

TE Lvwg Erkenntnis 2017/7/25 VGW- 123/077/8415/2017, VGW- 123/077/8502/2017

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.07.2017

Entscheidungsdatum

25.07.2017

Index

97 Öffentliches Auftragswesen
L72009 Beschaffung Vergabe Wien
E3L E06300000

Norm

BVergG 2006 §2 Z33a
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §29 Abs1 Z1
BVergG 2006 §30 Abs1 Z1
BVergG 2006 §78 Abs3
BVergG 2006 §90 Abs1
BVergG 2006 §90 Abs2
BVergG 2006 §96 Abs1
BVergG 2006 §96 Abs6
BVergG 2006 §99 Abs1
WVRG 2014 §2 Z16 lita sublitii
WVRG 2014 §2 Z16 lita sublitdd
WVRG 2014 §20 Abs1
WVRG 2014 §26 Abs1
WVRG 2014 §26 Abs2
32014L0024 Vergabe-RL Art. 72 Abs1 lita

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Drin Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Ooppel und die Richterin Mag.a Mandl über die Anträge der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsbedingungen und der 2. Fragebeantwortung betreffend das Vergabeverfahren "Abschluss einer

Rahmenvereinbarung mit einer Partei pro Los über die Lieferung von Antidekubitus-Systemen als Mietsysteme", der Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 20.07.2017 durch mündliche Verkündung

zu Recht e r k a n n t :

I. Den Anträgen, die Ausschreibung „Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Antidekubitus-Systemen als Mietsysteme“ sowie die 2. Fragebeantwortung für nichtig zu erklären, wird Folge gegeben. Die Ausschreibung und die 2. Fragebeantwortung werden für nichtig erklärt.

II. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen und für den zugehörigen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von € 1.836,00 sowie für den Antrag auf Nichtigerklärung der 2. Fragenbeantwortung und für den zugehörigen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von € 1.468,80, das sind zusammen € 3.304,80, binnen 14 Tagen zu ersetzen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund (Antragsgegnerin), vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, führt als öffentliche Auftraggeberin ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einer Partei pro Los über die Lieferung von Antidekubitus-Systemen als Mietsysteme. Die Ausschreibung ist in fünf Lose geteilt. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote ist der 26.6.2017, 12:00 Uhr, und als Termin für die Angebotsöffnung der 26.6.2017, 12:15 Uhr, festgesetzt.

In diesem Vergabeverfahren hat die Antragsgegnerin folgende Entscheidungen gesetzt:

1. Ausschreibung vom 11.5.2017,
2. 1. Fragenbeantwortung vom 30.5.2017,
3. 2. Fragenbeantwortung vom 7.6.2017.

Gegen die Ausschreibung und gegen die 2. Fragenbeantwortung vom 7.6.2017 richten sich die beiden Nachprüfungsanträge der A. GmbH vom 14.6.2017 auf Nichtigerklärung dieser beiden Entscheidungen und die beiden Anträge vom 14.6.2017 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Das Verwaltungsgericht hat die beantragte einstweilige Verfügung mit Beschluss vom 21.6.2017, Zahlen VGW-123/V/077/8416/2017-1, VGW-123/V/077/8503/2017-1, erlassen.

In inhaltlicher Hinsicht brachte die Antragstellerin folgende Gründe für die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung vor:

1. Es würde eine doppelte Ausschreibung desselben Leistungsgegenstandes vorliegen. Die Antragsgegnerin führe seit 4.12.2013 ein Vergabeverfahren betreffend die Lieferung von Möbeln für ärztliche Zwecke, welches in Los 1 die Lieferung von Antidekubitus-Systemen auf Mietbasis beinhalte. Dieses Vergabeverfahren sei noch nicht abgeschlossen. Das gegenständliche Vergabeverfahren betreffe ebenfalls Antidekubitus-Systeme auf Mietbasis und damit denselben Leistungsgegenstand.

2. Die Ausschreibung würde in Punkt 1.4.2 einen vergaberechtswidrig ausgestalteten Vorbehalt der anschließenden Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung vorsehen. Gemäß § 29 Abs. 1 Z 1 Unterabsatz 2 BVergG seien in ein solches Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung alle geeigneten Unternehmer, die im vorangegangenen Verfahren ein Angebot abgegeben haben, einzubeziehen. Die Ausschreibung sehe hingegen vor, dass in ein solches Verfahren nur jene Bieter eingeladen würden, die mit einem anderen Los beauftragt wurden. Dies könne zur Folge haben, dass Unternehmer eingeladen werden, die in dem zu vergebenden Los kein Angebot gelegt haben, und gegebenenfalls könne ein für dieses Los gar nicht geeigneter Unternehmer den Zuschlag erhalten.

3. Entsprechend Punkt 1.12 der Ausschreibungsunterlagen behalte sich die Auftraggeberin Klarstellungen, Berichtigungen, Änderungen oder Ergänzungen der Ausschreibungsunterlagen inhaltlich und umfangmäßig

unbegrenzt vor. Dies erfasse dezidiert auch Eignungs- und Zuschlagskriterien. Der Vorbehalt inhaltlich und zeitlich unbeschränkter Änderungen der Ausschreibungsunterlagen verstoße gegen die ständige Rechtsprechung der österreichischen Vergabekontrollinstanzen und des EuGH (u.a. EuGH 14.7.2016, C-6/15 – Dimarso; EuGH 5.4.2017, C-298/15 – Borta).

