, so hat er diese der Auftraggeberin im Rahmen seiner Warn- und Aufklärungspflichten unverzüglich und unaufgefordert schriftlich mitzuteilen. Dabei hat der Auftragnehmer der Auftraggeberin einen alternativen Lösungsvorschlag für die seines Erachtens bedenklichen Vorgaben zu unterbreiten. Eine allfällige Sachkundigkeit der Auftraggeberin oder des von ihr beauftragten Dritten entbindet den Auftragnehmer nicht von seinen Mitteilungs-, Aufklärungs- und Warnpflichten. Es ist daher insbesondere auch irrelevant, ob die Inhalte, auf die sich die Warn- und Aufklärungspflichten beziehen, für die Auftraggeberin offensichtlich und daher (leicht) erkennbar sind oder nicht. Der Anbieter hat die Möglichkeit die Bestandssituation vor Ort zu besichtigen und muss die erforderlichen Maßnahmen für die Erbringung seiner Leistung (bspw. Lastverteilungsplatten im Zuge der Geräteeinbringung, usw.) im Angebot berücksichtigen.

Es ist zu sämtlichen angebotenen Anlagen / Anlagenteile eine technische Dokumentation sowie eine technische Produktbeschreibung abzugeben.

5.5.2. Die Auftraggeberin hat in diesem Zusammenhang während der Angebotsfrist auch rudimentäre Bestandspläne betreffend die Aufstellungsorte zur Verfügung gestellt. Im Übrigen verlangt die Auftraggeberin aber, dass sich der Bieter eigenständig über die für die Installation der Säurekonzentratversorgung je Standort relevanten Gegebenheiten vor Ort informieren kann und muss.

5.5.3. Mehrere Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen hindern die Antragstellerin hindern die Antragstellerin hinsichtlich der Vorgaben an die Säurekonzentratanlagen daran, eine Angebotskalkulation und -abgabe ohne die Übernahme unkalkulierbarer Risiken und ohne unverhältnismäßige Ausarbeitungen zu bewerkstelligen. Aus diesem Grund werden - zur Vermeidung von Wiederholungen - zunächst die vergaberechtlichen Vorgaben an Ausschreibungsunterlagen dargelegt, gegen welche die nachprüfungsgegenständlichen Festlegungen widersprechen.

5.5.4. Gemäß § 88 Abs 2 BVergG 2018 sind Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken von den Bietern ermittelt werden können. Daraus folgt, dass die Kalkulierbarkeit der Angebote durch die Auftraggeberin durch entsprechende Festlegung der Ausschreibungsbedingungen herzustellen hat. 5.5.4. Gemäß Paragraph 88, Absatz 2, BVergG 2018 sind Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken von den Bietern ermittelt werden können. Daraus folgt, dass die Kalkulierbarkeit der Angebote durch die Auftraggeberin durch entsprechende Festlegung der Ausschreibungsbedingungen herzustellen hat.

5.5.5. Die näheren die Auftraggeberin treffenden Verpflichtungen zur Festlegung der Ausschreibungsbedingungen

sind unter anderen in den Vorgaben an die Leistungsbeschreibung gemäß § 104 BVergG 2018 geregelt. 5.5.5. Die näheren die Auftraggeberin treffenden Verpflichtungen zur Festlegung der Ausschreibungsbedingungen sind unter anderen in den Vorgaben an die Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 104, BVergG 2018 geregelt.

5.5.6. Gemäß § 104 Abs 1 BVergG 2018 sind die Leistungen bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung, so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist“. 5.5.6. Gemäß Paragraph 104, Absatz eins, BVergG 2018 sind die Leistungen bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung „so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist“.

5.5.7. Zudem sind gemäß Abs 3 leg cit in der Leistungsbeschreibung „alle Umstände anzuführen (zB örtliche oder zeitliche Umstände oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind. Dies gilt ebenso für besondere Erschwernisse oder Erleichterungen.“ 5.5.7. Zudem sind gemäß Absatz 3, leg cit in der Leistungsbeschreibung „alle Umstände anzuführen (zB örtliche oder zeitliche Umstände oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind. Dies gilt ebenso für besondere Erschwernisse oder Erleichterungen.“

5.5.8. Somit steht fest, dass die Kalkulierbarkeit der Angebote Voraussetzung für deren Vergleichbarkeit ist (vgl idS die Gesetzesmaterialien, EBRV 69 BlgNR XXVI GP zu § 104 BVergG 2018: "Zweck einer defaimerten Leistungsbeschreibung ist es, die aufgrund der Ausschreibung einlangenden Angebote vergleichen und daraus das beste Angebot auswählen zu können. Dies setzt voraus, dass die Leistung für die Bieter kalkulierbar ist. Die Planung muss daher vor der Ausschreibung soweit abgeschlossen sein, dass Inhalt und Umfang der Leistung genau beurteilt werden können."). 5.5.8. Somit steht fest, dass die Kalkulierbarkeit der Angebote Voraussetzung für deren Vergleichbarkeit ist vergleiche idS die Gesetzesmaterialien, EBRV 69 BlgNR römisch 26 Gesetzgebungsperiode zu Paragraph 104, BVergG 2018: "Zweck einer defaimerten Leistungsbeschreibung ist es, die aufgrund der Ausschreibung einlangenden Angebote vergleichen und daraus das beste Angebot auswählen zu können. Dies setzt voraus, dass die Leistung für die Bieter kalkulierbar ist. Die Planung muss daher vor der Ausschreibung soweit abgeschlossen sein, dass Inhalt und Umfang der Leistung genau beurteilt werden können.").

5.5.9. Vergleichbarkeit idS BVergG 2018 bedeutet daher, dass die Bieter von gleichen Voraussetzungen ausgehen (können) und damit auch inhaltlich Gleiches anbieten. Daraus folgt, dass Kalkulierbarkeit idS BVergG 2018 nur dann vorliegt, wenn in den Ausschreibungsunterlagen die eindeutige und vollständige Beschreibung aller Umstände, deren Kenntnis zur Erstellung vergleichbarer, dh inhaltlich gleicher, Angebote notwendig ist, erfolgt (so Kurz, Kalkulierbarkeit von Bauleistungen gemäß Bundesvergabegesetz

(Teil I), ZVB 2008/86). 5.5.9. Vergleichbarkeit idS BVergG 2018 bedeutet daher, dass die Bieter von gleichen Voraussetzungen ausgehen (können) und damit auch inhaltlich Gleiches anbieten. Daraus folgt, dass Kalkulierbarkeit idS BVergG 2018 nur dann vorliegt, wenn in den Ausschreibungsunterlagen die eindeutige und vollständige Beschreibung aller Umstände, deren Kenntnis zur Erstellung vergleichbarer, dh inhaltlich gleicher, Angebote notwendig ist, erfolgt (so Kurz, Kalkulierbarkeit von Bauleistungen gemäß Bundesvergabegesetz , (Teil römisch eins), ZVB 2008/86).

5.5.10. Zusammengefasst sind Risiken dann nicht kalkulierbar, wenn die für die Angebotskalkulation und -erstellung bedeutsamen Umstände nicht so eindeutig und vollständig beschrieben sind, dass

- sowohl die Kostenfolgen
- als auch die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts

von allen Bietern in gleicher Weise, eindeutig und innerhalb der zur Verfügung stehenden Angebotsfrist berechnet werden können, sondern ganz oder zum Teil durch eigene Annahmen der Bieter ersetzt werden müssen (so Kurz, Kalkulierbarkeit von Bauleistungen gemäß Bundesvergabegesetz (Teil II), ZVB 2009/03). von allen Bietern in gleicher Weise, eindeutig und innerhalb der zur Verfügung stehenden Angebotsfrist berechnet werden können, sondern ganz oder zum Teil durch eigene Annahmen der Bieter ersetzt werden müssen (so Kurz, Kalkulierbarkeit von Bauleistungen gemäß Bundesvergabegesetz (Teil römisch zwei), ZVB 2009/03).

5.5.11. Die Auftraggeberin hat eindeutig gegen diese Vorgaben bei der Festlegung der Ausschreibungsbedingungen verstoßen, indem sie sich ihrer Pflichten zur eindeutigen und vollständigen Leistungsbeschreibung dadurch „entledigt“ hat, dass sie die Pflicht zur Erhebung aller kalkulationsrelevanten Umstände mit den oben zitierten Festlegungen auf den Bieter überwälzt. In einem Vergabeverfahren ist es aber Aufgabe der Auftraggeberin und nicht des Bieters, die beschaffungsgegenständliche Leistungen zu beschreiben.

5.5.12. Für die Angebotslegung ohne die Übernahme von unkalkulierbaren Risiken wären demnach insbesondere folgende Informationen erforderlich, die vom Auftraggeber bereitzustellen (und nicht vom Bieter „nachzuforschen“) sind:

- vollständige Bestandsdokumentationen betreffend die Orte der Installation der Säurekonzentratsanlagen (inkl Einbauten, Kabel-/Leitungsführungen, Durchbrüche, etc);

- konkrete Vorgaben an die Quantitäten und Qualitäten der zu erbringenden Leistungen

- konkrete zeitliche Vorgaben sowie Vorgaben an die Freigabeprozedere betreffend bauliche Maßnahmen.

5.5.13. Damit ist die von der Auftragnehmerin im Abruffall zu erbringende und vom Bieter zu kalkulierende Leistung unzureichend definiert. Damit ist diese Vorgabe an die Leistungserbringung per se nicht kalkulierbar iSd BVergG 2018, weil die Bieter nicht wissen, welche Leistung anzubieten ist, sodass eine Kalkulation in vergleichbarer Weise ausgeschlossen ist.

5.5.14. Die Bestimmungen in Pkt 3 des Leistungsverzeichnisses (Beilage ./F) sind unklar und führen zu nicht vergleichbaren Angeboten, was einen Widerspruch zu § 88 Abs 2 BVergG 2018 darstellt. 5.5.14. Die Bestimmungen in Pkt 3 des Leistungsverzeichnisses (Beilage ./F) sind unklar und führen zu nicht vergleichbaren Angeboten, was einen Widerspruch zu Paragraph 88, Absatz 2, BVergG 2018 darstellt.

5.5.15. Diese schon dem Grunde nach bestehende Unkalkulierbarkeit der Leistungen betreffend die Lieferung und Installation der Säurekonzentratanlagen wird durch weitere vergaberechtswidrige Festlegungen „verschärft“:

5.6. Ausfüllbares Excel-Leistungsverzeichnis (Beilage ./G), Pkt 4.1 - Unkalkulierbarkeit der Leistungen betreffend die Installation der zentralen Säurekonzentratversorgung(en) wegen Auspreisung pro Behandlung

5.6.1. Im ausfüllbaren Excel-Leistungsverzeichnisses (Beilage ./G) wird die Auspreisung der Leistungen betreffend die Lieferung und Installation der Säurekonzentratversorgung pro Behandlung wie folgt verlangt:

„Zentrale Säurekonzentratversorgung - Jene Anbieter, bei denen die Säurekonzentratversorgung nicht unmittelbar über ein Kartuschensystem am Dialysegerät erfolgt, haben pro xxx Standort eine zentrale Säurekonzentratversorgung mit Mischsystem (2 unterschiedliche Konzentrate mit jeweils zwei Vorratsbehältern) zu liefern und zu installieren. In den hier abgefragten anteilmäßigen Kosten pro Behandlung sind ausschließlich die zu erbringenden Leistungen für die Säurekonzentratanlage laut Leistungsverzeichnis Punkt 3 zu berücksichtigen.

Säurekonzentratversorgung / anteilige Kosten pro Behandlung - Anteilige Kosten pro Dialyse - Behandlung. Spezifikation und anzubietender Leistungsumfang laut Leistungsverzeichnis. Kalkulationsbasis sind 240000 Behandlungen ab Beginn der Laufzeit der Rahmenvereinbarung. Nach Bezug von 240000 Behandlungen entfällt der anteilige Kostenbeitrag für die Säurekonzentratversorgung und von der Auftraggeberin sind nur noch Behandlungskosten lt. Position 3. 1. zu entrichten. Das für die Dialysebehandlung notwendige Bicarbonat - Trockenkonzentrat ist in der Position Verbrauchsmaterial pro Dialysebehandlung mit zu berücksichtigen. Falls ein Dialysegerät mit Kartuschensystem angeboten wird, ist diese Position mit 0,- zu bewerten.“ Säurekonzentratversorgung / anteilige Kosten pro Behandlung - Anteilige Kosten pro Dialyse - Behandlung. Spezifikation und anzubietender Leistungsumfang laut Leistungsverzeichnis. Kalkulationsbasis sind 240000 Behandlungen ab Beginn der Laufzeit der Rahmenvereinbarung. Nach Bezug von 240000 Behandlungen entfällt der anteilige Kostenbeitrag für die Säurekonzentratversorgung und von der Auftraggeberin sind nur noch

Behandlungskosten römisch eins t. Position 3. 1. zu entrichten. Das für die Dialysebehandlung notwendige Bicarbonat - Trockenkonzentrat ist in der Position Verbrauchsmaterial pro Dialysebehandlung“ mit zu berücksichtigen. Falls ein Dialysegerät mit Kartuschensystem angeboten wird, ist diese Position mit 0,-- zu bewerten."

5.6.2. Der Bieter ist daher verpflichtet, die Kosten betreffend die Lieferung und Installation der Säurekonzentratversorgung pro Behandlung zu kalkulieren.

5.6.3. Das dies ohne die Übernahme unkalkulierbarer Risiken unmöglich ist ergibt sich schon allein aus dem Umstand, dass sich die Auftraggeberin weder hinsichtlich der Anzahl an Dialysegeräte, noch hinsichtlich der Anzahl der Dialysebehandlungen an eine bestimmte Mindest-Abnahmemenge gebunden hat, wie es auch dem Wesen der Rahmenvereinbarung (keine Abnahmeverpflichtung) entspricht.

5.6.4. Für den "worst case" müsste der Bieter daher davon ausgehen, dass die Auftraggeberin ein Dialysegerät je Standort abrufen, aber in weiterer Folge keine Behandlungen durchführt. In diesem Fall müsste der Bieter die Lieferung und Installation von drei Säurekonzentratversorgungen umsonst erbringen.

5.6.5. Hinzu kommt, dass die Behandlungszahlen je Standort unterschiedlich ausfallen und 7 nicht festgelegt ist, wie viele Säurekonzentratversorgungen herzustellen sein werden. Eine Kalkulation je Behandlung ist diesfalls schlicht verunmöglich.

5.6.6. Die Festlegungen im ausfüllbaren Excel-Leistungsverzeichnis

(Beilage ./G) betreffend die Auspreisung der Säurekonzentratversorgung pro Behandlung sind sohin rechtswidrig.

5.6.6. Die Festlegungen im ausfüllbaren Excel-Leistungsverzeichnis, (Beilage ./G) betreffend die Auspreisung der Säurekonzentratversorgung pro Behandlung sind sohin rechtswidrig.

5.7. Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E), Pkt 5.1.3 - Unkalkulierbarkeit der Leistungen betreffend die Installation der zentralen Säurekonzentratversorgung(en) wegen automatischen Übergang auf den AG:

5.7.1. Pkt 5.1.3,7. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) lautet auszugsweise wie folgt:

"Vom Auftragnehmer geleistete Investitionen wie Säurekonzentratanlagen und die damit verbundenen infrastrukturellen Maßnahmen gehen - sofern die Auftraggeberin dies wünscht - nach Ablauf der Rahmenvereinbarung (120 Monate) automatisch und vorbehaltlos in das Eigentum des Auftraggebers über. [...]"

5.7.2. In diesem Zusammenhang ist nochmals auf das Wesen der Rahmenvereinbarung, welche ein Abrufrecht des Auftraggebers normiert, hingewiesen: Der Auftraggeber ist während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung zu Abrufen aus der Rahmenvereinbarung berechtigt, aber nicht verpflichtet.

5.7.3. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten auch keine Festlegungen dazu, wann die Einzelabrufe durch die Auftraggeberin erfolgen.

5.7.4. Die Auftraggeberin könnte nach den Ausschreibungsbedingungen auch kurz vor Ablauf der Laufzeit der Rahmenvereinbarung noch die Lieferung und Installation der Säurekonzentratversorgung(en) abrufen, sodass sich die diesbezüglichen Investitionen unmöglich während der verbleibenden kurzen Rahmenvereinbarungsdauer mittels Behandlungen amortisieren ließe.

5.7.5. Auch aus diesem Grund ist eine Kalkulation ohne die Übernahme unkalkulierbarer Risiken verunmöglich.

5.7.6. Daraus folgt, dass die Bestimmung in Pkt 5.1.3, 7. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) vergaberechtswidrig ist.