4. Die Ausschreibungsunterlagen würden in Punkt 1.5.5 in Verbindung mit Punkt 4.2.8 zu weitreichende Möglichkeiten für Folgeabrufe vorsehen. Es sei nämlich vorgesehen, dass nicht nur die ausgeschriebene Leistung beschafft werde, sondern insbesondere jedes Produkt, welches mit dem Beschaffungsgegenstand vergleichbar ist oder sonst für die Umsetzung dieses Beschaffungsvorhabens benötigt wird. Wenngleich eine Rahmenvereinbarung dem Auftraggeber eine gewisse Flexibilität einräume, würden substantielle Änderungen gemäß § 152 Abs. 1 BVergG den zulässigen Rahmen überschreiten. Eine Orientierung, welche Änderungen als substantiell anzusehen sind, böte Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU. So ermögliche dieser die direkte Vergabe von Zusatzaufträgen nur dann, wenn ein Wechsel des Auftragnehmers nicht erfolgen könne oder mit erheblichen Schwierigkeiten oder Zusatzkosten verbunden sei. Zudem seien Änderungen zulässig, wenn sie in den Ausschreibungsunterlagen klar, präzise und eindeutig formuliert seien. Die in den Ausschreibungsunterlagen vorbehaltenen weitreichenden Möglichkeiten zur direkten Vergabe von Folgeabrufen erfüllten diese Voraussetzungen nicht.

Darüber hinaus behalte sich die Auftraggeberin im Rahmen der Festlegung in Punkt 4.2.8 vor, entweder den Partner der Rahmenvereinbarung direkt zu beauftragen, den Partner einer anderen Rahmenvereinbarung direkt zu beauftragen oder Wettbewerb zwischen den Partnern aller anderen Rahmenvereinbarungen zu schaffen. Die Antragsgegnerin würde daher sowohl die Bestimmungen über Rahmenvereinbarungen mit einem Partner als auch über Rahmenvereinbarungen mit mehreren Partnern zu ihren Gunsten heranziehen. Damit liege jedoch zwangsläufig ein Widerspruch gegen eine dieser Bestimmungen vor, zumal gemäß § 152 Abs. 4 BVergG eine direkte Beauftragung nur unmittelbar aufgrund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung möglich sei. Aber genau jene Anpassung der Bedingungen behalte sich die Antragsgegnerin vor.

Außerdem gestatte § 152 Abs. 2 BVergG die Vergabe von Aufträgen aufgrund einer gemäß § 151 Abs. 2 BVergG abgeschlossenen Rahmenvereinbarung nur mit jenen Unternehmern, die von Anfang an Partner der Rahmenvereinbarung waren. Diese Beschränkung gelte bei losweisem Abschluss für jedes Los. Der – von der Antragsgegnerin vorgesehene – erneute Aufruf zum Wettbewerb mit Rahmenvereinbarungspartnern aus anderen Losen könne dazu führen, dass den Auftrag in einem bestimmten Los ein Unternehmer erhalte, der die Anforderungen in diesem Los nicht erfülle.

Weiters behalte sich die Antragsgegnerin ein weites Ermessen hinsichtlich der Vergabe von Folgeaufträgen vor. So seien nicht einmal Zuschlagskriterien festgelegt, sondern es werde ausdrücklich offen gelassen, ob das Billigst- oder Bestbieterprinzip zur Anwendung gelange. Dies widerspreche dem Transparenzgebot gemäß § 19 Abs. 1 BVergG.

5. Die Ausschreibungsunterlagen würden in Punkt 1.8 festlegen, dass Lieferanten des Bieters als Subunternehmer anzusehen und folglich zu nennen und Subunternehmer-Verfügungserklärungen vorzulegen sind. Dies sei auch deshalb relevant, da für ausländische Lieferanten unter anderem eine Dienstleistungsanzeige laut Punkt 2.2.1 der Ausschreibungsunterlagen erforderlich sei. Nach der Legaldefinition des § 2 Z 33a BVergG sei die bloße Lieferung von handelsüblichen Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, explizit keine Subunternehmerleistungen. Bei den zu liefernden Produkten würde es sich um handelsübliche Waren und insbesondere nicht um Maßanfertigungen, die nur für das gegenständliche Beschaffungsvorhaben hergestellt werden, handeln.

Zudem sehe diese Festlegung vor, dass das Fehlen der namentlichen Angabe des Subunternehmers oder der Subunternehmer-Leistungen einen unbehebbarer Mangel darstelle. Gleiches gelte, wenn die Subunternehmer-Verfügungserklärung nicht vorgelegt werde. Der Gesetzgeber ordne die Konsequenz eines unbehebbarer Mangels allerdings nur für Fehler in Bezug auf einen erforderlichen Subunternehmer an.

Darüber hinaus enthalte Punkt 4.6 der Ausschreibungsunterlagen ein allgemeines und ausnahmsloses Verbot von Sub-Subvergaben. Ein Verbot von Subvergaben werde nach der Rechtsprechung nur bei sachlicher Rechtfertigung als zulässig angesehen (Schiefer/Steindl in Heid/Schiefer, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage, Rz 1377 mwN). Dies sei nach der Rechtsprechung nur dann der Fall, wenn der Auftraggeber die Leistungsfähigkeit des Subunternehmers nicht überprüfen könne (EuGH 5.4.2017, C-298/15 – Borta).

Die Festlegung in Punkt 4.6 stelle einen Widerspruch zu § 83 Abs. 5 BVergG dar, weil ein Wechsel des Subunternehmers ausnahmslos nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers zulässig sei. Dies gelte aufgrund des eindeutigen Wortlautes – entgegen § 83 Abs. 5 BVergG – selbst dann, wenn der Auftraggeber über mehrere Wochen hinaus keine Reaktion zeige.

6. Die Ausschreibungsunterlagen würden in Punkt 3.4 festlegen, dass die Mitglieder der Bewertungskommission jede Anforderung einstimmig zu bewerten haben, jedoch lediglich die vergebenen Punkte pro Anforderung und Ziel den nicht erfolgreichen Bietern in der Entscheidung über den Abschluss der Rahmenvereinbarung mitgeteilt würden. Der VwGH (21.1.2014, 2011/04/0133) habe die Zulässigkeit der Beschränkung der Begründungspflicht lediglich aus dem Grund bejaht, da kein gemeinsamer Entscheidungsfindungsprozess, an dessen Ende ein begründbares Ergebnis stehe, vorgelegen sei. Dies bedeute im Umkehrschluss, dass der Ausschluss der verbalen Begründungspflicht § 131 Abs. 1 BVergG widerspreche, sofern durch die Bewertungskommission eine gemeinsame Entscheidung getroffen werde.

7. Gemäß Punkt 1.5.2 der Ausschreibungsunterlagen behalte sich die Auftraggeberin im Fall der Vorlage von Eigenerklärungen durch die Bieter vor, Nachweise nur nachzufordern, sofern dies nach ihrer Auffassung erforderlich sei. § 70 Abs. 3 BVergG erlaube einen derartigen Vorbehalt nur für den Unterschwellenbereich. Im Oberschwellenbereich müsse der Auftraggeber vom Zuschlagsempfänger die Vorlage der festgelegten Nachweise jedenfalls verlangen. Der vorgesehene Überprüfungsvorbehalt sei im gegenständlichen Fall rechtswidrig, weil mit Ausnahme von Los 1 unstrittig jedes Los für sich den einschlägigen Schwellenwert übersteige.

Außerdem werde in diesem Punkt festgelegt, dass die Auftraggeberin bei der Festlegung der Nachfrist in jeder Hinsicht frei sei, die Nachfrist jedoch nicht weniger als einen vollen Werktag betrage. Nach der Intention des Gesetzgebers sei jedenfalls eine angemessene Nachfrist zu setzen. Angesichts des Umfangs des Verfahrens und des Wertes der Rahmenvereinbarung könne ein Werktag in diesem Sinne nicht als eine angemessene Frist anzusehen sein. Aufgrund des eindeutigen Wortlautes, dass die Auftraggeberin bei der Festlegung der Nachfrist in jeder Hinsicht frei sei, werde zum Ausdruck gebracht, dass sich die Auftraggeberin nicht an den Grundsatz der Angemessenheit der Frist gebunden erachte. Die Festlegung sei daher rechtswidrig.

Weiters lege dieser Punkt fest, dass jedenfalls ein unbehebbarer Mangel vorliege, wenn die Eigenerklärungen durch die nachgereichten Nachweise nicht vollständig bestätigt würden. Die Ausscheidensgründe seien taxativ in § 129 BVergG festgelegt. Die Festlegung weiterer Ausscheidensgründe durch den Auftraggeber sei unzulässig (BVwG 30.4.2014, W138 2004328-1/22E). Die nicht fristgerechte bzw. nicht vollständige Vorlage von Eignungsnachweisen über Nachforderung des Auftraggebers infolge einer zunächst abgegebenen Eigenerklärung stelle keinen unbehebbarer Mangel dar. Im Fall der Abgabe einer Eigenerklärung stelle die Aufforderung, Eignungsnachweise nachzureichen, grundsätzlich keine Aufforderung zur Mängelbehebung dar, sondern handle es sich um das erstmalige Ersuchen um Vervollständigung von Eignungsnachweisen und damit um einen regulären Schritt im Zuge der Angebotsprüfung. Komme ein Bieter in der Folge diesem Vorlageersuchen nicht entsprechend nach, so sei der Auftraggeber verpflichtet, eine Gelegenheit zur Mängelbehebung zu geben (BVwG 16.5.2014, W139 2001504-1, VwGH 12.9.2016, Ra 2015/04/0081). Die Festlegung sei daher rechtswidrig.

8. Punkt 1.15 der Ausschreibungsunterlagen lege fest, dass eine vertiefte Angebotsprüfung jedenfalls dann nicht notwendig sei, wenn der angebotene Brutto-Gesamt-Angebotspreis innerhalb einer Bandbreite von +/- 20% der Kostenschätzung der Auftraggeberin liege. Die Auftraggeberin schließe damit sämtliche Fälle, in denen zwar der Gesamtangebotspreis innerhalb der obgenannten Bandbreite liege, aber gemäß § 125 Abs. 3 BVergG eine Pflicht zur vertieften Angebotsprüfung bestehe, aus. Die Festlegung sei daher rechtswidrig.

9. Punkt 4.3.1 der Ausschreibungsunterlage sehe in jedem Los ergänzend zur Lieferung von Antidekubitus-Matratzen bzw. Bettensystemen die Vermietung von Zusatzbezügen vor. Während die Stückpreise für die Miete der Betten pro Tag anzugeben seien, sei für die Vermietung der Zusatzbezüge im Preisblatt ein pauschaler Stückpreis anzugeben. Nähere Festlegungen der Auftraggeberin zu einer durchschnittlichen Mietdauer der Bezüge fänden sich in der Ausschreibung nicht.