5.8. Unterlage „Inbetriebnahme Einweisung Schulungsanforderungen“

(Beilage./H) - Unkalkulierbarkeit der Leistungen wegen Auspreisung pro Behandlung 5.8. Unterlage „Inbetriebnahme Einweisung Schulungsanforderungen“, (Beilage./H) - Unkalkulierbarkeit der Leistungen wegen Auspreisung pro Behandlung

5.8.1. In der Unterlage „Inbetriebnahme Einweisung Schulungsanforderungen“ (Beilage ./H) werden unterschiedliche Leistungen betreffend die Inbetriebnahme, Einweisungen und Schulungen festgelegt. Diese Leistungen sind pro Krankenhaus zu erbringen.

5.8.2. Da für die in der Unterlage „Inbetriebnahme Einweisung Schulungsanforderungen“ (Beilage ./H) festgelegten

Leistungen im ausfüllbaren Excel-Leistungsverzeichnis (Beilage ./G) keine eigenen Positionen vorgesehen sind, müssen diese Leistungen offenbar in

die Kosten für die Dialysegeräte einkalkuliert werden.

5.8.3. Auch hier gilt - wie oben in Pkt 5.6 dieses Schriftsatzes ausgeführt - dass die Auftraggeberin nicht an bestimmte Mindestabnahmemengen gebunden ist und auch nicht festgelegt ist, ob und wie viele Dialysegeräte pro Haus abgerufen werden.

5.8.4. Demnach ist es schlicht unmöglich, die Kosten für die Leistungen betreffend die Inbetriebnahme, Einweisungen und Schulungen auf die Preise pro Dialysegerät umzulegen, ohne dass dadurch unkalkulierbare Risiken vom Bieter übernommen werden müssen.

5.8.5. Diese Leistungen wären dann kalkulierbar, wenn die Auftraggeberin diesbezüglich jeweils eigene auszupreisende Preispositionen festlegen würde und so eine einheitliche Kalkulationsbasis für alle Bieter schafft.

5.8.6. Daraus folgt, dass auch die Festlegungen im ausfüllbaren Excel- Leistungsverzeichnisses (Beilage ./G) betreffend die Auspreisung der Preise für die Dialysegeräte sowie die Festlegungen in der Unterlage „Inbetriebnahme Einweisung Schulungsanforderungen“ (Beilage ./H) vergaberechtswidrig sind.

5.9. Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E), Pkt 4.1.1 - Rechtswidriges Zuschlagskriterium „Preis“ wegen fehlerhafter Zusammensetzung des Bewertungspreises:

5.9.1. Pkt 4.1.1, 3. und 4. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) lautet auszugsweise wie folgt:

„Der Gesamtpreis setzt sich aus den in xxx eingetragenen und bewerteten Bieterpreisen zusammen und wird mit folgender Formel berechnet:

Normalpositionen lt. xxx - Preisblatt Normalpositionen römisch eins t. xxx - Preisblatt

+ (Position Verbrauchsmaterial pro Behandlung x 300000 Behandlungen gesamt in 10 Jahren)

+ 25 Einheiten von Instandhaltung für Dialysegeräte lt. Vollwartungsvertrag Variante 1, entsprechend Beilage: „Angaben zur Instandhaltung“ + 25 Einheiten von Instandhaltung für Dialysegeräte römisch eins t. Vollwartungsvertrag Variante 1, entsprechend Beilage: „Angaben zur Instandhaltung“

+ 25 Einheiten von Instandhaltung für Dialysegeräte lt. Vollwartungsvertrag Variante 2, entsprechend Beilage: „Angaben zur Instandhaltung“ + 25 Einheiten von Instandhaltung für Dialysegeräte römisch eins t. Vollwartungsvertrag Variante 2, entsprechend Beilage: „Angaben zur Instandhaltung“

+ 1,5 Einheiten von Instandhaltung für Säurekonzentratversorgungsanlagen lt. Vollwartungsvertrag Variante t entsprechend Beilage: „Angaben zur Instandhaltung“ + 1,5 Einheiten von Instandhaltung für Säurekonzentratversorgungsanlagen römisch eins t. Vollwartungsvertrag Variante t entsprechend Beilage: „Angaben zur Instandhaltung“

+ 1,5 Einheiten von Instandhaltung für Säurekonzentratversorgungsanlagen lt. Vollwartungsvertrag Variante 2, entsprechend Beilage: „Angaben zur Instandhaltung“ + 1,5 Einheiten von Instandhaltung für Säurekonzentratversorgungsanlagen römisch eins t. Vollwartungsvertrag Variante 2, entsprechend Beilage: „Angaben zur Instandhaltung“

+ Rücknahmepreis für alle Bestandsgeräte entsprechend Aufstellung“

5.9.2. Demnach wird der Rücknahmepreis dem bewertungsrelevanten Gesamtpreishinzugerechnet!

5.9.3. Korrespondierend dazu ist in Pkt 4.,2. Absatz des Leistungsverzeichnisses (Beilage ./F) Folgendes festgelegt:

"Der Bieter kann pro Gerät einen Rücknahmepreis anbieten (wird im Preisblatt entsprechend berücksichtigt), muss jedoch mindestens eine kostenlose Rücknahme/Entsorgung der Altgeräte gewährleisten (Preisblatt +/- € 0,-)."

5.9.4. Nach den oben in Pkt 5.9.1 zitierten Festlegungen werden sohin preissenkende Positionen (Rücknahmepreis) preiserhöhend berücksichtigt, womit die Zuschlagskriterien in der Konsequenz nicht geeignet sind, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln.

5.9.5. Daraus folgt, dass die Bestimmungen in Pkt 4.1.1, 3. und 4. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) vergaberechtswidrig sind.

5.10. Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E), Pkt 4.1.3 - Rechtswidriges Zuschlagskriterium „Medizinische Bewertung“ wegen mangelhaften Bewertungsgrundlagen:

5.10.1. Gemäß Pkt 4.1.2, 8. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) werden im Rahmen des Zuschlagskriteriums „Medizinische Bewertung“ folgende Subkriterien bewertet:

□

5.10.2. Die Auftraggeberin legt in diesem Zusammenhang einerseits nicht fest, was konkret in den einzelnen Subkriterien bewertet wird, dh was die Bewertungsgrundlage bildet (zB Was unter „Notfallkonzept“, „Gerätehandling“, etc zu verstehen ist). Zum anderen ist nicht geregelt, unter welchen Umständen welche Note (bestens I gut I ausreichend) erfüllt wird, dh der Bewertungsmaßstab fehlt. 5.10.2. Die Auftraggeberin legt in diesem Zusammenhang einerseits nicht fest, was konkret in den einzelnen Subkriterien bewertet wird, dh was die Bewertungsgrundlage bildet (zB Was unter „Notfallkonzept“, „Gerätehandling“, etc zu verstehen ist). Zum anderen ist nicht geregelt, unter welchen Umständen welche Note (bestens römisch eins gut römisch eins ausreichend) erfüllt wird, dh der Bewertungsmaßstab fehlt.

5.10.3. Wesentliche Voraussetzung für die vergaberechtliche Zulässigkeit von Zuschlagskriterien ist aber, dass keine Diskriminierung der Bieter erfolgen kann. Die Zuschlagskriterien müssen eine objektiv nachvollziehbare, plausible Bestbieterermittlung ermöglichen (so schon BVA 23.06.2003,

06N-41/03-15). Sie dürfen insbesondere keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit im Sinne eines willkürlichen Auswahllements enthalten (grundlegend BVA 03.08.1998, F-3/98-12). 5.10.3. Wesentliche Voraussetzung für die vergaberechtliche Zulässigkeit von Zuschlagskriterien ist aber, dass keine Diskriminierung der Bieter erfolgen kann. Die Zuschlagskriterien müssen eine objektiv nachvollziehbare, plausible Bestbieterermittlung ermöglichen (so schon BVA 23.06.2003, , 06N-41/03-15). Sie dürfen insbesondere keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit im Sinne eines willkürlichen Auswahllements enthalten (grundlegend BVA 03.08.1998, F-3/98-12).

5.10.4. Auch die Gesetzesmaterialien halten fest, dass die Zuschlagskriterien ausreichend konkretisiert sein müssen, um eine solche, objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung sicherzustellen (EBRV 69 BlgNR XXVI GP zu § 2 Z 22 BVergG 2018): „Zuschlagskriterien müssen eine Ausübung des dem Auftraggeber zustehenden Beurteilungsermessens nach objektiven Gesichtspunkten ermöglichen, einen objektiven Vergleich des relativen Wertes der Angebote sicherstellen und dürfen kein willkürliches Auswahllement enthalten. 5.10.4. Auch die Gesetzesmaterialien halten fest, dass die Zuschlagskriterien ausreichend konkretisiert sein müssen, um eine solche, objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung sicherzustellen (EBRV 69 BlgNR römisch 26 Gesetzgebungsperiode zu Paragraph 2, Ziffer 22, BVergG 2018): „Zuschlagskriterien müssen eine Ausübung des dem Auftraggeber zustehenden Beurteilungsermessens nach objektiven Gesichtspunkten ermöglichen, einen objektiven Vergleich des relativen Wertes der Angebote sicherstellen und dürfen kein willkürliches Auswahllement enthalten.

[...]

Die Kriterien müssen geeignet sein, das gemäß den Festlegungen in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen vorteilhafteste Angebot festzustellen. Die Kriterien müssen einen engen Bezug zum Auftragsgegenstand haben und-so festgelegt sein, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können. Zuschlagskriterien, die nicht mit Anforderungen verbunden sind, die eine effektive Kontrolle der Richtigkeit der Bieterangaben ermöglichen, verstoßen gegen die Grundsätze des Unionsrechtes. Die Zuschlagskriterien sind bei der Angebotsbewertung objektiv und einheitlich auf alle Angebote anzuwenden."

5.10.5. Das vorzitierte Zuschlagskriterium samt den Subkriterien entspricht mangels ausreichender Definition der Bewertungsgrundlagen und -maßstäbe diesen Vorgaben aus den oben genannten Gründen nicht. Demgemäß ist es auch ungeeignet, um das tatsächliche Bestangebot zu ermitteln.

5.10.6. Daraus folgt, dass die Festlegungen in Pkt 4.1.2 der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) vergaberechtswidrig sind.

6. Anträge

Die Antragstellerin stellt daher die

ANTRÄGE,

das Landesverwaltungsgericht Kärnten möge

- a) ein Nachprüfungsverfahren einleiten;
- b) eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen;
- c) die Ausschreibung, dh die zur Verfügung gestellten

Ausschreibungsunterlagen der Auftraggeberin, für nichtig erklären c) die Ausschreibung, dh die zur Verfügung gestellten, Ausschreibungsunterlagen der Auftraggeberin, für nichtig erklären

in eventu

die Festlegungen in Pkt 1.3.1, 1. und 2. Absatz und in Pkt 5.1.3, 1. - 4. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) für nichtig erklären

und/oder

die Festlegungen in Pkt 1.3.1,4. - 7. Absatz und in Pkt 5.2.3 der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) für nichtig erklären

und/oder

die Festlegungen in Pkt 1.13, 1. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) für nichtig erklären

und/oder

die Festlegungen in Pkt 3.5.2, 2. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) für nichtig erklären

und/oder

die Festlegungen in Pkt 3. des Leistungsverzeichnisses (Beilage ./F) für nichtig erklären

und/oder

die Festlegungen im ausfüllbaren Excel-Leistungsverzeichnisses

(Beilage ./G) betreffend die Auspreisung der Säurekonzentratversorgung pro Behandlung für nichtig erklärendie Festlegungen im ausfüllbaren Excel-Leistungsverzeichnisses , (Beilage ./G) betreffend die Auspreisung der Säurekonzentratversorgung pro Behandlung für nichtig erklären

und/oder

die Festlegungen in Pkt 5.1.3, 7. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) für nichtig erklären

und/oder

die Festlegungen im ausfüllbaren Excel-Leistungsverzeichnisses

(Beilage ./G) betreffend die Auspreisung der Preise für die Dialysegeräte sowie die Festlegungen in der Unterlage „Inbetriebnahme Einweisung Schulungsanforderungen“ (Beilage ./H) für nichtig erklären die Festlegungen im ausfüllbaren Excel-Leistungsverzeichnisses , (Beilage ./G) betreffend die Auspreisung der Preise für die Dialysegeräte sowie die Festlegungen in der Unterlage „Inbetriebnahme Einweisung Schulungsanforderungen“ (Beilage ./H) für nichtig erklären

und/oder

die Festlegungen in Pkt 4.1.1, 3. und 4. Absatz der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) für nichtig erklären

und/oder

die Festlegungen in Pkt 4.1.2 der Ausschreibungsunterlage (Beilage ./E) für nichtig erklären

d) die Auftraggeberin verpflichten, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für den gegenständlichen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Im nachprüfungsgegenständlichen Fall würde bereits die Nichtigerklärung einer der in Unterpunkt c) genannten Festlegungen dazu führen, dass die Ausschreibung einen gänzlich anderen Inhalt bekommen würde und die Bieter ihre Angebotsgestaltung vollkommen neu vorzunehmen haben. Außerdem wäre nach Nichtigerklärung des unzulässigen Zuschlagskriteriums eine Bestbieterermittlung nicht mehr möglich (ua BVwG 17.6.2014, W139 2003185-1/33E, W139 2005967-1/23E mWN). Im Ergebnis wird daher die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären sein.“

Am 03. Juli 2020 ist beim Landesverwaltungsgericht Kärnten eine Stellungnahme der Antragsgegnerin eingelangt, welche wie folgt lautet:

„STELLUNGNAHME

Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen mehrere Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen, wobei die Beanstandungen der Antragstellerin allesamt unberechtigt sind:

1. Laufzeit der Rahmenvereinbarung:

Die Antragstellerin beanstandet, dass die Laufzeit der Rahmenvereinbarung über das gesetzlich vorgesehene Ausmaß weit hinausgehe und dies gemäß § 154 Abs 5 Satz 1 BVergG nur in sachlich gerechtfertigten Fällen zulässig sei. Tatsächlich liegt aber entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ein solcher Fall vor. Ergänzend und erläuternd zu der bereits in der Ausschreibung enthaltenen Begründung wird folgendes ausgeführt: Die Antragstellerin beanstandet, dass die Laufzeit der Rahmenvereinbarung über das gesetzlich vorgesehene Ausmaß weit hinausgehe und dies gemäß Paragraph 154, Absatz 5, Satz 1 BVergG nur in sachlich gerechtfertigten Fällen zulässig sei. Tatsächlich liegt aber entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ein solcher Fall vor. Ergänzend und erläuternd zu der bereits in der Ausschreibung enthaltenen Begründung wird folgendes ausgeführt:

Zunächst ist zum Hintergrund der gesetzlich vorgesehenen Laufzeitbeschränkung anzumerken, dass Rahmenvereinbarungen in der Regel die Möglichkeit eröffnen, Leistungen zu geänderten Bedingungen oder neuen Bedingungen (wenn nicht alle Bedingungen bereits in der Rahmenvereinbarung festgelegt sind) zu beschaffen. Dass bedeutet im Ergebnis, dass im Fall einer Rahmenvereinbarung mitunter auch Leistungen zu Konditionen beschafft werden können, die in dem zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Vergabeverfahren nicht berücksichtigt wurden und damit keinem echten Wettbewerb ausgesetzt waren. Vor diesem Hintergrund wurde bereits in der erstmals die Rahmenvereinbarung regelnden EU-Vergaberichtlinie RL 2004/18/EG ausgeführt, dass die Laufzeit der Rahmenvereinbarung begrenzt werden sollte (vgl. Erwägungsgrund 11 der RL 2004/18/EG). Wenngleich die aktuell gültige Vergaberichtlinie den Hintergrund der Laufzeitbeschränkung bei Rahmenvereinbarung nicht ausdrücklich anspricht, gilt weiterhin, dass Rahmenvereinbarungen die Möglichkeit eröffnen, zu einem gewissen Grad Leistungen zu beschaffen, die im ursprünglichen Vergabeverfahren keinem echten Wettbewerb ausgesetzt waren. Die Laufzeitbeschränkung bei Rahmenvereinbarungen soll also einen Ausgleich für diese wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Rahmenvereinbarung schaffen bzw dafür sorgen, dass öffentliche Auftraggeber grundsätzlich nicht unbeschränkt Leistungen beschaffen können, die keinem ausreichenden Wettbewerb ausgesetzt waren. Dieser Hintergrund für die gesetzliche Laufzeitbeschränkung der Rahmenvereinbarung ist im vorliegenden Fall deshalb von Interesse, weil die gegenständliche Ausschreibung - obwohl dies möglich gewesen wäre - gerade nicht vorsieht, dass der Auftraggeber während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung neue oder geänderte Bedingungen einführt. Vielmehr ist sogar ausdrücklich gegenteilig das Ziel angestrebt, im Sinn der Versorgungssicherheit während der gesamten Laufzeit der Rahmenvereinbarung typengleiche Geräte samt der dafür notwendigen Verbrauchsmaterialien zu gleichbleibenden Konditionen zu erhalten. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch das Ausmaß der erforderlichen sachlichen Rechtfertigung für die über den gesetzlichen Standardzeitraum (4 Jahre) hinausgehende Laufzeit der Rahmenvereinbarung zu beurteilen. Zunächst ist zum Hintergrund der gesetzlich vorgesehenen Laufzeitbeschränkung anzumerken, dass Rahmenvereinbarungen in der Regel die Möglichkeit eröffnen, Leistungen zu geänderten Bedingungen oder neuen Bedingungen (wenn nicht alle Bedingungen bereits in der Rahmenvereinbarung festgelegt sind) zu beschaffen. Dass bedeutet im Ergebnis, dass im Fall einer Rahmenvereinbarung mitunter auch Leistungen zu Konditionen beschafft werden können, die in dem zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Vergabeverfahren nicht berücksichtigt wurden und damit keinem echten Wettbewerb ausgesetzt waren. Vor diesem Hintergrund wurde bereits in der erstmals die Rahmenvereinbarung regelnden EU-Vergaberichtlinie RL 2004/18/EG ausgeführt, dass die Laufzeit der Rahmenvereinbarung begrenzt werden sollte vergleiche Erwägungsgrund 11 der RL 2004/18/EG). Wenngleich die aktuell gültige Vergaberichtlinie den Hintergrund der Laufzeitbeschränkung bei