Punkt 4.3.4 der Ausschreibungsunterlagen sehe eine Pflicht der Auftragnehmerin zur Lieferung von Entsorgungssäcken zwecks Sammlung der verunreinigten Bezüge sowie deren Abholung vor. Nicht festgelegt werde in der Ausschreibung, wie in weiterer Folge mit den Entsorgungssäcken zu verfahren sei. Dies sei deshalb relevant, weil derartige Säcke nicht notwendigerweise Wegwerfsäcke seien, sondern wiederholt verwendet werden könnten. Es sei daher für die Bieter

insbesondere nicht erkennbar, ob diese Säcke der Auftraggeberin wieder zurück zu bringen seien. Dafür spreche das Eigentum der Auftraggeberin an den Säcken), sowie bejahendenfalls, ob gereinigt oder nicht gereinigt. Nach der Rechtsprechung liege ein unkalkulierbares Risiko gerade dann vor, wenn wesentliche Parameter zur Berechnung des Preises fehlen (VwGH 21.1.2014, 2012/04/0124). Dies sei hier gegeben.

10. Position 21 der Mindestanforderung zu Los 5 in Beilage /2 sehe als Musskriterium die Einhaltung der ÖVE/ÖNORM EN 60601-1 betreffend elektrische Sicherheitsstandards vor. Mit Beginn des Jahres 2011 sei die ÖVE/ÖNORM EN 60601-2-52 in Kraft getreten. Die Vorgaben dieser Norm gingen als besondere Bestimmungen der allgemeinen Norm ÖVE/ÖNORM EN 60601-1 vor.

Laut Frage 8 der zweiten Fragenbeantwortung solle die ÖVE/ÖNORM EN 60601-1 dennoch als Musskriterium bestehen und lediglich Produkte, auf welche die höheren Standards der EN 60601-2-52 anwendbar sind, diesen entsprechen müssen. Damit enthalte die Ausschreibung zwei unterschiedliche Mindestanforderungen für die zu liefernden Produkte, abhängig von deren jeweiligem Produktionsjahr. Diese Differenzierung widerspreche jedoch dem Grundsatz der Vergleichbarkeit von Angeboten gemäß § 78 Abs. 3 BVergG.

11. Wenngleich Punkt 3.1 der Ausschreibungsunterlagen die Mitglieder der Bewertungskommission namentlich nenne, behalte sich die Auftraggeberin darin das unbeschränkte und jederzeitige Recht vor, Ersatz-Mitglieder zu benennen, zusätzliche Mitglieder zu nominieren oder auf Mitglieder zu verzichten.

Entsprechend der jüngeren Judikatur verlange das Gebot der Transparenz die Offenlegung von Größe, Zusammensetzung und des einzuhaltenden Verfahrens der Bewertungskommission (BVwG 11.2.2014, W187 20000002-1). Der fehlenden Festlegung dieser Informationen sei die Festlegung unter Vorbehalt eines unbeschränkten Änderungsrechtes gleichzuhalten. Diese Festlegung widerspreche den Grundsätzen des Vergaberechts, zumal auch keine Anforderungen an die fachliche Qualifikation zusätzlicher Mitglieder bzw. Ersatzmitglieder im Sinne des § 122 BVergG normiert worden seien.

12. Mit der 2. Fragebeantwortung zur Frage 11 habe die Antragsgegnerin die Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit zu den Punkten 2.4.2 bis 2.4.6 der Ausschreibungsunterlagen abgeändert. Alternativ zu dem in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Nachweis der Vermietung nach Miettagen genau spezifizierter Produkte könne ein Nachweis des Verkaufs derartiger Produkte oder ein allgemeiner Nachweis von Miettagen nicht näher spezifizierter Antidekubitus-Matratzen erfolgen.

Diese alternativen Möglichkeiten seien bereits aus dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebotes unzulässig. Es würden damit keine vergleichbaren Anforderungen aufgestellt, sondern durch die mit der zweiten Anfragebeantwortung geschaffene Möglichkeit deutlich geringere Anforderungen gestellt.

Darüber hinaus ermögliche die mit der zweiten Fragebeantwortung geschaffene Referenzalternative aufgrund der Herabsetzung der produktbezogenen Anforderungen auf Miettage, welche allgemein Antidekubitus-Matratzen betreffen, eine mehrfache Verwertung derselben Referenz in unterschiedlichen Losen. Auch darin sei eine Verletzung der Grundsätze des Vergaberechts gemäß § 19 Abs. 1 BVergG zu erblicken (VKS Wien 13.9.2012, VKS-8125/12). Außerdem stehe die Fragenbeantwortung in Widerspruch zu Punkt 1.4.2 der Ausschreibungsunterlagen und führe dazu, dass Punkt 1.4.2 der Ausschreibungsunterlagen rechtswidrig werde, weil die Fragenbeantwortung nunmehr die Möglichkeit der Mehrfachverwertung von Referenzen schaffen würde.

Im Übrigen sei dieser Referenznachweis auch mangels sachlichem Zusammenhang mit den einzelnen Losen nicht vergaberechtskonform, weil für die notwendigen Miettage nicht die Produkte des jeweiligen Loses verlangt würden. Auch sei der Nachweis des Verkaufs von Betten kein geeigneter Nachweis für Aufträge auf Mietbasis.

Außerdem widerspreche nach der Judikatur des EuGH die Wahlfreiheit der Bieter, wie sie die Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit erfüllen, dem Transparenzgebot, zumal dadurch eine klare, eindeutige und präzise Formulierung der Anforderungen nicht gegeben sei (EuGH 10.5.2012, C-386/10, Kommission/Niederlande, Rz 110).

13. Die Ausschreibungsunterlagen würden sittenwidrige Festlegungen enthalten.

Dies betreffe Punkt 4.5, der einen generellen Haftungsausschluss zugunsten der Auftraggeberin vorsehe. Da dies selbst grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz erfasse, sei die in dieser Bestimmung vorgesehene Weiterleistungspflicht des Auftragnehmers für 6 Monate nach Vertragsauflösung aufgrund der einseitigen Bindung rechtswidrig, zumal der Vertrag während dieses Zeitraums abhängig vom Willen des Auftraggebers jederzeit enden könne.