Rahmenvereinbarung nicht ausdrücklich anspricht, gilt weiterhin, dass Rahmenvereinbarungen die Möglichkeit eröffnen, zu einem gewissen Grad Leistungen zu beschaffen, die im ursprünglichen Vergabeverfahren keinem echten Wettbewerb ausgesetzt waren. Die Laufzeitbeschränkung bei Rahmenvereinbarungen soll also einen Ausgleich für diese wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Rahmenvereinbarung schaffen bzw dafür sorgen, dass öffentliche Auftraggeber grundsätzlich nicht unbeschränkt Leistungen beschaffen können, die keinem ausreichenden Wettbewerb ausgesetzt waren. Dieser Hintergrund für die gesetzliche Laufzeitbeschränkung der Rahmenvereinbarung ist im vorliegenden Fall deshalb von Interesse, weil die gegenständliche Ausschreibung - obwohl dies möglich gewesen wäre - gerade nicht vorsieht, dass der Auftraggeber während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung neue oder geänderte Bedingungen einführt. Vielmehr ist sogar ausdrücklich gegenteilig das Ziel angestrebt, im Sinn der Versorgungssicherheit während der gesamten Laufzeit der Rahmenvereinbarung typengleiche Geräte samt der dafür notwendigen Verbrauchsmaterialien zu gleichbleibenden Konditionen zu erhalten. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch das Ausmaß der erforderlichen sachlichen Rechtfertigung für die über den gesetzlichen Standardzeitraum (4 Jahre) hinausgehende Laufzeit der Rahmenvereinbarung zu beurteilen.

Zur sachlichen Rechtfertigung einer über die Standarddauer hinausgehenden Laufzeit der Rahmenvereinbarung beschreiben die Erwägungsgründe der RL 2014/24/EU (Erwägungsgrund 62) exemplarisch den Fall, dass „Wirtschaftsteilnehmer Ausrüstung benötigen, deren Amortisierungszeitraum mehr als vier Jahre beträgt und die während der gesamten Laufzeit der Rahmenvereinbarung jederzeit verfügbar sein muss.“ Auch wenn dieses Beispiel primär den Fall vor Augen hat, dass der Auftragnehmer zur Amortisation seiner Leistungen einen längeren Zeitraum benötigt, wird damit klargestellt, dass auch rein wirtschaftliche Überlegungen (Amortisation) prinzipiell eine sachliche Rechtfertigung für eine längere Dauer der Rahmenvereinbarung begründen können und insofern kein übermäßig strenger Maßstab an die sachliche Rechtfertigung anzulegen ist. Außerdem zeigt das in der Richtlinie angeführte Beispiel, dass die Wahl einer Rahmenvereinbarung mit längerer Laufzeit als 4 Jahren nicht unbedingt alternativlos sein muss, um sachlich gerechtfertigt zu sein. Der im Richtlinienbeispiel erwähnte Fall einer für die Amortisation notwendigen längeren Dauer der Rahmenvereinbarung könnte nämlich stets auch dadurch ausgeglichen werden, dass sich der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer verpflichtet, notwendige Investitionen zu ersetzen.

Im gegenständlichen Fall ist die gewählte Laufzeit von 120 Monaten mit zweimaliger Verlängerungsoption um jeweils 12 Monate (also insgesamt maximal 12 Jahre) aus folgenden Gründen sachlich gerechtfertigt:

Ziel der vorliegenden Ausschreibung ist es, für alle dem Auftraggeber zugehörigen Krankenhäuser typengleiche Dialysegeräte samt der notwendigen Verbrauchsmaterialien zu erhalten. Die angestrebte Vereinheitlichung der Gerätetypen trägt wesentlich zu einer effizienteren Bevorratung von Ersatzteilen und Verbrauchsmaterialien bei, weil dadurch keine unterschiedlichen Ersatzteile und Verbrauchsmaterialien auf Vorrat gehalten werden müssen. Darüber hinaus begünstigt die Typengleichheit aber auch eine bessere medizinische Versorgung der Patienten, weil sich das für die Bedienung und Wartung notwendige Personal auf eine Gerätetype konzentrieren kann und somit Wartungs- oder Bedienfehler eher vermieden werden. Die Bereitstellung solcher typengleicher Dialysegeräte macht im Ergebnis auch eine längere Dauer der Rahmenvereinbarung notwendig. Dies deshalb, weil die Lebensdauer der gegenständlichen Dialysegeräte nach den bisherigen Erfahrungen der Auftraggeberin durchschnittlich mehr als 10 Jahre beträgt. Die Dialysegeräte können aber faktisch nicht genutzt werden, wenn während dieser Dauer nicht entsprechende Verbrauchsmaterialien verfügbar sind. Würde eine Rahmenvereinbarung mit beispielsweise lediglich 4 Jahren Laufzeit aus geschrieben, könnte sich nach diesem Zeitraum herausstellen, dass die zum Betrieb der Geräte notwendigen Verbrauchsmaterialien entweder gar nicht mehr oder nur zu unwirtschaftlichen Konditionen bezogen werden können. Die von der Auftraggeberin für einen Zeitraum von mehr als 10 Jahren (durchschnittliche Lebensdauer der Geräte) getätigte Investition wäre faktisch bereits nach 4 Jahren wertlos bzw müssten - entgegen der angestrebten Vereinheitlichung - Geräte oder Verbrauchsmaterialien unterschiedlicher Art beschafft werden.

Soweit die Antragstellerin meint, das angestrebte Ziel könnte auch auf andere Weise - etwa durch einen „herkömmlichen“ Vertrag oder „einer ausreichend langen Dauer“ der Einzelabrufe erreicht werden, ist nochmals daran zu erinnern, dass es für die sachliche Rechtfertigung nicht darauf ankommen kann, ob die gewählte Dauer der Rahmenvereinbarung alternativlos ist (siehe das bereits oben erwähnte Beispiel aus der Vergaberichtlinie). Im Übrigen sind die von der Antragstellerin vorgeschlagenen Alternativen aber gerade nicht geeignet, die angestrebte Versorgungssicherheit zu gewährleisten, zumal ein Einzelabruf aus der Rahmenvereinbarung jeweils auf den konkreten Bedarf bezogen wäre und schon allein aus diesem Grund keine „ausreichende Dauer“ auf den Zeitraum

von über 10 Jahren aufweisen kann. Der Umstand, dass die Antragstellerin schließlich den Abschluss eines Rahmenvertrags offensichtlich mit mehr als 10 jähriger Dauer vorschlägt, zeigt schließlich, dass sich die Antragstellerin in Wahrheit nicht wirklich durch die gegenständliche Festlegung beschwert erachtet, zumal der Unterschied zwischen Rahmenvertrag und der hier ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung mit dem Ziel der Beschaffung gleichbleibender Geräte zu gleichen Konditionen vernachlässigbar ist.

2. Höchstmengen der Rahmenvereinbarung:

Die Antragstellerin kritisiert, dass in der gegenständlichen ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung keine Höchstmengen ausgeschriebene seien und verweist dazu auf die Rechtsprechung des EUGH vom 19.12.2018,

C-216/17. Hierzu ist zunächst klarzustellen, dass sich die genannte Entscheidung des EuGH auf die mittlerweile außer Kraft getretene Richtlinie 2004/18/EG bezieht. Unabhängig davon missversteht die Antragstellerin die Aussagen des EuGH, was nachfolgend erläutert wird: Die Antragstellerin kritisiert, dass in der gegenständlichen ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung keine Höchstmengen ausgeschriebene seien und verweist dazu auf die Rechtsprechung des EUGH vom 19.12.2018, C-216/17. Hierzu ist zunächst klarzustellen, dass sich die genannte Entscheidung des EuGH auf die mittlerweile außer Kraft getretene Richtlinie 2004/18/EG bezieht. Unabhängig davon missversteht die Antragstellerin die Aussagen des EuGH, was nachfolgend erläutert wird:

Nach dem Ausgangsrechtsstreit vor dem EuGH in der Rechtssache

C-216/17 ging es um eine Rahmenvereinbarung, die eine Erweiterungsklausel dahingehend enthielt, dass der Rahmenvereinbarung auch andere Einrichtungen beitreten können, um Leistungen vom Auftragnehmer der Rahmenvereinbarung abzurufen. Hinsichtlich dieser weiteren Einrichtungen wurde in der Rahmenvereinbarung aber überhaupt keine Menge der zu erbringenden Leistungen angegeben, sondern lediglich auf deren „normalen Bedarf“ Bezug genommen. Die in diesem Kontext an den EuGH gestellte Frage bezog sich daher nicht darauf, ob Maximalmengen angegeben werden müssen, sondern darauf, ob es hinsichtlich jener Einrichtungen, die zwar Begünstigte der Rahmenvereinbarung aber nicht unmittelbar deren Auftraggeber sind, zulässig ist, auf die Angabe konkreter Mengen zu verzichten. Der EuGH führte dazu aus, dass sich der Auftraggeber für sich selbst und andere begünstigte Einrichtungen nur bis zu einer bestimmten Menge verpflichten kann und die Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert, wenn diese Menge erreicht ist. Um auch im Sinn der Transparenz zu bestimmen, ob ein bestimmter Auftrag noch durch die jeweilige Rahmenvereinbarung gedeckt ist oder aber davon nicht umfasst ist und ein eigenes Vergabeverfahren erfordert, ist die Angabe konkreter Mengen in der Rahmenvereinbarung erforderlich. Der EuGH beantwortete die Frage deshalb dahingehend, dass es „nicht zulässig ist, dass die diese Rahmenvereinbarung nicht unterzeichnenden öffentlichen Auftraggeber nicht die Menge der Leistungen bestimmen, die verlangt werden kann, wenn sie Aufträge in Durchführung dieser Rahmenvereinbarung abschließen, oder sie die Menge unter Bezugnahme auf ihren normalen Bedarf bestimmen, da sie sonst gegen die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der am Abschluss dieser Rahmenvereinbarung interessierten Wirtschaftsteilnehmer verstoßen würden“. Nach dem Ausgangsrechtsstreit vor dem EuGH in der Rechtssache C-216/17 ging es um eine Rahmenvereinbarung, die eine Erweiterungsklausel dahingehend enthielt, dass der Rahmenvereinbarung auch andere Einrichtungen beitreten können, um Leistungen vom Auftragnehmer der Rahmenvereinbarung abzurufen. Hinsichtlich dieser weiteren Einrichtungen wurde in der Rahmenvereinbarung aber überhaupt keine Menge der zu erbringenden Leistungen angegeben, sondern lediglich auf deren „normalen Bedarf“ Bezug genommen. Die in diesem Kontext an den EuGH gestellte Frage bezog sich daher nicht darauf, ob Maximalmengen angegeben werden müssen, sondern darauf, ob es hinsichtlich jener Einrichtungen, die zwar Begünstigte der Rahmenvereinbarung aber nicht unmittelbar deren Auftraggeber sind, zulässig ist, auf die Angabe konkreter Mengen zu verzichten. Der EuGH führte dazu aus, dass sich der Auftraggeber für sich selbst und andere begünstigte Einrichtungen nur bis zu einer bestimmten Menge verpflichten kann und die Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert, wenn diese Menge erreicht ist. Um auch im Sinn der Transparenz zu bestimmen, ob ein bestimmter Auftrag noch durch die jeweilige Rahmenvereinbarung gedeckt ist oder aber davon nicht umfasst ist und ein eigenes Vergabeverfahren erfordert, ist die Angabe konkreter Mengen in der Rahmenvereinbarung erforderlich. Der EuGH beantwortete die Frage deshalb dahingehend, dass es „nicht zulässig ist, dass die diese Rahmenvereinbarung nicht unterzeichnenden öffentlichen Auftraggeber nicht die Menge der Leistungen bestimmen, die verlangt werden kann, wenn sie Aufträge in Durchführung dieser Rahmenvereinbarung

abschließen, oder sie die Menge unter Bezugnahme auf ihren normalen Bedarf bestimmen, da sie sonst gegen die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der am Abschluss dieser Rahmenvereinbarung interessierten Wirtschaftsteilnehmer verstoßen würden".

Im Gegensatz zu dem vom EuGH beurteilten Fall sind die zu beschaffenden Mengen allerdings in der vorliegenden Rahmenvereinbarung nicht nur nach dem „normalen Bedarf“ bestimmt sondern konkret ziffernmäßig festgelegt. Im Leistungsverzeichnis ist in diesem Sinn unmissverständlich festgelegt, dass „eine Rahmenvereinbarung über 50 Stück Dialysegeräte inkl Verbrauchsmaterial und Wartung zur Ausschreibung gelangt“, wobei hinsichtlich des Verbrauchsmaterials von 30.000 Behandlungen pro Jahr ausgegangen wird. Die von der Antragstellerin zitierte Festlegung in Punkt 1.3.1, wonach sich die Auftraggeberin vorbehält, noch weitere Geräte bzw eine höhere Anzahl an Verbrauchsmaterial als ursprünglich angenommen, vom Auftragnehmer zu beziehen, dient nur der Klarstellung, dass die Auftraggeberin möglicherweise auch noch zusätzliche Geräte bzw Verbrauchsmaterialien benötigt. Diese Festlegung sagt aber nichts darüber aus, ob eine derartige über die angegebene Mengen hinausgehende Beschaffung durch die Rahmenvereinbarung gedeckt ist und auch nicht, dass der Auftragnehmer verpflichtet wäre, derartige weitere Geräte oder Materialien zu liefern. Vielmehr müsste im Einzelfall - abhängig von einem allfälligen zusätzlichen Bedarf - beurteilt werden, ob für die Beschaffung weiterer Geräte oder Verbrauchsmaterialien ein gesondertes Vergabeverfahren notwendig oder zweckmäßig ist oder unter den Voraussetzungen des § 365 BVergG eine Anpassung der Rahmenvereinbarung vorgenommen werden kann. Im Gegensatz zu dem vom EuGH beurteilten Fall sind die zu beschaffenden Mengen allerdings in der vorliegenden Rahmenvereinbarung nicht nur nach dem „normalen Bedarf“ bestimmt sondern konkret ziffernmäßig festgelegt. Im Leistungsverzeichnis ist in diesem Sinn unmissverständlich festgelegt, dass „eine Rahmenvereinbarung über 50 Stück Dialysegeräte inkl Verbrauchsmaterial und Wartung zur Ausschreibung gelangt“, wobei hinsichtlich des Verbrauchsmaterials von 30.000 Behandlungen pro Jahr ausgegangen wird. Die von der Antragstellerin zitierte Festlegung in Punkt 1.3.1, wonach sich die Auftraggeberin vorbehält, noch weitere Geräte bzw eine höhere Anzahl an Verbrauchsmaterial als ursprünglich angenommen, vom Auftragnehmer zu beziehen, dient nur der Klarstellung, dass die Auftraggeberin möglicherweise auch noch zusätzliche Geräte bzw Verbrauchsmaterialien benötigt. Diese Festlegung sagt aber nichts darüber aus, ob eine derartige über die angegebene Mengen hinausgehende Beschaffung durch die Rahmenvereinbarung gedeckt ist und auch nicht, dass der Auftragnehmer verpflichtet wäre, derartige weitere Geräte oder Materialien zu liefern. Vielmehr müsste im Einzelfall - abhängig von einem allfälligen zusätzlichen Bedarf - beurteilt werden, ob für die Beschaffung weiterer Geräte oder Verbrauchsmaterialien ein gesondertes Vergabeverfahren notwendig oder zweckmäßig ist oder unter den Voraussetzungen des Paragraph 365, BVergG eine Anpassung der Rahmenvereinbarung vorgenommen werden kann.

Ebenso wenig vermag die Antragstellerin aus der Festlegung in Punkt 5.2.3 der Ausschreibungsunterlagen irgendetwas für sich zu gewinnen. Der Umstand, dass die tatsächlich bestellten Mengen von den im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen abweichen können, liegt in der Natur einer Rahmenvereinbarung, die keine Abnahmeverpflichtung begründet, sodass dementsprechend bei einer Rahmenvereinbarung immer die bestellten Mengen von den in der Rahmenvereinbarung angegebenen Mengen abweichen können. Auch diese Festlegung sagt nichts darüber aus, ob allenfalls über die Mengen des Leistungsverzeichnisses hinausgehende Beschaffungen durch die Rahmenvereinbarung gedeckt bzw der Auftragnehmer zur Lieferung solcher weiteren

Mengen verpflichtet wäre.

3. Einschränkung des Fragerechts

Die Antragstellerin kritisiert, dass die Festlegung einer fixen Frist, wonach Bieterfragen bis spätestens 11 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zu stellen sind, unzulässig sei. Sie gründet diese Ansicht auf § 69 BVergG, wonach „zeitgerechte“ Auskunftersuchen „unverzüglich, spätestens aber sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist“ zu beantworten sind und laut Gesetzesmaterialien, ein Auskunftersuchen dann „zeitgerecht“ sei, „wenn es so rechtzeitig gestellt wurde, dass die zusätzlichen Auskünfte sechs [...] Tage vor Ablauf der Frist für den Eingang der Angebote erteilt werden können“. Die Antragstellerin kritisiert, dass die Festlegung einer fixen Frist, wonach Bieterfragen bis spätestens 11 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zu stellen sind, unzulässig sei. Sie gründet diese Ansicht auf Paragraph 69, BVergG, wonach „zeitgerechte“ Auskunftersuchen „unverzüglich, spätestens aber sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist“ zu beantworten sind und laut Gesetzesmaterialien, ein Auskunftersuchen dann „zeitgerecht“ sei, „wenn es so rechtzeitig gestellt wurde, dass die zusätzlichen Auskünfte sechs [...] Tage vor Ablauf der Frist für den Eingang der Angebote erteilt werden können“.

Abgesehen davon, dass die rechtlichen Schlussfolgerungen der Antragstellerin so nicht zutreffend sind, ist der gegenständliche Kritikpunkt schon allein auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse völlig unverständlich:

Das ursprüngliche Ende der Angebotsfrist war der 9.6.2020, 10 Uhr. Allfällige zusätzliche Auskünfte wären daher gemäß § 69 BVergG bis spätestens 2.6.2020 zu erteilen gewesen. Anfragen waren nach der von der Antragstellerin kritisierten Frist bis spätestens Freitag, den 29.5.2020 zu stellen. Damit blieb der Auftraggeberin genau ein einziger Werktag (Montag 1.6.2020), um die Anfragen zu bearbeiten. Das ursprüngliche Ende der Angebotsfrist war der 9.6.2020, 10 Uhr. Allfällige zusätzliche Auskünfte wären daher gemäß Paragraph 69, BVergG bis spätestens 2.6.2020 zu erteilen gewesen. Anfragen waren nach der von der Antragstellerin kritisierten Frist bis spätestens Freitag, den 29.5.2020 zu stellen. Damit blieb der Auftraggeberin genau ein einziger Werktag (Montag 1.6.2020), um die Anfragen zu bearbeiten.

Losgelöst davon, dass die Kritik der Antragstellerin inhaltlich völlig unverständlich ist, ist auch die ihr zu Grunde liegende Rechtsansicht verfehlt. Gesetzlich sind nämlich keinerlei Einschränkungen hinsichtlich der Festlegung einer Anfragefrist vorgesehen. Die von der Antragstellerin zitierten Gesetzesmaterialien sind einerseits nicht Inhalt des Gesetzes und andererseits auch offenkundig nicht darauf gerichtet, öffentlichen Auftraggebern Einschränkungen hinsichtlich der Festlegung einer Anfragefrist aufzuerlegen, sondern lediglich der Hinweis darauf, dass eine Anfragefrist so festgelegt werden sollte, dass einem Auskunftersuchen noch innerhalb der Frist des § 69 BVergG entsprochen werden kann. Losgelöst davon, dass die Kritik der Antragstellerin inhaltlich völlig unverständlich ist, ist auch die ihr zu Grunde liegende Rechtsansicht verfehlt. Gesetzlich sind nämlich keinerlei Einschränkungen hinsichtlich der Festlegung einer Anfragefrist vorgesehen. Die von der Antragstellerin zitierten Gesetzesmaterialien sind einerseits nicht Inhalt des Gesetzes und andererseits auch offenkundig nicht darauf gerichtet, öffentlichen Auftraggebern Einschränkungen hinsichtlich der Festlegung einer Anfragefrist aufzuerlegen, sondern lediglich der Hinweis darauf, dass eine Anfragefrist so festgelegt werden sollte, dass einem Auskunftersuchen noch innerhalb der Frist des Paragraph 69, BVergG entsprochen werden kann.

4. Referenzanforderungen

Die Antragstellerin kritisiert die festgelegten Anforderungen an Unternehmensreferenzen als unverhältnismäßig, weil einerseits die Lieferung von 50 Dialysegeräten über einen Zeitraum von 10 Jahren ausgeschrieben sei und andererseits als Referenzanforderung der Nachweis der Lieferung von 150 Dialysegeräten innerhalb von rund 3 Jahren festgelegt sei.

Zu dieser Kritik ist zunächst festzuhalten, dass der Nachprüfungsantrag in diesem Punkt verfristet ist: Die Antragstellerin zitiert zutreffend die ursprünglich in Punkt 3.5.2 der Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Referenzanforderung dahingehend, dass in den Jahren 2017, 2018 und 2019 insgesamt mindesten 300 Dialyse-Geräte geliefert worden sein müssen. Diese Ausschreibungsfestlegung ist aber so nicht mehr existent. Vielmehr wurden in weiterer Folge auf Grund mehrere Bieteranfragen verschiedene Änderungen vorgenommen. Insbesondere wurde in einer Fragenbeantwortung Nr. 55 vom 29.5.2020 festgelegt, dass „insgesamt 150 Geräte ausgeliefert und in Betrieb genommen“ wurden. Spätestens am 29.5.2020 wurde demnach die ursprünglich in Punkt 3.5.2 der Ausschreibungsunterlagen enthaltene Referenzanforderung (300 Geräte) durch eine neue Referenzanforderung (150 Geräte) ersetzt. Diese Referenzanforderung (150 Geräte) wird zwar nun auch im Nachprüfungsantrag kritisiert, sie ist aber nicht Inhalt der Ausschreibungsunterlagen, sondern Inhalt der Fragebeantwortung, die allen Interessenten am 29.5.2020 im Wege der Vergabepattform elektronisch bereitgestellt wurde. Bei dieser Fragenbeantwortung handelt es sich nicht um die Ausschreibungsunterlagen, sondern eine sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist, für welche die Anfechtung nicht innerhalb der verlängerten Anfechtungsfrist gemäß § 15 Abs 3 K-VergRG (7 Tage vor Ende Angebotsfrist) erfolgen kann, sondern die reguläre Anfechtungsfrist gemäß § 15 Abs 1 K-VergRG gilt (10 Tage ab Bereitstellung). Der Nachprüfungsantrag erweist sich also in diesem Punkt als verfristet, weil er sich im Ergebnis nicht gegen eine Festlegung der Ausschreibungsunterlagen richtet, sondern eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist (Fragenbeantwortung), hinsichtlich derer die Anfechtungsfrist bereits abgelaufen ist. Zu dieser Kritik ist zunächst festzuhalten, dass der Nachprüfungsantrag in diesem Punkt verfristet ist: Die Antragstellerin zitiert zutreffend die ursprünglich in Punkt 3.5.2 der Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Referenzanforderung dahingehend, dass in den Jahren 2017, 2018 und 2019 insgesamt mindesten 300 Dialyse-Geräte geliefert worden sein müssen. Diese Ausschreibungsfestlegung ist aber so nicht mehr existent. Vielmehr wurden in weiterer Folge auf Grund mehrere Bieteranfragen verschiedene Änderungen vorgenommen. Insbesondere wurde in einer Fragenbeantwortung Nr. 55

vom 29.5.2020 festgelegt, dass „insgesamt 150 Geräte ausgeliefert und in Betrieb genommen“ wurden. Spätestens am 29.5.2020 wurde demnach die ursprünglich in Punkt 3.5.2 der Ausschreibungsunterlagen enthaltene Referenzanforderung (300 Geräte) durch eine neue Referenzanforderung (150 Geräte) ersetzt. Diese Referenzanforderung (150 Geräte) wird zwar nun auch im Nachprüfungsantrag kritisiert, sie ist aber nicht Inhalt der Ausschreibungsunterlagen, sondern Inhalt der Fragebeantwortung, die allen Interessenten am 29.5.2020 im Wege der Vergabepattform elektronisch bereitgestellt wurde. Bei dieser Fragenbeantwortung handelt es sich nicht um die Ausschreibungsunterlagen, sondern eine sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist, für welche die Anfechtung nicht innerhalb der verlängerten Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 15, Absatz 3, K-VergRG (7 Tage vor Ende Angebotsfrist) erfolgen kann, sondern die reguläre Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 15, Absatz eins, K-VergRG gilt (10 Tage ab Bereitstellung). Der Nachprüfungsantrag erweist sich also in diesem Punkt als verfristet, weil er sich im Ergebnis nicht gegen eine Festlegung der Ausschreibungsunterlagen richtet, sondern eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist (Fragenbeantwortung), hinsichtlich derer die Anfechtungsfrist bereits abgelaufen ist.

Ungeachtet der Verfristung ist die Kritik der Antragstellerin aber auch inhaltlich unberechtigt und die Referenzanforderung sehr wohl verhältnismäßig:

Die Antragstellerin begründet die vermeintliche Unverhältnismäßigkeit damit, dass nach der Ausschreibung lediglich 50 Stück in einem Zeitraum von 10 Jahre zu liefern seien, wohingegen die Referenzanforderungen die Lieferung von 150 Stück binnen 3 Jahren fordern.

Zur angesprochenen Stückzahl ist zunächst klarzustellen, dass die Ausschreibung die Lieferung von 50 Stück Dialysegeräten nur an einen einzigen Auftraggeber umfasst, nämlich die Antragsgegnerin, während die von der Antragstellerin kritisierte Referenzanforderung bloß insgesamt 150 Stück umfasst. Die Referenzanforderung kann also auch ohne weiteres dadurch erfüllt werden, dass der Bieter beispielsweise an 3 verschiedene Auftraggeber jeweils 50 Dialysegeräte geliefert hat. Eine derartige Anforderung, nämlich, dass eine Mehrzahl von Referenzaufträgen nachzuweisen ist, bei der jeweils ein mit den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbarer Leistungsumfang erbracht wurde, ist nicht nur üblich sondern zweifellos auch sachlich gerechtfertigt. Die durch Referenzen nachzuweisende Erfahrung bzw. Leistungsfähigkeit wird nämlich sicherlich nicht bereits dann ausreichend plausibel, wenn der Unternehmer in der Vergangenheit Leistungen nur im konkret ausgeschriebenen Umfang erbracht hat. Der Standpunkt der Antragstellerin liefe darauf hinaus, dass es nicht mehr zulässig wäre, eine Mehrzahl von Referenzen jeweils über die Erbringung von Leistungen mit vergleichbarem Leistungsumfang zu fordern, weil dies dann ja stets ein Vielfaches der konkret ausgeschriebenen Leistungen wäre.

Soweit die Antragstellerin es schließlich auf den Referenzzeitraum bezogen als überschießend erachtet, dass sich die Referenzanforderung auf einen Zeitraum von lediglich rund 3 Jahre bezieht, während hingegen ausschreibungsgegenständlich die Lieferung auch innerhalb von 10 Jahren vorgenommen werden kann, ignoriert die Antragstellerin den Inhalt der Ausschreibung: Es ist zwar richtig, dass die Rahmenvereinbarung auf die Dauer von 10 Jahre abgeschlossen wird; dies aber vor allem im Hinblick auf den Bedarf an Verbrauchsmaterial und Wartungsleistungen. Die angegeben Zahl von Dialysegeräten (50) betrifft den aktuellen Ausstattungsbedarf. Diese Zahl von Geräten soll keineswegs gleichmäßig über einen Zeitraum von 10 Jahren, sondern voraussichtlich bereits zu Beginn der Rahmenvereinbarung geliefert werden und damit die bestehenden Altgeräte im Sinn der angestrebten Vereinheitlichung ersetzen. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass eine Rücknahme der Altgeräte auch ausdrücklich Ausschreibungsgegenstand ist, sodass es insofern auch unverständlich ist, wenn die Antragstellerin davon ausgeht, dass die Neugeräte über die nächsten 10 Jahre verteilt geliefert werden.

5 . Angebliche Unkalkulierbarkeit der Leistung betreffend Installation der zentralen Säurekonzentratversorgung wegen angeblich unzureichender Leistungsbeschreibung, Auspreisung pro Behandlung und automatischem Übergang auf AG

Die Antragstellerin beanstandet weiters eine angebliche Unkalkulierbarkeit der Leistungen betreffend die Installation der zentralen Säurekonzentratversorgung wegen angeblich unzureichender Leistungsbeschreibung, wegen der vorgesehenen Auspreisung je Behandlung sowie im Hinblick auf den automatischen Übergang an den Auftraggeber. Diesen Ausführungen der Antragstellerin ist folgendes zu entgegen:

Zunächst ist festzuhalten, dass die Versorgung mit Säurekonzentrat für den Betrieb der ausgeschriebenen Dialysegeräte notwendig ist. Deshalb ist die Säurekonzentratversorgung auch in einer Mehrzahl von Dialysegeräten

über ein Kartuschensystem integriert. Die Integration im jeweiligen Dialysegerät ist für den Auftraggeber vor allem deshalb vorteilhaft, weil dadurch die Notwendigkeit einer zentralen Versorgung und somit insbesondere die dafür notwendigen baulichen Maßnahmen und Beeinträchtigungen (Beeinträchtigungen durch Betriebseinschränkungen während der baulichen Maßnahmen und zusätzlicher Platzbedarf für den Standort der zentralen Konzentratversorgungsanlage) entfallen. Es wäre demnach auch sachlich gerechtfertigt, wenn die Auftraggeberin von vornherein gefordert hätte, dass ausschließlich Dialysegeräte anzubieten sind, bei denen die Säurekonzentratversorgung integriert ist. Lediglich im Hinblick auf einen breiteren Wettbewerb hat es die Auftraggeberin zugelassen, auch solche Dialysegeräte anzubieten, die über keine integrierte Säurekonzentratversorgung verfügen. Um aber auch in diesem Fall die für den Betrieb der Geräte notwendige Säurekonzentratversorgung und somit eine vergleichbare Leistung (gegenüber Geräten mit integrierter Versorgung) sicherzustellen, ist von solchen Bietern gemäß Leistungsverzeichnis folgendermaßen eine zentrale Säurekonzentratversorgung anzubieten:

„Jene Bieter, bei denen die Säurekonzentratversorgung nicht unmittelbar über ein Kartuschensystem am Dialysegerät erfolgt, haben pro xxx Haus (xxx, xxx, xxx) eine zentrale Säurekonzentratversorgung mit Mischsystem (2 unterschiedliche Konzentrate mit jeweils zwei Vorratsbehältern) anzubieten und zu installieren.“ „Jene Bieter, bei denen die Säurekonzentratversorgung nicht, unmittelbar über ein Kartuschensystem am Dialysegerät erfolgt, haben pro xxx Haus (xxx, xxx, xxx) eine zentrale, Säurekonzentratversorgung mit Mischsystem (2 unterschiedliche, Konzentrate mit jeweils zwei Vorratsbehältern) anzubieten und zu, installieren.“

Sämtliche von der Antragstellerin vorgetragenen Beanstandungen betreffend eine angebliche Unkalkulierbarkeit der Leistung hinsichtlich der zentralen Säurekonzentratversorgung sind schon allein deshalb zurückzuweisen, weil es der Antragstellerin und auch allen anderen Bietern unbenommen bleibt, diese zentrale Säurekonzentratversorgung nicht anzubieten, sondern stattdessen die ohnedies hinsichtlich Umbaumaßnahmen und Platzbedarf vorteilhaftere Lösung, nämlich Dialysegeräte, in denen die Säurekonzentratversorgung bereits integriert ist. Die vermeintliche Unkalkulierbarkeit ist bestenfalls auf die individuelle Situation des Bieters und nicht auf die Ausschreibung zurückzuführen. Der Umstand, dass es die Auftraggeberin auch solchen Bietern ermöglicht, ein Angebot zu legen, die individuell nicht in der Lage oder gewillt sind, Geräte mit integrierter Säurekonzentratversorgung anzubieten, begründet jedenfalls keine Rechtswidrigkeit der Ausschreibung.