Auch Punkt 4.12.2, welcher ein allgemeines Zessions- und Verpfändungsverbot der Forderung des Auftragnehmers vorsehe, verletze wegen gröblicher Benachteiligung des Auftragnehmers § 1396a ABGB.

Nach der Rechtsprechung würden die inhaltlichen Grenzen hinsichtlich der Möglichkeit des Abweichens von Leitlinien im Sinne des § 99 BVergG das Missbrauchsverbot bzw. die Sittenwidrigkeit bilden (VwGH 22.4.2010, 2008/04/0077). In einem Größenschluss seien daher Vertragsbestimmungen, die schon für sich genommen sittenwidrig sind, auch unter dem Gesichtspunkt des Vergaberechtsschutzes rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Die Antragsgegnerin hielt dem mit Stellungnahme vom 27.6.2017 insbesondere Folgendes entgegen:

In den Ausschreibungsunterlagen sei in Punkt 1.11 ausdrücklich festgelegt, dass die Bieter der Auftraggeberin entsprechende Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen zu übermitteln hätte, wenn Unklarheiten vorliegen sollten. Hinzu komme, dass in Punkt 1.12 Absatz 3 der Ausschreibungsunterlagen eine Verpflichtung festgelegt sei, allfällige Unklarheiten und vermutete Verstöße gegen Vergabebestimmungen der Auftraggeberin mit einer sogenannten Prüfanzeige mitzuteilen. Die Antragstellerin habe mit einer Ausnahme keine Bieteranfrage gestellt und sie habe keine Prüfanzeige übermittelt. Die Antragstellerin würde das vorliegende Nachprüfungsverfahren missbrauchen, um ihre bisherigen Preise zu schützen und dadurch einen vergaberechtlichen Wettbewerb zu verhindern. Der Antragstellerin fehle jegliches Rechtsschutzinteresse.

1. Die Antragsgegnerin habe Los 1 des vorangegangenen Vergabeverfahrens widerrufen und sowohl die Widerrufsentscheidung als auch die Widerrufserklärung der Antragstellerin mitgeteilt. Die Antragstellerin habe den Erhalt dieser Zuschriften jeweils ausdrücklich bestätigt.

Das diesbezügliche Vorbringen zeige, dass die Antragstellerin kein rechtliches Interesse am vorliegenden Nachprüfungsverfahren habe, sondern mit völlig untauglichen Mitteln versuche, das Vergabeverfahren zu verhindern oder zumindest zeitlich zu verzögern.

2. Die Antragstellerin würde unterstellen, dass die Auftraggeberin den Ausnahmetatbestand des § 30 Abs. 1 Z 1 Unterabsatz 2 BVergG in der Zukunft vergaberechtswidrig anwenden werde. Diese Unterstellung sei völlig unbegründet. Die Auftraggeberin werde den Ausnahmetatbestand ausschließlich nach Maßgabe der vergaberechtlichen Anforderungen anwenden, wenn dies auf Grund einer zu geringen Anzahl an Verfahrensteilnehmern erforderlich sein sollte.

Es bestehe auch kein Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin im gegenwärtigen Verfahrensstadium. Würde die Auftraggeberin tatsächlich – was nicht der Fall sei – den Ausnahmetatbestand bei einem gegebenen Anlassfall vergaberechtswidrig anwenden, so hätte die Antragstellerin alle vergaberechtlichen Möglichkeiten, um ein solches vergaberechtswidriges Vergabeverfahren zu bekämpfen.

3. Betreffend den Vorbehalt der Ausschreibungsänderungen unterstelle die Antragstellerin bewusst einen unzutreffenden Inhalt. Die Festlegung „weder inhaltlich noch umfangmäßig begrenzt“ beziehe sich nicht auf die Eignungs- und Zuschlagskriterien. Es werde nur klargestellt, dass Berichtigungen – selbstredend im gesetzlichen Umfang – auch in Bezug auf Eignungs- und Zuschlagskriterien zulässig seien. Der Gerichtshof habe mit Erkenntnis vom 1.7.2010, 2007/04/0136, erkannt, dass Ausschreibungsunterlagen gesetzeskonform zu interpretieren seien. Daraus ergebe sich für den vorliegenden Fall, dass die Möglichkeit einer Berichtigung von Eignungs- und Zuschlagskriterien nur im gesetzlichen Rahmen zulässig sei.

Darüber hinaus ergebe sich aus § 90 BVergG kein Hinweis, dass eine Berichtigung nur in Bezug auf bestimmte Festlegungen zulässig wäre.

Ferner sei die von der Antragstellerin relevierte Festlegung überhaupt nicht mehr verfahrensrelevant, weil die Frist für etwaige Berichtigungen der Ausschreibung bereits abgelaufen sei.

Letztlich entspreche die angefochtene Festlegung dem von der Antragstellerin angeführten EuGH-Urteil vom 5.4.2017, C-298/15. Der angefochtene Vorbehalt beziehe sich nur auf die Dauer „innerhalb der Angebotsfrist“. Die Frage, ob eine Berichtigung allenfalls diskriminierend ist, könne nicht pauschal beantwortet werden, sondern hänge immer von der Berichtigung als solche ab.

4. Betreffend Folgeabrufe würde sich die Antragstellerin auf Art. 72 der EU-Richtlinie stützen, die aber Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit betreffe. Im vorliegenden Zusammenhang gehe es aber nicht um eine Vertragsänderung, sondern um die vermeintlich unzulässige Reichweite von Folgeabrufen.