Ungeachtet dessen ist auf die weiteren Vorhalte in diesem Zusammenhang folgendermaßen einzugehen:

Die Antragstellerin moniert zunächst, dass die Leistungsbeschreibung hinsichtlich der zentralen Säurekonzentratversorgung im Wesentlichen deshalb unzureichend sei, weil es ihr nicht zumutbar sei, sich über die örtlichen Gegebenheiten zu informieren. Hierzu ist festzuhalten, dass die Auftraggeberin - soweit vorhanden - entsprechende Bestandsunterlagen zur Verfügung gestellt hat. Da die Auftraggeberin auch nicht beurteilen kann, welche konkreten Maßnahmen vor Ort für die jeweils vom Bieter vorgesehene Säurekonzentratanlage erforderlich sind, wäre es Aufgabe des Bieters sich insbesondere durch eine Ortsbesichtigung entsprechend zu informieren. Soweit die Antragstellerin selbst das als unzumutbar erachtet, ist anzumerken, dass eine Ortsbesichtigung im Zuge der Angebotslegung nicht nur üblich, sondern auch gesetzlich ausdrücklich vorgesehen sind (siehe § 71 Abs 7 BVergG). Im Übrigen würden weitergehende Bestandserhebungen - dies insbesondere ohne genauere Kenntnis der von den jeweiligen Bietern vorgesehenen Anlagen - für die Auftraggeberin einen erheblichen zusätzlichen Aufwand verursachen, wobei dieser Aufwand lediglich im Hinblick auf einen eingeschränkten Bieterkreis anfallen würde, nämlich jene Bieter die (a) nicht Dialysegeräte mit integrierter Säurekonzentratversorgung anbieten können oder wollen und (b) sich den Aufwand für eine Ortsbesichtigung ersparen wollen. Im Ergebnis hätte dies eine Ungleichbehandlung zu Lasten jener Bieter zur Folge, bei denen solche Erhebungen nicht notwendig sind, weil diese ohnehin Geräte mit integrierter Säurekonzentratversorgung anbieten oder selbst die für sie relevanten Erhebungen durchführen. Die Antragstellerin moniert zunächst, dass die Leistungsbeschreibung hinsichtlich der zentralen Säurekonzentratversorgung im Wesentlichen deshalb unzureichend sei, weil es ihr nicht zumutbar sei, sich über die örtlichen Gegebenheiten zu informieren. Hierzu ist festzuhalten, dass die Auftraggeberin - soweit vorhanden -

entsprechende Bestandsunterlagen zur Verfügung gestellt hat. Da die Auftraggeberin auch nicht beurteilen kann, welche konkreten Maßnahmen vor Ort für die jeweils vom Bieter vorgesehene Säurekonzentratanlage erforderlich sind, wäre es Aufgabe des Bieters sich insbesondere durch eine Ortsbesichtigung entsprechend zu informieren. Soweit die Antragstellerin selbst das als unzumutbar erachtet, ist anzumerken, dass eine Ortsbesichtigung im Zuge der Angebotslegung nicht nur üblich, sondern auch gesetzlich ausdrücklich vorgesehen sind (siehe Paragraph 71, Absatz 7, BVergG). Im Übrigen würden weitergehende Bestandserhebungen - dies insbesondere ohne genauere Kenntnis der von den jeweiligen Bietern vorgesehenen Anlagen - für die Auftraggeberin einen erheblichen zusätzlichen Aufwand verursachen, wobei dieser Aufwand lediglich im Hinblick auf einen eingeschränkten Bieterkreis anfallen würde, nämlich jene Bieter die (a) nicht Dialysegeräte mit integrierter Säurekonzentratversorgung anbieten können oder wollen und (b) sich den Aufwand für eine Ortsbesichtigung ersparen wollen. Im Ergebnis hätte dies eine Ungleichbehandlung zu Lasten jener Bieter zur Folge, bei denen solche Erhebungen nicht notwendig sind, weil diese ohnehin Geräte mit integrierter Säurekonzentratversorgung anbieten oder selbst die für sie relevanten Erhebungen durchführen.

Die Antragstellerin kritisiert weiters, dass hinsichtlich der zentralen Säurekonzentratversorgung eine Vergütung je Behandlung erfolge bzw die Kosten je Behandlung zu kalkulieren seien. Die Antragstellerin erachtet dies deshalb als unkalkulierbar, weil sich die Auftraggeberin weder hinsichtlich der Anzahl der Dialysegeräte noch hinsichtlich der Anzahl der Dialysebehandlungen gebunden habe. Auch dieser Vorhalt ist unberechtigt. Zunächst ist unverständlich, was die Anzahl der Dialysegeräte mit der Vergütung der zentralen Säurekonzentratversorgung zu tun haben soll. Die Antragstellerin führt ja selbst aus, dass die Vergütung je Behandlung und nicht etwa je Dialysegerät erfolgt. Aber auch hinsichtlich der Anzahl der Behandlungen sind die Ausführungen der Antragstellerin unzutreffend. In der Ausschreibung ist nämlich ausdrücklich festgelegt und von der Antragstellerin sogar selbst zitiert, dass die Kalkulationsbasis 240.000 Behandlungen sind. Das bedeutet, dass der Bieter grundsätzlich zumindest von dieser Anzahl von Behandlungen auszugehen hat. Selbst wenn ein Bieter Zweifel daran haben sollte, ob er eine Vergütung für diese Anzahl von Behandlungen erhält, bleibt es diesem immer noch unbenommen, das vermeintliche Kalkulationsrisiko dadurch zu vermeiden, dass er eben keine zentrale Säurekonzentratanlage, sondern Dialysegeräte mit integrierter Säurekonzentratversorgung anbietet.

Aus denselben Gründen ist auch die Kritik der Antragstellerin, wonach die Säurekonzentratanlage nach Ablauf der Rahmenvereinbarung in das Eigentum des Auftraggebers übergeht, unberechtigt. Von einer Unkalkulierbarkeit kann schon allein deshalb keine Rede sein, weil gemäß Ausschreibung von 240.000 Behandlungen auszugehen ist und der Bieter die Kosten der Anlage eben in diese Anzahl der Behandlungen ohne weiteres einrechnen oder aber von vornherein Dialysegeräte mit integrierter Säurekonzentratversorgung anbieten kann.

6 . Unterlage „Inbetriebnahme Einweisung Schulungsanforderungen“ - Unkalkulierbarkeit der Leistungen wegen Auspreisung pro Behandlung.

Die Beanstandungen der Antragstellerin hinsichtlich der vorzunehmenden Inbetriebnahme, Einweisung und Schulung sind schon allein deshalb unverständlich, weil sie zunächst ausführt, dass eine „Unkalkulierbarkeit der Leistungen wegen Auspreisung pro Behandlung“ vorliege. Es ist nämlich völlig unverständlich, woraus sich ergeben soll, dass die Inbetriebnahme, Einweisung und Schulung „pro Behandlung“ auszupreisen ist. Derartiges ist in der Ausschreibung schlicht nicht vorgesehen. Zudem führt die Antragstellerin dann aber im weiteren Text richtiger Weise selbst aus, dass die entsprechenden Kosten hierfür in den Preisen der Dialysegeräte enthalten sein müssen. Warum dies unkalkulierbar sein soll, entzieht sich dem Verständnis der Auftraggeberin. Die angesprochenen Kosten für Inbetriebnahme, Einweisung und Schulung fallen ja auch nur dann an, wenn Geräte geliefert werden. Werden keine Geräte geliefert, kann auch keine Inbetriebnahme oder Einweisung bzw Schulung erfolgen.

7. Rechtswidriges Zuschlagskriterium Preis wegen fehlerhafter Zusammensetzung des Bewertungspreises

Die Antragstellerin zitiert Punkt 4.1.1 der Ausschreibungsunterlagen, wonach der Rücknahmepreis für alle Bestandsgeräte dem bewertungsrelevanten Gesamtpreis hinzugerechnet werde. Sie meint; dass deshalb preissenkende Positionen, nämlich Rücknahmepreise zu einer Erhöhung des Gesamtpreises führen würden und sohin die Zuschlagskriterien nicht geeignet seien, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln.

Diese Darstellungen sind nicht nur grob falsch, sondern legen auch den Verdacht nahe, dass es der Antragstellerin primär nicht darum geht, die Berichtigung einer vermeintlich rechtswidrigen Ausschreibung zu

erreichen, sondern vielmehr darum, eine Ausschreibung möglichst lange durch einen Nachprüfungsantrag zu verzögern oder zu verhindern:

Ein Rücknahmepreis ist ein Preis, den nicht der Auftraggeber bezahlt, sondern der Bieter (im Fall der Rücknahme der Altgeräte). Dementsprechend wäre ein Rücknahmepreis - sofern dieser angeboten wird - mit negativem Vorzeichen anzubieten. Die Addition eines mit negativem Vorzeichen versehenen Rücknahmepreises zum Gesamtpreis führt aber - entgegen den Ausführungen der Antragstellerin - nicht zu einer Erhöhung sondern zu einer Verringerung des Gesamtpreises.

Selbst für den unwahrscheinlichen Fall, dass die Antragstellerin diesen Sachverhalt nicht ohnehin selbst erkannt haben sollte, wäre es sehr einfach gewesen, dies im Rahmen einer Fragenbeantwortung aufzuklären. Der Umstand, dass die Antragstellerin stattdessen den Weg eines kosten- und zeitintensiven Nachprüfungsverfahrens gewählt hat, nährt den bereits angesprochenen Verdacht, dass die Antragstellerin schlicht eine Ausschreibung verhindern oder verzögern will.

8. Zuschlagskriterium - Medizinische Bewertung

Die Antragstellerin kritisiert schließlich das in der Ausschreibung vorgesehene Zuschlagskriterium „Medizinische Bewertung“ mit den Subkriterien Gerätehandling, Behandlungs- und Therapieoptionen, Alarmhandling und Notfallmanagement, Notfallkonzept, Desinfektion und Geräteaufbereitung. Nach Ansicht der Antragstellerin sei nicht festgelegt, was die Bewertungsgrundlage bilde (etwa was unter „Notfallkonzept“, „Gerätehandling“ zu verstehen sei) und nicht geregelt sei, unter welchem Umständen welche Note (bestens / gut / ausreichend) erfüllt wird.

Zunächst ist festzuhalten, dass insbesondere auch solche auf die Leistung bezogenen Aspekte im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet werden können, die keiner eindeutig physikalisch messbaren Bewertungsmethode zugeführt werden können. Art 67 Abs 2 lit a) der RL 2014/24/EU zählt nämlich als mögliche Zuschlagskriterien unter anderem „Ästhetik“ und „Design“ auf. Bei der derartigen Kriterien ist es schlicht nicht möglich, im Vorhinein zu bestimmen, unter welchen genauen Voraussetzungen ein exakt definiertes Bewertungsergebnis erzielt wird. Dementsprechend ergibt sich auch aus der vergaberechtlichen Rechtsprechung, dass derartige „subjektive Zuschlagskriterien“ grundsätzlich zulässig sind. Es muss bei diesen Kriterien - neben der Auftragsbezogenheit - im Wesentlichen nur gewährleistet sein, dass sie keine messbaren Aspekte umfassen und zumindest „abschätzbar“ ist, wie sich eine Angebotsänderung auf die Bewertung auswirkt (siehe in diesem Sinn etwa VwGH 22.4.2009, 2007/04/0065). Abschätzbar kann aber eben nicht bedeuten, dass für den Bieter von vornherein das Bewertungsergebnis exakt bestimmbar ist. Dies wird umso mehr durch die bereits erwähnten exemplarischen Zuschlagskriterien der RL 2014/24/EU untermauert, bei denen es völlig ausgeschlossen ist, bereits im Vorhinein das Bewertungsergebnis an Hand der Ausschreibungsfestlegungen genau zu bestimmen. Vielmehr ist hier notwendiger Weise von einem Beurteilungsspielraum erst im Zuge der Angebotsbewertung auszugehen, wobei dieser Spielraum in der Praxis zur Verwirklichung der vergaberechtlichen Grundsätze durch eine Bewertungskommission nach einer in der Ausschreibung näher definiert Punktbewertungsmethode ausgeübt wird. Zunächst ist festzuhalten, dass insbesondere auch solche auf die Leistung bezogenen Aspekte im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet werden können, die keiner eindeutig physikalisch messbaren Bewertungsmethode zugeführt werden können. Artikel 67, Absatz 2, Litera a,) der RL 2014/24/EU zählt nämlich als mögliche Zuschlagskriterien unter anderem „Ästhetik“ und „Design“ auf. Bei der derartigen Kriterien ist es schlicht nicht möglich, im Vorhinein zu bestimmen, unter welchen genauen Voraussetzungen ein exakt definiertes Bewertungsergebnis erzielt wird. Dementsprechend ergibt sich auch aus der vergaberechtlichen Rechtsprechung, dass derartige „subjektive Zuschlagskriterien“ grundsätzlich zulässig sind. Es muss bei diesen Kriterien - neben der Auftragsbezogenheit - im Wesentlichen nur gewährleistet sein, dass sie keine messbaren Aspekte umfassen und zumindest „abschätzbar“ ist, wie sich eine Angebotsänderung auf die Bewertung auswirkt (siehe in diesem Sinn etwa VwGH 22.4.2009, 2007/04/0065). Abschätzbar kann aber eben nicht bedeuten, dass für den Bieter von vornherein das Bewertungsergebnis exakt bestimmbar ist. Dies wird umso mehr durch die bereits erwähnten exemplarischen Zuschlagskriterien der RL 2014/24/EU untermauert, bei denen es völlig ausgeschlossen ist, bereits im Vorhinein das Bewertungsergebnis an Hand der Ausschreibungsfestlegungen genau zu bestimmen. Vielmehr ist hier notwendiger Weise von einem Beurteilungsspielraum erst im Zuge der Angebotsbewertung auszugehen, wobei dieser Spielraum in der Praxis zur Verwirklichung der vergaberechtlichen Grundsätze durch eine Bewertungskommission nach einer in der Ausschreibung näher definiert Punktbewertungsmethode ausgeübt wird.

Die Auftraggeberin hat in der Ausschreibung hinsichtlich der kritisierten Kriterien eine Bewertung eben durch eine solche Kommission bestehend aus zumindest 4 Mitgliedern festgelegt, wobei die Kommissionsmitglieder jeweils gemeinsam die Noten „bestens“, „gut“ oder „ausreichend“ samt verbaler Begründung vergeben, woraus sich dann die jeweils in der Ausschreibung vorgesehenen Punktebewertungsergebnisse ableiten.

Der Umstand, dass weder die Antragstellerin noch die Auftraggeberin oder andere Bieter schon jetzt exakt die von der Kommission vorzunehmende Bewertung vorherbestimmen können, liegt in der Natur der gegenständlichen subjektiven Zuschlagskriterien, die - wie schon ausgeführt - eben gerade nicht nach physikalisch messbaren Methoden bewertbar sind.

Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin sind die festgelegten Zuschlagskriterien sehr wohl insofern ausreichend bestimmt, als zumindest abgeschätzt werden kann, welche Eigenschaften der angebotenen Leistungen tendenziell zu einer besser oder schlechteren Bewertung führen. In diesem Zusammenhang ist zunächst anzumerken, dass die Antragstellerin offenbar aus verfahrenstaktischen Gründen - nämlich um die gesamte Ausschreibung zu vernichten - vorgibt, sie hätte die Zuschlagskriterien nicht verstanden. Dieser Maßstab ist aber für die Beurteilung der gegenständlichen Kriterien nicht relevant, weil Ausschreibungsunterlagen nicht nach dem Verständnis einzelner Bieter, sondern stets aus dem Blickwinkel eines durchschnittlich fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (siehe zB VwGH 18. 3. 2015, Ra 2015/04/0017) auszulegen sind und daher auf angebliche individuelle Verständnisprobleme der Antragstellerin keine Rücksicht zu nehmen ist. In diesem Sinn ist zu den einzelnen Subkriterien folgendes auszuführen:

Handling:

Soweit die Antragstellerin ausführt, sie verstehe nicht was unter „Handling“ zu verstehen sei, handelt es sich dabei lediglich um ein subjektives Unvermögen. Für jeden durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (siehe zB VwGH 18. 3. 2015, Ra 2015/04/0017) muss klar sein, dass es beim Handling um die Handhabung der angebotenen Geräte geht und dementsprechend eine bessere Bewertung dann zu erwarten ist, wenn sich diese Handhabung aus Sicht des jeweiligen Bewerbers komfortabler erweist. Aus der Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters wäre es gewiss widersinnig, wenn eine besonders komplizierte Handhabung der Geräte zu einer besseren Bewertung führt.