Darüber hinaus bringe die Antragstellerin vor, dass das von der Antragsgegnerin festgelegte Procedere bei Folgeabrufen unzulässig wäre. Dies sei unzutreffend. § 152 Abs. 3 BVergG treffe keine abschließende Regelung für die Vergabe von Leistungen auf Basis einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer. Im Interesse des Wettbewerbs habe sich die Auftraggeberin zu einer Festlegung entschlossen, dass bei einem Folgeabruf aus der Rahmenvereinbarung jene Parteien zur Angebotsabgabe eingeladen werden können, die zumindest in einem anderen Los beauftragt wurden. Diese Festlegung sei zulässig, weil die Aufzählung in § 152 Abs. 3 BVergG nicht abschließend sei und ein entsprechender Wettbewerb gewährleistet werde.

5. Betreffend Subunternehmer weise die Antragsgegnerin auf die bestandsfeste Festlegung hin, dass für den vorliegenden Ausschreibungsgegenstand eine Dienstleistungsanzeige gemäß Punkt 2.2.1 lit. b der Ausschreibungsunterlage erforderlich sei. Für den vorliegenden Ausschreibungsgegenstand sei nämlich eine Gewerbeberechtigung für den Handel mit Medizinprodukten erforderlich. Gerade aus diesem Grund sei es notwendig gewesen, eine Festlegung aufzunehmen, dass auch Lieferanten als Subunternehmer gelten. Wäre nämlich diese Festlegung tatsächlich unzulässig, hätte die Auftraggeberin keine Möglichkeit, einen beigezogenen Subunternehmer im Hinblick auf seine Befugnis zu prüfen. Insofern könne gerade nicht angenommen werden, die ausschreibungsgegenständlichen Produkte wären eine handelsübliche Ware im Sinne des § 2 Z 33a BVergG. Die ausschreibungsgegenständlichen Produkte seien technisch höchst sensibel, weil diese für die Versorgung pflegebedürftiger und bettlägeriger Patienten in kritischem gesundheitlichem Zustand benötigt würden, und seien deswegen nicht als handelsübliche Ware zu qualifizieren.

Die sachliche Rechtfertigung für das Verbot von Sub-Subvergaben ergebe sich aus den sensiblen ausschreibungsgegenständlichen Produkten. Wäre der Auftragnehmer berechtigt, seine Leistungen dadurch zu erbringen, dass letztlich auf beliebig vielen Ebenen jeweils verschiedene Unternehmer beigezogen werden können, so sei die Nachvollziehbarkeit der Leistungserbringung gerade nicht mehr gegeben.

6. Betreffend verbale Begründung gehe aus dem von der Antragstellerin zitierten Erkenntnis VwGH 21.1.2014, 2011/04/0133, gerade hervor, dass für das gegenständliche Vergabeverfahren eine verbale Begründung der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, nicht erforderlich sei. Darüber hinaus sei in den Ausschreibungsunterlagen gerade nicht festgelegt, dass die von der Bewertungskommission ermittelten Punkte nicht auch verbal begründet werden. Hätte die Antragstellerin, wie in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen, eine Bieteranfrage gestellt, so hätte die Antragsgegnerin die unzutreffende Annahme der Antragstellerin ausgeräumt.

7. Betreffend Nachforderung von Eignungsnachweisen sei in den gesamten Ausschreibungsunterlagen nicht festgelegt, dass die Auftraggeberin auf die Nachforderung von Eignungsnachweisen verzichten werde. Wenn die Auftraggeberin vor Mitteilung der Zuschlagsentscheidung die Nachreichung von Nachweisen nicht für erforderlich erachte, erfolge diese Nachforderung erst nach Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und spätestens vor Zuschlagserteilung. Die Möglichkeit, die erforderlichen Nachweise erst vor Zuschlagserteilung nachzufordern, sei in § 70 Abs. 3 Satz 2 BVergG ausdrücklich vorgesehen.

Darüber hinaus bemängle die Antragstellerin in diesem Zusammenhang, dass gemäß Punkt 1.5.3 letzter Absatz der Ausschreibungsunterlagen die Nachfrist nicht weniger als einen vollen Werktag betragen werde. Die Antragstellerin gestehe jedoch ausdrücklich zu, dass auch in den Gesetzesmaterialien eine solche Frist vorgesehen sei. Aus der angefochtenen Festlegung ergebe sich nicht der geringste Hinweis, dass das Angemessenheitserfordernis für die Frist nicht berücksichtigt werde.

Die Antragstellerin behaupte weiters, der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Ausschlussgrund für den Fall einer nicht ordnungsgemäßen Nachreichung von Nachweisen wäre rechtswidrig. Dieses Vorbringen sei unzutreffend. § 70 BVergG enthalte keine ausdrückliche Regelung, ob eine Nachreichung wiederholt werden dürfe oder nicht. Wenn es zulässig wäre, ein erstes Aufklärungsersuchen zu ignorieren, weil ein öffentlicher Auftraggeber immer verpflichtet wäre, auch ein zweites Aufklärungsersuchen zu übermitteln, so wäre die Eigenerklärung entwertet und würde

insbesondere dem Unverzüglichkeitsgrundsatz des § 70 Abs. 2 BVergG widersprechen. Die Festlegung sei auch sachgerecht, weil mit der von der Antragstellerin vertretenen Ansicht, wonach die Nachreichung ein weiteres Mal wiederholt werden könne, eine erhebliche Verzögerung verbunden wäre.

8. Betreffend vertiefte Angebotsprüfung beziehe sich die Festlegung nur auf den ersten der insgesamt drei Tatbestände, in denen nach § 125 Abs. 3 BVergG eine vertiefte Angebotsprüfung verpflichtend sei. Hätte die Antragstellerin eine diesbezügliche Bieteranfrage gestellt, so hätte die Antragsgegnerin dies ausdrücklich klargestellt.

9. Betreffend Entsorgungssäcke sei es korrekt, dass die Ausschreibungsunterlagen keine Festlegungen über eine allfällige Reinigung der Entsorgungssäcke enthalte. Dies erkläre sich wenig überraschend daraus, dass der künftige Auftragnehmer eine solche Reinigung auch tatsächlich nicht zu erbringen habe. Aus der Festlegung, dass die Auftraggeberin Eigentum an diesen Entsorgungssäcken erwerbe, würde sich unmissverständlich ergeben, dass keine Reinigung zu erbringen sei und diese Entsorgungssäcke ein schlichter Liefergegenstand seien, der vom Auftragnehmer der Auftraggeberin nicht mehr zurückzustellen sei. Warum mit diesen Entsorgungssäcken eine fehlende Kalkulierbarkeit verbunden sein soll, sei nicht nachvollziehbar.

10. Betreffend Sicherheitsnormen gehe die ÖVE/ÖNORM EN 60601-2-52 als speziellere Norm der EN 606001-1 vor. Die Geltung der ÖVE/ÖNORM EN 60601-2-52 hänge nicht vom Produktionsjahr, sondern von der Art des Produktes ab. Die Antragsgegnerin habe eine bewusste Entscheidung dahingehend getroffen, dass Produkte, für welche die EN 60601-1 gelte, und Produkte, für welche die EN 60601-2-52 gelte, gleichwertig seien. Diese Festlegung sei auch deswegen nicht zu beanstanden, weil es auf Grund der Vorrangregel der EN 60601-2-52 gegenüber der EN 60601-1 keinerlei Widerspruch gebe.

11. Betreffend Umstellung der Bewertungskommission würde die von der Antragstellerin angeführte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 11.2.2014, W187 2000002-1, einen nicht vergleichbaren Sachverhalt betreffen, weil der Entscheidung ein Fall zu Grunde gelegen sei, in dem in einem zweistufigen Verhandlungsverfahren für die Beurteilung der Teilnahmeunterlagen in der ersten Stufe keine Bewertungskommission festgelegt gewesen sei. Darüber hinaus sei die gegenständliche Festlegung eine nahezu unbedingte Voraussetzung für ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren, weil andernfalls dann, wenn ein Mitglied der Bewertungskommission aus gesundheitlichen oder anderen schwerwiegenden Gründen verhindert sein sollte, an der Bestbieterermittlung mitzuwirken, das gesamte Vergabeverfahren wiederholt werden müsste. Im Interesse einer effizienten Beschaffung müsse eine solche Verzögerung jedenfalls vermieden werden.

12. Betreffend technische Leistungsfähigkeit würden Bieter zum einen technisches Liefer-Know-how in Bezug auf die Produkte, die sie anbieten und im Auftragsfall auch zu liefern hätten, benötigen. Dieses Know-how hätten die Bieter auf Grund der Beantwortung der Frage 11 auch tatsächlich nachzuweisen. Zum anderen hätten die Bieter technisches Service-Know-how im Hinblick auf die Wiederaufbereitungsleistungen (Hygieneservice) nachzuweisen. Auch dieses Service-Know-how hätten die Bieter auf Grund der Antwort zu Frage 11 nachzuweisen. Für das Service-Know-how sei es jedoch völlig irrelevant, für welche Matratze bzw. welches Bett das Hygieneservice erbracht worden sei. Folglich sei mit Beantwortung der Frage 11 eine Klarstellung vorgenommen worden, dass einerseits das Liefer-Know-how und andererseits das Service-Know-how auch mit unterschiedlichen Referenzen nachgewiesen werden könne. Eine Bieterungleichbehandlung liege darin nicht vor.

13. Betreffend Sittenwidrigkeit sei festzuhalten, dass Punkt 4.5 der Ausschreibungsunterlagen die Kontrollrechte der Auftraggeberin, nicht jedoch Haftungsausschlüsse festlegen würde. Die Weiterleistungspflicht in Punkt 4.13 der Ausschreibungsunterlagen sei für die Sicherstellung der Versorgung unabdingbar. Punkt 4.12.2 der Ausschreibungsunterlagen lege kein generelles Zessions- und Verpfändungsverbot fest. Erforderlich sei lediglich die vorherige schriftliche Zustimmung der Auftraggeberin. Die Auftraggeberin müsse zu jedem Zeitpunkt der Vertragserfüllung exakt Kenntnis darüber haben, wem gegenüber mit schuldbefreiender Wirkung geleistet werden könne.

Stellungnahme der Antragstellerin vom 11.7.2017

Die Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 11.7.2017 auf die letzte Stellungnahme der Antragsgegnerin. In diesem Schriftsatz zog die Antragstellerin den Beschwerdepunkt 1 betreffend Doppelausschreibung zurück und vertiefte im Wesentlichen ihre bisherige Argumentation. Darüber hinaus führte die Antragstellerin detailliert aus, dass ihrer Ansicht nach auch Punkt 1.12 der Ausschreibungspflicht betreffend die Anzeigepflicht der Bieter

vergaberechtswidrig sei.

Replik der Antragsgegnerin vom 17.7.2017:

Auf die letzte Stellungnahme der Antragsgegnerin replizierte wiederum die Antragsgegnerin, und zwar mit Schriftsatz vom 18.7.2017. Auch dieser Schriftsatz enthält im Wesentlichen eine Vertiefung der bereits bisher vertretenen Argumentation.