Notfallkonzept:

Wenn für die Antragstellerin überdies unklar ist, was unter „Notfallkonzept“ zu verstehen ist, hat die Antragstellerin die Ausschreibung nicht studiert. In Punkt 5 des Leistungsverzeichnisses sind die Inhalte des Notfallkonzepts festgelegt und auch klargestellt, dass damit schlüssig darzustellen ist, wie die Versorgung der Auftraggeberin jederzeit gewährleistet werden kann. Damit sollte gleichermaßen - zumindest für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter - verständlich sein, dass schlüssige Notfallkonzepte, die eher eine jederzeitige Versorgung der Auftraggeberin erwarten lassen, tendenziell besser bewertet werden, als Notfallkonzepte bei denen das nicht zutrifft.

Desinfektion und Geräteaufbereitung:

Gleiches gilt hinsichtlich des Kriteriums „Desinfektion und Geräteaufbereitung“. Auch bei diesem Kriterium ist aus der Sicht eines fachkundigen Bieters einleuchtend, dass eine bessere Bewertung dann zu erwarten ist, wenn sich die Desinfektion und Aufbereitung der Geräte einfacher gestaltet. Auch bei diesem Kriterium ist es nicht möglich, eine Bewertung nach rein physikalisch messbaren Parametern vorzunehmen, weil die Desinfektion und Geräteaufbereitung von einer Vielzahl von Faktoren abhängt, wie etwa der Oberflächenbeschaffenheit und der Zugänglichkeit der Geräteteile.

Alarmhandling und Notfallmanagement:

Zum Kriterium „Alarmhandling und Notfallmanagement“ ist anzumerken, dass die anzubietenden Geräte in verschiedenen Situationen einen Alarm auslösen bzw Notfallmaßnahmen einleiten. Im Hinblick darauf, dass im Leistungsverzeichnis die verschiedenen Alarmzustände (zB Konzentratmangel, Wassermangel etc) als Mindestanforderung definiert sind, muss für einen verständigen Bieter klar sein, dass eben nicht die Erfüllung solcher Mindestanforderungen bewertet wird, sondern auch in diesem Zusammenhang eine tendenziell bessere Bewertung

naturgemäß nur dann zu erwarten ist, wenn die vom Benutzer vorzunehmenden Einstellungen einfacher vorgenommen werden können und diese dann dementsprechend auch die jeweilige Alarm- bzw. Notfallsituation möglichst sicher wahrnehmen.

Behandlungs- und Therapieoptionen:

Hinsichtlich des Kriteriums „Behandlungs- und Therapieoptionen“ gilt ebenfalls, dass sich bestimmte Behandlungen und Therapien bereits aus dem Leistungsverzeichnis ergeben, sodass eine bessere Bewertung nur dann zu erwarten ist, wenn die angebotenen Geräte darüber hinausgehende und aus der Sicht des Bewerbers praxisrelevante bzw. tatsächlich nutzbare Behandlungs- und Therapieoptionen vorsehen. Abgesehen davon, dass dies für einen verständigen Bieter erkennbar sein sollte, wurde auch im Zuge einer Fragenbeantwortung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nicht nur die Anzahl sondern auch die Praxistauglichkeit und Nutzbarkeit der Behandlungs- und Therapieoptionen beurteilt wird.“

Mit Schriftsatz vom 13. Juli 2020 ist die Antragstellerin mit rechtlichen Ausführungen der Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 03. Juli 2020 entgegengetreten.

Am 16. Juli 2020 fand am Sitz des Landesverwaltungsgerichts Kärnten eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an welcher die Vertreter und Rechtsvertreter der Verfahrensparteien teilgenommen haben.

Der Rechtsvertreter der Antragsgegnerin hielt ergänzend fest, dass derzeit 50 Dialysegeräte im Einsatz seien, welche aufgrund der Beschaffung durch die gegenständliche Rahmenvereinbarung ersetzt werden sollen. Es sei, wie in der Ausschreibung ausgeführt, beabsichtigt, ca. 50 Dialysegeräte am Beginn der Rahmenvereinbarung anzuschaffen. Wirtschaftlich von enormer Bedeutung sei auch das Verbrauchsmaterial und soll das Verbrauchsmaterial vom Anbieter geliefert werden. Da grundsätzlich Dialysegeräte aufgrund der Erfahrung der Antragsgegnerin zumindest 10 Jahre im Einsatz seien, sei auch die gegenständliche Rahmenvereinbarung auf 10 Jahre ausgelegt und damit auch eine Sicherheit hinsichtlich des Verbrauchsmaterials gegeben, insbesondere, dass das Verbrauchsmaterial zu wirtschaftlich vernünftigen Konditionen bezogen werden könne.

Zum Argument der Antragstellerin, dass dadurch eine Marktabstottung stattefinde, sei aus Sicht der Antragsgegnerin nicht zutreffend. Die Argumente der Antragstellerin würden auch bei einem Rahmenvertrag gegeben sein.

Der Rechtsvertreter der Antragstellerin hielt hierzu fest, dass sich aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ergebe, dass die Geräte am Beginn der Laufzeit tatsächlich angeschafft würden. In der Ausschreibung werde lediglich ausgeführt, dass die Geräte in diesem Zeitraum angeschafft werden sollen, ohne dass sich der Auftraggeber dazu verpflichtet habe. Weiters sei in der Ausschreibung keine Mindestmenge angegeben, auch könne der Auftraggeber sein Ziel über einen Rahmenvertrag erreichen.

Der Vertreter der Antragsgegnerin brachte zur Nutzungsdauer der Geräte vor, dass die Abschreibungsdauer für die Dialysegeräte mit 96 Monaten festgelegt sei.

Der Rechtsvertreter der Antragsgegnerin brachte darüber hinaus ergänzend vor, dass es zutreffend sei, dass im Ausschreibungstext das Wort „maximal“ nicht vorkomme. Hinsichtlich der Ausführungen der Antragstellerin, dass sich die Rechtslage, welche Grundlage der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 19.12.2018 gewesen sei, nicht geändert habe, werde festgehalten, dass dies nicht stimme. Der Europäische Gerichtshof habe sich in seiner Entscheidung auf die Richtlinie aus dem Jahr 2004 berufen, insbesondere auf den Anhang VII Teil A Nr. 6 lit. c.. In dieser Bestimmung sei ausgeführt, dass ein Gesamtwert anzugeben sei. Dies habe sich durch die nun anzuwendende Richtlinie aus dem Jahr 2014 geändert. Im Anhang V Teil C Z 10 lit. a sei Folgendes ausgeführt: „ ... soweit möglich, die Angabe des Werts oder der Größenordnung vorzunehmen ist.“ Der Rechtsvertreter der Antragsgegnerin brachte darüber hinaus ergänzend vor, dass es zutreffend sei, dass im Ausschreibungstext das Wort „maximal“ nicht vorkomme. Hinsichtlich der Ausführungen der Antragstellerin, dass sich die Rechtslage, welche Grundlage der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 19.12.2018 gewesen sei, nicht geändert habe, werde festgehalten, dass dies nicht stimme. Der Europäische Gerichtshof habe sich in seiner Entscheidung auf die Richtlinie aus dem Jahr 2004 berufen, insbesondere auf den Anhang römisch sieben Teil A Nr. 6 lit. c.. In dieser Bestimmung sei ausgeführt, dass ein Gesamtwert anzugeben sei. Dies habe sich durch die nun anzuwendende Richtlinie aus dem Jahr 2014 geändert. Im Anhang römisch fünf Teil C Ziffer 10, Litera a, sei Folgendes ausgeführt: „ ... soweit möglich, die Angabe des Werts oder der Größenordnung vorzunehmen ist.“

Hinsichtlich der von der Antragstellerin zitierten Judikatur aus anderen Ländern sei anzumerken, dass andere Länder bereits erkannt hätten, dass die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes hinsichtlich der nun anzuwendenden Richtlinie aus dem Jahr 2014 nicht anzuwenden sei, so z.B. die Entscheidung der Vergabekammer des Bundes vom 19.07.2019.

Der Rechtsvertreter der Antragstellerin replizierte diesbezüglich, dass es einen Unterschied zwischen „Wert und Menge“ gebe und weiter aus § 31 Abs. 7 BVergG hervorgehe, dass eine Angabe der Höchstmengen erforderlich sei, wobei das Wort „gegebenenfalls“ nach der Literatur und Judikatur so zu interpretieren sei, dass eine Angabe der Höchstmengen eben erforderlich sei. Die Ausführungen vom Auftraggeber, wonach maximal 50 Dialysegeräte beschafft werden sollten, widerspreche ausdrücklich der Festlegung in Punkt 1.3.1, viertletzter Absatz, der Ausschreibungsunterlagen. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin replizierte diesbezüglich, dass es einen Unterschied zwischen „Wert und Menge“ gebe und weiter aus Paragraph 31, Absatz 7, BVergG hervorgehe, dass eine Angabe der Höchstmengen erforderlich sei, wobei das Wort „gegebenenfalls“ nach der Literatur und Judikatur so zu interpretieren sei, dass eine Angabe der Höchstmengen eben erforderlich sei. Die Ausführungen vom Auftraggeber, wonach maximal 50 Dialysegeräte beschafft werden sollten, widerspreche ausdrücklich der Festlegung in Punkt 1.3.1, viertletzter Absatz, der Ausschreibungsunterlagen.

Hinsichtlich des Zuschlagskriteriums „Preis“ führte der Rechtsvertreter der Antragsgegnerin aus, dass die Bieter auch einen Rücknahmepreis für die bestehenden Altgeräte anbieten könnten. Die Ausschreibung sei so zu verstehen, dass ein Bieter, wenn er die bestehenden Geräte übernimmt und diese dann weiterverwertet werden können, er diesen Betrag als Abzugsposten geltend machen könne. Wenn der Fall eintreten sollte, dass für einen Bieter Kosten für die Entsorgung entstehen sollten, so könne er dies in den Preis der Geräte einrechnen, dies sei rein theoretisch, da die Geräte jedenfalls verwertbar seien. Aus der Ausschreibung ergebe sich, dass der Bieter die Bestandsgeräte übernehmen müsse.

Der Rechtsvertreter der Antragstellerin hielt hierzu fest, dass hinsichtlich der Kalkulation der Rücknahmekosten eine Umlegung dieses Postens auf den Preis unzulässig sei und darüber hinaus gerade bei der vom Auftraggeber angedachten Vorgangsweise nicht gesichert sei, dass der Bieter die ihm entsprechenden Kosten auch tatsächlich entgolten erhalte, weil der Auftraggeber nicht verpflichtet sei, die Dialysegeräte abzurufen.

Der Rechtsvertreter der Antragsgegnerin hielt hierzu fest, dass es beabsichtigt sei, bei Anschaffung der neuen Geräte auch eine Rücknahme durch den Bieter vorzunehmen. Eine Übernahme von Bestandsgeräten ohne Austausch sei nicht beabsichtigt.

In den Schlussworten hielten die Parteien ihre schriftlich gestellten Anträge aufrecht.

Das Landesverwaltungsgericht Kärnten hat wie folgt erwogen:

Sachverhalt:

Die Antragsgegnerin hat gegenständlich ein EU-weites Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich im Rahmen eines offenen Verfahrens betreffend den Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Lieferung von Dialysegeräten eingeleitet. Die Veröffentlichung der Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union erfolgte am 04.05.2020 und war hierbei das Ende der Angebotsfrist mit 09.06.2020, 10:00 Uhr, festgehalten.

Mit Bekanntmachung vom 19.05.2020 wurde die Angebotsfrist auf 16.06.2020, 10:30 Uhr geändert, und mit Bekanntmachung vom 28.05.2020 wurde das Ende der Angebotsfrist mit 22.06.2020, 10:30 Uhr, bekanntgegeben.

Es handelt sich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer.

Der Abschluss der Rahmenvereinbarung soll aufgrund des Bestbieterprinzips erfolgen.

Das gegenständliche Vergabeverfahren bezweckt den Abschluss einer Rahmenvereinbarung für 120 Monate mit einem einzigen Unternehmer mit der Möglichkeit auf zweimalige Verlängerung um jeweils 12 Monate.

In der Ausschreibung ist festgehalten, dass die Auftraggeberin bestrebt sei, durch eine langjährige Rahmenvereinbarung die Versorgungssicherheit mit typengleichen Dialysegeräten sowie den dafür notwendigen Verbrauchsmaterialien langfristig sicherzustellen.

Der Bedarf wurde in den Ausschreibungsunterlagen mit voraussichtlich 50 Dialysegeräten als einmalige Anschaffung in den ersten zwei Jahren, sowie ca. 30.000 Behandlungen pro Jahr geschätzt. Die geschätzte Anzahl der gegebenenfalls für den Betrieb der Dialysegeräte benötigten zentralen Konzentrationsversorgungs- anlage beläuft sich auf drei Stück. Im Leistungsumfang aller anzubietenden Geräte sowie deren Zubehör ist deren Lieferung, Einbringung, Aufstellung, Montage und Inbetriebnahme enthalten. Die Anzahl der Geräte sowie der Dialysebehandlungen wurde von der Auftraggeberin aufgrund der aktuellen Bedarfssituation geschätzt. Die Antragsgegnerin hält in der Ausschreibung fest, dass zu erwarten ist, dass der Bedarf an Dialysegeräten für die nächsten Jahre bzw. während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung gleichbleibend sein wird. Die Antragsgegnerin behält sich in der Ausschreibung vor, während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung noch weitere Geräte sowie eine höhere Anzahl des Verbrauchsmaterials als ursprünglich angenommen zur Deckung ihres Bedarfs vom Auftragnehmer zu beziehen. In der Ausschreibung ist auch festgehalten, dass die tatsächlich bestellten Mengen von diesen im Preisblatt/Leistungsverzeichnis angegebenen geschätzten Mengen abweichen können.

In Punkt 4.1.1. der Ausschreibungsunterlagen ist hinsichtlich des Zuschlagskriteriums Preis (Gewichtung von 60 %) festgehalten, dass sich der Gesamtpreis aus den im xxx eingetragenen und bewerteten Bieterpreisen zusammensetzt und mit folgender Formel berechnet wird:

Normalpositionen lt. xxx – Preisblatt

- + (Position Verbrauchsmaterial pro Behandlung x 300000 Behandlungen gesamt in 10 Jahren)
- + 25 Einheiten von Instandhaltung für Dialysegeräte lt. Vollwartungsvertrag Variante 1, entsprechend Beilage: „Angaben zur Instandhaltung“
- + 25 Einheiten von Instandhaltung für Dialysegeräte lt. Vollwartungsvertrag Variante 2, entsprechend Beilage: „Angaben zur Instandhaltung“
- + 1,5 Einheiten von Instandhaltung für Säurekonzentratversorgungsanlagen lt. Vollwartungsvertrag Variante 1, entsprechend Beilage: „Angaben zur Instandhaltung“
- + 1,5 Einheiten von Instandhaltung für Säurekonzentratversorgungsanlagen lt. Vollwartungsvertrag Variante 2, entsprechend Beilage: „Angaben zur Instandhaltung“
- + Rücknahmepreis für alle Bestandsgeräte entsprechend Aufstellung

Aus den Ausschreibungsunterlagen geht hervor, dass der Bieter pro Gerät einen Rücknahmepreis anbieten kann, jedoch mindestens eine kostenlose Rücknahme/Entsorgung der Altgeräte gewährleisten muss.

Beweiswürdigung:

Die gegenständlichen Feststellungen stützen sich auf den vorgelegten Vergabeakt, das schriftliche Vorbringen der Parteien sowie das Parteivorbringen im Zuge der am 16.07.2020 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung.

Der entscheidungsrelevante Sachverhalt konnte im Zuge des Vergabeverfahrens vollständig ermittelt werden, sodass daher die Aufnahme weiterer Beweise unterbleiben konnte bzw. ist darauf zu verweisen, dass die entscheidungsrelevanten Feststellungen dem Grunde nach unstrittig sind.

Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 1 K-VergRG 2018 regelt das K-VergRG 2018 die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen, die gem. Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fallen. Gemäß Paragraph eins, K-VergRG 2018 regelt das K-VergRG 2018 die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen, die gem. Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fallen.

Gemäß 6 Abs. 2 K-VergRG 2018 ist das Landesverwaltungsgericht Kärnten bis zur Zuschlagserteilung bzw. zur Widerrufserklärung eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbaren Entscheidungen der Auftraggeberin im Rahmen der von Antragstellerin innerhalb der Antragsfristen geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Gemäß 6 Absatz 2, K-VergRG 2018 ist das Landesverwaltungsgericht Kärnten bis zur

Zuschlagserteilung bzw. zur Widerrufserklärung eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigenerklärung gesondert anfechtbaren Entscheidungen der Auftraggeberin im Rahmen der von Antragstellerin innerhalb der Antragsfristen geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Die Antragsgegnerin ist unzweifelhaft eine öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4

BVergG 2018, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes Kärnten fällt, weshalb das Landesverwaltungsgericht Kärnten zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig ist. Die Antragsgegnerin ist unzweifelhaft eine öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 4, , BVergG 2018, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes Kärnten fällt, weshalb das Landesverwaltungsgericht Kärnten zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig ist.

Gemäß § 14 Abs. 1 K-VergRG 2018 können nur gesondert anfechtbare Entscheidung Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein. Gemäß Paragraph 14, Absatz eins, K-VergRG 2018 können nur gesondert anfechtbare Entscheidung Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein.

Angefochten wird die mit Aufforderung zur Angebotsabgabe zur Verfügung gestellte Ausschreibung der Auftraggeberin in eventu einzelne Feststellungen der Auftraggeberin in der Ausschreibung.

Gemäß § 2 Z 15 lit. a sub. lit. aa) BVergG 2018 ist beim offenen Verfahren unter anderem die Ausschreibung als gesondert anfechtbare Entscheidung festgelegt, sodass im Gegenstand auch diese Voraussetzung erfüllt ist. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a, sub. lit. aa) BVergG 2018 ist beim offenen Verfahren unter anderem die Ausschreibung als gesondert anfechtbare Entscheidung festgelegt, sodass im Gegenstand auch diese Voraussetzung erfüllt ist.

Gemäß § 15 Abs. 3 K-VergRG 2018 sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Gegenständlich endete die Angebotsfrist ursprünglich am 09.06.2020 um 10:00 Uhr und wurde dieses Ende der Angebotsfrist nach mehrmaligen Änderungen schlussendlich mit dem 22.06.2020, 10:30 Uhr, festgesetzt. Aufgrund des Umstandes, dass zum Zeitpunkt der Änderungen der Angebotsfrist die gegenständliche Ausschreibung noch nicht bestandfest geworden ist, war der am 12.06.2020 (10 Tage vor Ende der Angebotsfrist) eingebrachte Nachprüfungsantrag rechtzeitig. Darüber hinaus erfüllt der gegenständliche Nachprüfungsantrag auch sämtliche in § 16 K-VergRG 2018 normierten Voraussetzungen und wurde seitens der Antragstellerin auch ein Nachweis über die Entrichtung der Pauschalgebühr vorgelegt. Gemäß Paragraph 15, Absatz 3, K-VergRG 2018 sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Gegenständlich endete die Angebotsfrist ursprünglich am 09.06.2020 um 10:00 Uhr und wurde dieses Ende der Angebotsfrist nach mehrmaligen Änderungen schlussendlich mit dem 22.06.2020, 10:30 Uhr, festgesetzt. Aufgrund des Umstandes, dass zum Zeitpunkt der Änderungen der Angebotsfrist die gegenständliche Ausschreibung noch nicht bestandfest geworden ist, war der am 12.06.2020 (10 Tage vor Ende der Angebotsfrist) eingebrachte Nachprüfungsantrag rechtzeitig. Darüber hinaus erfüllt der gegenständliche Nachprüfungsantrag auch sämtliche in Paragraph 16, K-VergRG 2018 normierten Voraussetzungen und wurde seitens der Antragstellerin auch ein Nachweis über die Entrichtung der Pauschalgebühr vorgelegt.

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag ist daher zulässig.

Im Nachprüfungsantrag wird die überlange Laufzeit der Rahmenvereinbarung gerügt.

Entsprechend der Ausschreibungsunterlagen ist beabsichtigt, mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren eine Rahmenvereinbarung für 120 Monate mit einem einzigen Unternehmen, mit der Möglichkeit einer zweimaligen Verlängerung um jeweils 12 Monate, abzuschließen.

Gemäß § 154 Abs. 5 BVergG 2018 darf die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung vier Jahre nicht überschreiten. Sofern dies ausnahmsweise, insbesondere aufgrund des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung, sachlich gerechtfertigt werden kann, darf eine längere Laufzeit vorgesehen werden. Die dafür ausschlaggebenden Gründe sind festzuhalten. Gemäß Paragraph 154, Absatz 5, BVergG 2018 darf die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung vier Jahre nicht überschreiten. Sofern dies ausnahmsweise, insbesondere aufgrund des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung, sachlich gerechtfertigt werden kann, darf eine längere Laufzeit vorgesehen werden. Die dafür ausschlaggebenden Gründe sind festzuhalten.

In den erläuternden Bemerkungen zum Bundesvergabegesetz 2018 ist hinsichtlich der Bestimmung des § 154 Abs. 5 BVergG festgehalten, dass die (standardmäßige) Laufzeit von Rahmenvereinbarungen, sofern dies ausnahmsweise nicht sachlich gerechtfertigt werden kann, vier Jahre nicht überschreiten darf. Das Erfordernis der Sachlichkeit (vgl. auch § 20 Abs. 1) wird beispielsweise dann beeinträchtigt bzw. verletzt, wenn ohne entsprechende Rechtfertigung die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung unverhältnismäßig lang festgesetzt wird. Eine vier Jahre übersteigende Laufzeit wäre etwa dann sachlich gerechtfertigt, wenn nur aufgrund der längeren Laufzeit ein effektiver Wettbewerb garantiert werden könnte (z.B. wenn die Ausführung der auf der Rahmenvereinbarung basierenden Aufträge Vorleistungen und Investitionen der Unternehmer erfordert, deren Amortisation länger als vier Jahre benötigt). Zu beachten ist jedenfalls, dass der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einer vier Jahre übersteigenden Laufzeit einen Ausnahmefall darstellt, dessen Inanspruchnahme restriktiv zu handhaben ist. Jedenfalls unzulässig ist der Abschluss einer unbefristeten Rahmenvereinbarung, da eine solche nicht gerechtfertigt ist und darüber hinaus bereits aus dem Gesetzeswortlaut klar ist, dass eine längere Laufzeit als vier Jahre dennoch eine bestimmte im Einzelfall sachlich zu rechtfertigende Laufzeit sein muss.

In EG 62 der Richtlinie 2014/24/EU wird zur Laufzeit im Zusammenhang mit einer Rahmenvereinbarung ausgeführt: „Ebenso sollte klargestellt werden, dass zwar auf einer Rahmenvereinbarung beruhende Aufträge vor Ablauf der Laufzeit der Rahmenvereinbarung selbst zu vergeben sind, die Laufzeit bei einzelnen auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträgen jedoch nicht der Laufzeit jener Rahmenvereinbarung entsprechen muss, sondern gegebenenfalls kürzer oder länger sein kann. Insbesondere sollte es zulässig sein, bei der Festlegung der Länge einzelner auf einer Rahmenvereinbarung beruhender Aufträge Faktoren zu berücksichtigen, wie beispielsweise die für ihre Durchführung erforderliche Zeit, eine vorgesehene Wartung von Ausrüstung mit einer erwarteten Nutzungsdauer von mehr als vier Jahren oder eine für die Auftragsausführung erforderliche umfassende Mitarbeiterschulung. Es sollte ferner klargestellt werden, dass in Ausnahmefällen auch bei Rahmenvereinbarungen selbst eine Laufzeit von mehr als vier Jahren zulässig sein sollte. Solche Fälle, die insbesondere mit dem Gegenstand der Rahmenvereinbarung hinreichend zu begründen sind, können beispielsweise auftreten, wenn Wirtschaftsteilnehmer Ausrüstung benötigen, deren Amortisationszeitraum mehr als vier Jahre beträgt und die während der gesamten Laufzeit der Rahmenvereinbarung jederzeit verfügbar sein muss.“

Die Antragsgegnerin führt nunmehr als Rechtfertigung für die sehr lange Laufzeit der gegenständlichen Rahmenvereinbarung an, dass für alle der Antragsgegnerin zugehörigen Krankenhäuser typengleiche Dialysegeräte samt den notwendigen Verbrauchsmaterialien zur Verfügung stehen sollten und darüber hinaus auch der Bezug von Verbrauchsmaterialien in einer wirtschaftlich zu rechtfertigenden Form von der Länge der Rahmenvereinbarungslaufzeit abhängt.

Diesbezüglich ist nochmals darauf hinzuweisen, dass eine Verlängerung der in § 154 Abs. 5 BVergG vorgegebenen Laufzeit von vier Jahren nur in Ausnahmefällen möglich sein soll, wie dies aus den unionsrechtlichen Vorgaben wie auch aus den erläuternden Bemerkungen im Bundesvergabegesetz 2018 hervorgeht. Die diesbezügliche sachliche Rechtfertigung der Antragsgegnerin, wonach die gegenständliche Laufzeit gewählt wurde, um eine Typengleichheit der Dialysegeräte in den Krankenhäusern der Antragsgegnerin wie einen wirtschaftlichen möglichen Bezug der Verbrauchsmaterialien zu gewährleisten, ist nicht geeignet, um die Überschreitung der gesetzlich vorgegebenen

Laufzeit einer Rahmenvereinbarung zu rechtfertigen. Diesbezüglich ist nochmals darauf hinzuweisen, dass eine Verlängerung der in Paragraph 154, Absatz 5, BVergG vorgegebenen Laufzeit von vier Jahren nur in Ausnahmefällen möglich sein soll, wie dies aus den unionsrechtlichen Vorgaben wie auch aus den erläuternden Bemerkungen im Bundesvergabegesetz 2018 hervorgeht. Die diesbezügliche sachliche Rechtfertigung der Antragsgegnerin, wonach die gegenständliche Laufzeit gewählt wurde, um eine Typengleichheit der Dialysegeräte in den Krankenhäusern der Antragsgegnerin wie einen wirtschaftlichen möglichen Bezug der Verbrauchsmaterialien zu gewährleisten, ist nicht geeignet, um die Überschreitung der gesetzlich vorgegebenen Laufzeit einer Rahmenvereinbarung zu rechtfertigen.

Wie aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hervorgeht, ist zwischen der Laufzeit der Rahmenvereinbarung und der Laufzeit der einzelnen auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge zu unterscheiden, wobei die Laufzeit dieser Aufträge auch über die Laufzeit der Rahmenvereinbarung hinausgehen kann (VwGH vom 11.05.2017, Ra 2016/04/0048, Albert Oppel in ZVB 2016/96). Die Antragsgegnerin hätte daher im Rahmen der entsprechenden Verträge die Möglichkeit, die Typengleichheit wie auch insbesondere den Bezug des Verbrauchsmaterials zu gewährleisten und würde dies auch eine entsprechende Transparenz für den Unternehmer hinsichtlich der zu erbringenden Leistung darstellen.

Auch die von der Antragsgegnerin in der Verhandlung vom 16. Juli 2020 vorgebrachte Begründung, wonach der Umstand, dass die Errichtung einer Säurekonzentratversorgung eine Investition der Bieter mit längerer Amortisationsdauer darstellt, ist nicht geeignet, eine sachliche Rechtfertigung für die in der Ausschreibung gewählte Laufzeit darzustellen.

Die Antragsgegnerin konnte die gewählte, über die gesetzlich vorgegebene Laufzeit hinausgehende Laufzeit nicht sachlich rechtfertigen, weshalb die Ausschreibung in diesem Punkt mit Rechtswidrigkeit behaftet ist.

Die Antragstellerin wendet in weiterer Folge die fehlende Abnahmehöchstmenge in der Ausschreibung ein.

In Punkt 1.3.1. der Ausschreibungsunterlage ist festgehalten, dass der Bedarf mit voraussichtlich 50 Dialysegeräten als einmalige Anschaffung in den ersten zwei Jahren der Rahmenvereinbarung und mit ca. 30.000 Behandlungen pro Jahr geschätzt wird. Die Antragsgegnerin hielt diesbezüglich jedoch in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich fest, dass sie sich vorbehalte, während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung noch weitere Geräte sowie eine höhere Anschaffung an Verbrauchsmaterialien als ursprünglich angenommen, zur Deckung ihres Bedarfs vom Auftragnehmer zu beziehen.

Die Antragstellerin verweist in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 19.12.2018, C-216/17, und hält fest, dass aus dieser hervorgehe, dass in der Ausschreibung jedenfalls eine Höchstbezugsmenge festgelegt sein müsse, welchen Vorgaben die gegenständliche Ausschreibungsunterlage nicht entsprechen würde.

In Randziffer 60 der gegenständlichen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes ist festgehalten, dass erstens aus einer Reihe anderer Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 hervorgehe, dass die Rahmenvereinbarung von Anbeginn an die Höchstmenge der Lieferungen und Dienstleistungen, die Gegenstand der Folgeverträge sein können, bestimmen müsse. Insbesondere bestimme Art. 9 Abs. 9 dieser Richtlinie, mit dem unter anderem die Methode für die Berechnungen des geschätzten Wertes der Rahmenvereinbarung dargestellt werden, dass der zu berücksichtigende Wert gleich dem geschätzten Gesamtwert ohne Mehrwertsteuer aller für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung geplanten Aufträge sei. Auch Anhang VII Teil A Abschnitt Nr. 6 Buchst. c (Dienstleistungsaufträge) der Richtlinie 2004/18 verlange, dass in der Bekanntmachung zu einer solchen Vereinbarung der für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung veranschlagte Gesamtwert der Dienstleistungen sowie – wann immer möglich – des Wertes und der Häufigkeit der zu vergebenden Aufträge angegeben werde. Wie die Kommission im Wesentlichen vortrage und wie der Generalanwalt in Nr. 78 seiner Schlussanträge festgestellt habe, unterliege der öffentliche Auftraggeber, der von Anbeginn an der Rahmenvereinbarung beteiligt ist, zwar nur einer Handlungspflicht, wenn es darum gehe, den Wert und die Häufigkeit jedes einzelnen der abzuschließenden Folgeverträge abzugeben, müsse er jedoch unbedingt die Gesamtmenge angeben, in die sich die Folgeaufträge einfügen könnten. In Randziffer 60 der gegenständlichen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes ist festgehalten, dass erstens aus einer Reihe anderer Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 hervorgehe, dass die Rahmenvereinbarung von Anbeginn an die Höchstmenge der Lieferungen und Dienstleistungen, die Gegenstand der Folgeverträge sein können, bestimmen müsse. Insbesondere bestimme Artikel 9, Absatz 9, dieser Richtlinie, mit dem unter anderem die Methode für die

Berechnungen des geschätzten Wertes der Rahmenvereinbarung dargestellt werden, dass der zu berücksichtigende Wert gleich dem geschätzten Gesamtwert ohne Mehrwertsteuer aller für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung geplanten Aufträge sei. Auch Anhang römisch sieben Teil A Abschnitt Nr. 6 Buchst. c (Dienstleistungsaufträge) der Richtlinie 2004/18 verlange, dass in der Bekanntmachung zu einer solchen Vereinbarung der für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung veranschlagte Gesamtwert der Dienstleistungen sowie – wann immer möglich – des Wertes und der Häufigkeit der zu vergebenden Aufträge angegeben werde. Wie die Kommission im Wesentlichen vortrage und wie der Generalanwalt in Nr. 78 seiner Schlussanträge festgestellt habe, unterliege der öffentliche Auftraggeber, der von Anbeginn an der Rahmenvereinbarung beteiligt ist, zwar nur einer Handlungspflicht, wenn es darum gehe, den Wert und die Häufigkeit jedes einzelnen der abzuschließenden Folgeverträge abzugeben, müsse er jedoch unbedingt die Gesamtmenge angeben, in die sich die Folgeaufträge einfügen könnten.

Darüber hinaus geht aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (Rz 61) hervor, dass nach Art. 32 Abs. 3 RL 2004/18, wenn eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer geschlossen wird, die auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Folgeaufträge entsprechend den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vergeben werden. Daraus folgt, dass der öffentliche Auftraggeber, der von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt ist, sich für sich selbst und für potentielle öffentliche Auftraggeber, die in dieser Vereinbarung eindeutig genannt werden, nur bis zu einer bestimmten Menge verpflichten kann, und dass diese Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert, wenn diese Menge erreicht ist. Darüber hinaus geht aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (Rz 61) hervor, dass nach Artikel 32, Absatz 3, RL 2004/18, wenn eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer geschlossen wird, die auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Folgeaufträge entsprechend den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vergeben werden. Daraus folgt, dass der öffentliche Auftraggeber, der von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt ist, sich für sich selbst und für potentielle öffentliche Auftraggeber, die in dieser Vereinbarung eindeutig genannt werden, nur bis zu einer bestimmten Menge verpflichten kann, und dass diese Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert, wenn diese Menge erreicht ist.

In Randziffer 62 der gegenständlichen Entscheidung hält der EuGH auch fest, dass diese Auslegung geeignet ist, die Beachtung der fundamentalen Grundsätze sicherzustellen, die die Vergabe öffentlicher Aufträge regeln und die gemäß Art. 32 Abs. 2 UAbs. 1 RL 2004/18 beim Abschluss einer Rahmenvereinbarung anwendbar sind. Die Rahmenvereinbarung fällt nämlich allgemein unter den Begriff „öffentlicher Auftrag“, da sie die verschiedenen Aufträge für die sie gilt, zu einem einheitlichen Auftrag zusammenfasst. In Randziffer 62 der gegenständlichen Entscheidung hält der EuGH auch fest, dass diese Auslegung geeignet ist, die Beachtung der fundamentalen Grundsätze sicherzustellen, die die Vergabe öffentlicher Aufträge regeln und die gemäß Artikel 32, Absatz 2, UAbs. 1 RL 2004/18 beim Abschluss einer Rahmenvereinbarung anwendbar sind. Die Rahmenvereinbarung fällt nämlich allgemein unter den Begriff „öffentlicher Auftrag“, da sie die verschiedenen Aufträge für die sie gilt, zu einem einheitlichen Auftrag zusammenfasst.

Aus Randziffer 63 geht hervor, dass sowohl die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung, als auch der daraus folgende Grundsatz der Transparenz verlangen, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder in den Verdienungsunterlagen klar, genau und eindeutig formuliert seien, damit, erstens alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ihre genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und zweitens, der öffentliche Auftraggeber imstande sei, tatsächlich zu überprüfen, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen.

Aus Randziffer 64 und 65 der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes geht hervor, dass die unter anderem in Art. 2 RL 2004/18 verankerten Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der am Abschluss der Rahmenvereinbarung interessierten Wirtschaftsteilnehmer beeinträchtigt würden, wenn der öffentliche Auftraggeber, der von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt ist, die Gesamtmenge, die eine solche Vereinbarung betrifft, nicht angebe. Aus Randziffer 64 und 65 der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes geht hervor, dass die unter anderem in Artikel 2, RL 2004/18 verankerten Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der am Abschluss der Rahmenvereinbarung interessierten Wirtschaftsteilnehmer beeinträchtigt würden, wenn der öffentliche Auftraggeber, der von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt ist, die Gesamtmenge, die eine solche Vereinbarung betrifft, nicht angebe.

Der Grundsatz der Transparenz ist gerade deshalb so notwendig, weil die öffentlichen Auftraggeber im Falle eines

Folgeauftrages gemäß Art. 35 Abs. 4 UAbs. 2 RL 2004/18 für jeden Einzelauftrag, der aufgrund dieser Rahmenvereinbarung vergeben wird, eine Bekanntmachung mit den Ergebnissen des jeweiligen Vergabeverfahrens nicht abzusenden brauchen. Wäre zudem der öffentliche Auftraggeber, der von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt ist, nicht verpflichtet, von vornherein die Gesamtmenge und den Gesamtbetrag der Leistung, die von dieser Vereinbarung abgedeckt werden, anzugeben, könnte deren Abschluss dazu dienen, so der Europäische Gerichtshof, einen Auftrag künstlich aufzuspalten und so unter den von der RL 2004/18 festgelegten Schwellenwerten bleiben, was Art. 9 Abs. 3 RL 2004/18 verbietet. Der Grundsatz der Transparenz ist gerade deshalb so notwendig, weil die öffentlichen Auftraggeber im Falle eines Folgeauftrages gemäß Artikel 35, Absatz 4, UAbs. 2 RL 2004/18 für jeden Einzelauftrag, der aufgrund dieser Rahmenvereinbarung vergeben wird, eine Bekanntmachung mit den Ergebnissen des jeweiligen Vergabeverfahrens nicht abzusenden brauchen. Wäre zudem der öffentliche Auftraggeber, der von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt ist, nicht verpflichtet, von vornherein die Gesamtmenge und den Gesamtbetrag der Leistung, die von dieser Vereinbarung abgedeckt werden, anzugeben, könnte deren Abschluss dazu dienen, so der Europäische Gerichtshof, einen Auftrag künstlich aufzuspalten und so unter den von der RL 2004/18 festgelegten Schwellenwerten bleiben, was Artikel 9, Absatz 3, RL 2004/18 verbietet.

Überdies kann man, selbst wenn man unterstellt, dass sich eine Bezugnahme auf den normalen Bedarf der in der Rahmenvereinbarung eindeutig bezeichneten öffentlichen Auftraggeber für die nationalen Wirtschaftsteilnehmer als ausreichend explizit erweisen könnte, nicht annehmen, dass dies zwangsläufig auch für einen in einem anderen Mitgliedsstaat ansässigen Wirtschaftsteilnehmer gilt.

Aus Randziffer 69 der gegenständlichen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes geht auch hervor, dass die Tatsache, dass vom öffentlichen Auftraggeber, der von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt ist, verlangt wird, in der Rahmenvereinbarung die Menge und den Betrag der Leistungen, die diese Vereinbarung abdeckt, anzugeben, konkretisiert, das in Art. 32 Abs. 2 UAbs. 5 RL 2004/18 aufgestellte Verbot, das Instrument der Rahmenvereinbarung missbräuchlich oder in einer Weise anzuwenden, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird. Aus Randziffer 69 der gegenständlichen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes geht auch hervor, dass die Tatsache, dass vom öffentlichen Auftraggeber, der von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt ist, verlangt wird, in der Rahmenvereinbarung die Menge und den Betrag der Leistungen, die diese Vereinbarung abdeckt, anzugeben, konkretisiert, das in Artikel 32, Absatz 2, UAbs. 5 RL 2004/18 aufgestellte Verbot, das Instrument der Rahmenvereinbarung missbräuchlich oder in einer Weise anzuwenden, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird.

In den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen ist festgehalten, dass beabsichtigt sei, 50 Dialysegeräte in den ersten beiden Jahren abzunehmen und ca. 30.000 Behandlungen pro Jahr erfolgen, wobei sich laut Ausschreibungsunterlagen die Antragsgegnerin vorbehält, weitere Abrufungen vorzunehmen. Eine entsprechende Höchstabrufmenge ist in den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin nicht enthalten. Dies widerspricht nunmehr jedoch klar den Ausführungen in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 19.12.2018, C-216/17.

Der Europäische Gerichtshof bezieht sich in seiner Entscheidung vom 19.12.2018, C-216/17, unter anderem auf Anhang VII Teil A Abschnitt „Bekanntmachung“ Nr. 6 lit. c der Richtlinie 2004/18. Diese Bestimmung lautet wie folgt: Der Europäische Gerichtshof bezieht sich in seiner Entscheidung vom 19.12.2018, C-216/17, unter anderem auf Anhang römisch sieben Teil A Abschnitt „Bekanntmachung“ Nr. 6 Litera c, der Richtlinie 2004/18. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

„Bei Rahmenvereinbarungen ferner Angaben der vorgesehenen Laufzeit der Vereinbarung, des für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung veranschlagten Gesamtwerts der Dienstleistungen sowie – wann immer möglich – des Wertes und der Häufigkeit der zu vergebenden Aufträge.“

Gleichlautende Bestimmungen sind für die Lieferaufträge und Bauaufträge gegeben (Anhang VII Teil A lit. a und lit. b). Gleichlautende Bestimmungen sind für die Lieferaufträge und Bauaufträge gegeben (Anhang römisch sieben Teil A Litera a und Litera b),).

In der Richtlinie 2014/24 ist die korrespondierende Bestimmung im Anhang V Teil C Z 10 lit. a gegeben und lautet diese wie folgt: In der Richtlinie 2014/24 ist die korrespondierende Bestimmung im Anhang römisch fünf Teil C Ziffer 10, Litera a, gegeben und lautet diese wie folgt:

„Zeitraumen für die Bereitstellung bzw. Ausführung der Lieferungen, Bauarbeiten oder Dienstleistungen und, soweit möglich, Laufzeit des Auftrags.“

a)

Bei Rahmenvereinbarungen Angabe der vorgesehenen Laufzeit der Vereinbarung, gegebenenfalls unter Angabe der Gründe für eine etwaige Laufzeit von mehr als vier Jahren. Soweit möglich, Angabe des Werts oder der Größenordnung und der Häufigkeit der zu vergebenden Aufträge sowie gegebenenfalls vorgeschlagene Höchstzahl der teilnehmenden Wirtschaftsteilnehmer.“

Wenn nunmehr die Antragsgegnerin festhält, dass sich die Bestimmung, auf welche sich der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung gestützt hat, gravierend geändert habe, so ist dem entgegenzuhalten, dass sich zwar die Wortwahl von „ – sowie wann immer möglich –, auf „soweit möglich ...“ geändert hat, inhaltlich die entsprechenden Bestimmungen jedoch gleichlautend sind.

Der Europäische Gerichtshof hat sich in seiner Entscheidung darüber hinaus auch auf weitere Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 gestützt und aus diesen die Notwendigkeit der Angabe einer Höchstmenge abgeleitet, so insbesondere auf Art. 9 Abs. 9 der RL 2004/18, welche Bestimmung sich wortgleich in Art. 5 Abs. 5 der

RL 2014/24 wiederfindet. Darüber hinaus verweist der Europäische Gerichtshof auch auf Art. 2 der RL 2004/18, welche Bestimmung wiederum in Art. 18 Abs. 1 der RL 2014/24 gegeben ist. Der Europäische Gerichtshof hat sich in seiner Entscheidung darüber hinaus auch auf weitere Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 gestützt und aus diesen die Notwendigkeit der Angabe einer Höchstmenge abgeleitet, so insbesondere auf Artikel 9, Absatz 9, der RL 2004/18, welche Bestimmung sich wortgleich in Artikel 5, Absatz 5, der , RL 2014/24 wiederfindet. Darüber hinaus verweist der Europäische Gerichtshof auch auf Artikel 2, der RL 2004/18, welche Bestimmung wiederum in Artikel 18, Absatz eins, der RL 2014/24 gegeben ist.

Entsprechend der Bestimmung des § 31 Abs. 7 BVergG 2018 ist eine Rahmenvereinbarung eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den in Aussicht genommenen Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge. Entsprechend der Bestimmung des Paragraph 31, Absatz 7, BVergG 2018 ist eine Rahmenvereinbarung eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den in Aussicht genommenen Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich daher, dass aus § 31 Abs 7 BVergG 2018 in Zusammenschau mit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 19.12.2018, C-216/17 eine Verpflichtung bei Rahmenvereinbarungen in der Ausschreibung auch eine Höchstabnahmemenge anzugeben. Dieser Verpflichtung ist die Antragsgegnerin in ihrer Ausschreibung in keiner Weise nachgekommen und ist daher die gegenständliche Ausschreibung diesbezüglich mit Rechtswidrigkeit behaftet. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich daher, dass aus Paragraph 31, Absatz 7, BVergG 2018 in Zusammenschau mit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 19.12.2018, C-216/17 eine Verpflichtung bei Rahmenvereinbarungen in der Ausschreibung auch eine Höchstabnahmemenge anzugeben. Dieser Verpflichtung ist die Antragsgegnerin in ihrer Ausschreibung in keiner Weise nachgekommen und ist daher die gegenständliche Ausschreibung diesbezüglich mit Rechtswidrigkeit behaftet.

Die Antragstellerin hält des Weiteren in ihrem Nachprüfungsantrag fest, dass das Zuschlagskriterium „Preis“ wegen fehlerhafter Zusammensetzung des Bewertungspreises rechtswidrig sei. Diesbezüglich verweist die Antragstellerin auf Punkt 4.1.1. der Ausschreibungsunterlagen, in welchem festgehalten ist, dass sich der Gesamtpreis aus den in xxx eingetragenen und bewerteten Bieterpreisen, unter anderem unter Hinzuziehung des Rücknahmepreises für alle Bestandsgeräte errechne.

Die Antragsgegnerin führt diesbezüglich in der durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung aus, dass eine Rücknahme der Altgeräte ohne entsprechende Abnahme von Neugeräten nicht vorgesehen sei, sondern diese in Form eines Austauschs im Zuge des Abrufes von Neugeräten erfolgen würde. Dieser Umstand geht in dieser Deutlichkeit jedoch aus der Ausschreibung nicht hervor und erscheint auch das Vorbringen der Antragsgegnerin, wonach bei Verwertbarkeit der Altgeräte, wovon die Antragsgegnerin ausgehe, ein entsprechender Minuspreis für die Rücknahme

der Geräte veranschlagt werden könne, nicht nachvollziehbar. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass bei Nichtverwertbarkeit der Geräte der gegenständliche Rücknahmeposten mit Null zu verzeichnen ist, wie sich dies aus der Ausschreibung ergibt, sodass eine entsprechende Aufwendung für die Entsorgung der Geräte nicht berücksichtigt werden könne.

Diesbezüglich erscheint das Vorbringen der Antragstellerin, wonach hierbei eine unzulässige Berücksichtigung des Rücknahmepreises im Zuschlagskriterium „Preis“ vorgesehen ist, als gerechtfertigt.

Gemäß § 19 Abs. 1 Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz – K-VergRG hat das Landesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz – K-VergRG hat das Landesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1.

sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 15 Abs. 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt und sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 15, Absatz eins, Ziffer 5, geltend gemachten Recht verletzt und

2.

die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Wie bereits oben dargelegt, ist die gegenständliche Ausschreibung aufgrund des Umstandes, dass die in § 154 Abs. 5 BVergG vorgegebene Laufzeit der Rahmenvereinbarung von vier Jahren ohne entsprechende sachliche Begründung auf 120 Monate mit einer optionalen Verlängerungsmöglichkeit von zweimal 12 Monaten ausgedehnt wurde, mit Rechtswidrigkeit behaftet, ebenso ist die Ausschreibung durch den Umstand, dass eine Höchstabnahmemenge in der Ausschreibung nicht festgehalten ist, mit Rechtswidrigkeit behaftet. Diese Rechtswidrigkeiten sind für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, zumal Veränderungen hinsichtlich der Dauer der Laufzeit sowie die Festsetzung der Höchstabnahmemenge für die Preiskalkulationen der Bieter von erheblichem Einfluss sind. Gleiches gilt auch für die Rechtswidrigkeit des Zuschlagskriteriums „Preis“, zumal dieses mit 60% gewichtet ist. Die gegenständliche Ausschreibung war daher aus diesem Grund für nichtig zu erklären. Wie bereits oben dargelegt, ist die gegenständliche Ausschreibung aufgrund des Umstandes, dass die in Paragraph 154, Absatz 5, BVergG vorgegebene Laufzeit der Rahmenvereinbarung von vier Jahren ohne entsprechende sachliche Begründung auf 120 Monate mit einer optionalen Verlängerungsmöglichkeit von zweimal 12 Monaten ausgedehnt wurde, mit Rechtswidrigkeit behaftet, ebenso ist die Ausschreibung durch den Umstand, dass eine Höchstabnahmemenge in der Ausschreibung nicht festgehalten ist, mit Rechtswidrigkeit behaftet. Diese Rechtswidrigkeiten sind für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, zumal Veränderungen hinsichtlich der Dauer der Laufzeit sowie die Festsetzung der Höchstabnahmemenge für die Preiskalkulationen der Bieter von erheblichem Einfluss sind. Gleiches gilt auch für die Rechtswidrigkeit des Zuschlagskriteriums „Preis“, zumal dieses mit 60% gewichtet ist. Die gegenständliche Ausschreibung war daher aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

Abschließend wird angemerkt, dass die seitens der Antragstellerin des Weiteren im Nachprüfungsantrag dargetanen Einwendungen nicht geeignet sind, eine Rechtswidrigkeit der Ausschreibung zu begründen.

Kosten:

Gemäß § 12 Abs. 1 K-VergRG 2018 hat der vor dem Landesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 11 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 11 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 12, Absatz eins, K-VergRG 2018 hat der vor dem Landesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 11, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 11, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 12 Abs. 2 K-VergRG 2018 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

Gemäß Paragraph 12, Absatz 2, K-VergRG 2018 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1.

dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2.

dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Aufgrund des Umstandes, dass die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag obsiegt hat, hat diese auch Anspruch auf Ersatz der von ihr bezahlten Gebühren für den Nachprüfungsantrag in der Höhe von € 1.296,-- durch die Antragsgegnerin.

Hinsichtlich der für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erstatteten Pauschalgebühr in der Höhe von € 648,-- ist festzuhalten, dass diesbezüglich ein gesonderter Kostenbeschluss im Akt KLVwG-853/2020 ergehen wird.

Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Vergabeverfahren, Nachprüfungsantrag, Rechtswidrigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGKA:2020:KLVwG.S1.854.9.2020

Zuletzt aktualisiert am

12.04.2021

Quelle: Landesverwaltungsgericht Kärnten LVwG Kärnten, <http://www.lvwg.ktn.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at