Replik der Antragstellerin vom 19.7.2017:

Die Antragstellerin übermittelte am 20.7.2017 vor Verhandlungsbeginn ihren Schriftsatz vom 19.7.2017, in welchem sie ihre bisherige Argumentation noch einmal vor allem in rechtlicher Hinsicht vertiefte.

Mündliche Verhandlung:

Am 20.7.2017 wurde eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Inhalt und Verlauf der mündlichen Verhandlung sind dem Verhandlungsprotokoll zu entnehmen.

Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin und führt ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einer Partei pro Los über die Lieferung von Antidekubitus-Systemen als Mietsysteme. Die Ausschreibung ist in fünf Lose geteilt. Der voraussichtliche Auftragswert beträgt mehr als das 20-fache des EU-Schwellenwertes für Lieferaufträge.

Die Antragsgegnerin hat die Ausschreibung am 11.5.2017 im Amtsblatt der EU bekannt gemacht. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 26.6.2017, 12:00 Uhr, festgesetzt (Punkt IV.2.2 der Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der EU). Als Termin für die Angebotsöffnung war der 26.6.2017, 12:15 Uhr, festgesetzt (Punkt IV.2.7 der Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der EU).

Die Antragstellerin hat am 14.6.2017 nach Ende der Arbeitsstunden jeweils einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen und der 2. Anfragebeantwortung sowie jeweils einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht. Die Anträge sind am 16.6.2017 eingelangt. Die Anträge sind rechtzeitig und erfüllen die Formalvoraussetzungen. Dem Erfordernis, einen drohenden Schaden glaubhaft zu machen, hat die Antragstellerin unter anderem dadurch entsprochen, dass sie dargelegt hat, sie wolle sich am Vergabeverfahren beteiligen und es würde ein Schaden bereits dann vorliegen, wenn ein Unternehmer an dem gesetzwidrigen Vergabeverfahren teilnehmen müsse, um seine Chance auf den Zuschlag zu wahren.

Die Ausschreibungsunterlagen enthalten unter anderem folgende Festlegungen:

Die Termine für die Abgabe und die Öffnung der Angebote sind in der Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der EU (Punkte IV.2.2 und IV.2.7) sowie in den Ausschreibungsunterlagen unter „Angebotsabgabe“ bzw. unter „Angebotsöffnung“ mit 26.6.2017, 12:00 Uhr bzw. 12:15 Uhr, angegeben.

Betreffend Prüfungsanzeige:

„1.12 Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen (...) Sollten sich dem Bieter bei Prüfung der Ausschreibungsunterlagen allfällige Widersprüche, sonstige Unklarheiten oder vermutete Verstöße gegen Vergabebestimmungen ergeben, so ist dies der Auftraggeberin umgehend - jedenfalls aber 7 Tage vor Ende der jeweiligen Angebotsfrist - schriftlich mit einer sogenannten Prüfungsanzeige mitzuteilen. (...)“

Betreffend anschließendes Verhandlungsverfahren:

„1.4.2 (...) Sollten auf diese Weise nicht alle Lose vergeben werden können, weil sich beispielsweise zu wenig Bieter am Vergabeverfahren beteiligt haben, behält sich die Auftraggeberin vor, alle Bieter, die mit zumindest einem Los im vorliegenden Verfahren beauftragt wurden, zu einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 30 Abs. 1 Ziffer 1 und Abs. 2 BVergG einzuladen, um auf diesem Weg die restlichen Lose zu vergeben.“

Für Ausschreibungsänderungen enthalten die Ausschreibungsunterlagen auszugsweise folgende Festlegungen:

„1.12 (...) Die Auftraggeberin behält sich vor, Klarstellungen, Berichtigungen, Änderungen oder Ergänzungen zu den Ausschreibungsunterlagen innerhalb der Angebotsfrist vorzunehmen und anonymisiert in einem in sich geschlossenen Dokument mit dem Titel „Berichtigung“ mitzuteilen; diese Rechte der Auftraggeberin beziehen sich auf sämtliche

Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen und sind insofern weder inhaltlich noch umfangmäßig begrenzt, sodass Berichtigungen unter anderem auch für Eignungs- und Zuschlagskriterien zulässig sind. Sofern der Umfang oder Zeitpunkt der Berichtigung es erforderlich macht, wird die Auftraggeberin die Angebotsfrist erstrecken.“

Für Folgeabrufe enthalten die Ausschreibungsunterlagen auszugsweise folgende Festlegungen:

„1.5.5 (...) b) (...) Die Auftraggeberin kann die Partei der Rahmenvereinbarung durch einen Folge-Abruf im Sinne des Punktes 4.2.8 mit der Lieferung von Produkten nach den Vorgaben in Punkt 4 beauftragen, die mit dem vorliegenden Beschaffungsgegenstand vergleichbar sind oder die sonst für die Umsetzung des vorliegenden Beschaffungsvorhaben benötigt werden. Solche Folgeabrufe sind insbesondere für jene Produkte möglich, die in der Leistungsbeschreibung nicht ausdrücklich enthalten sind, jedoch mit dem vorliegenden Beschaffungsvorhaben in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehen; ferner sind solche Folge-Abrufe auch dann möglich, wenn sich wirtschaftliche, technische oder rechtliche Änderungen in der Zusammenarbeit zwischen Auftraggeberin und Partei der Rahmenvereinbarung ergeben sollten. (...)“

„4.2.8 (...) Im Rahmen von Folge-Abrufen ist die Auftraggeberin berechtigt, beim Auftragnehmer auch Produkte aus dem Vertrag (Rahmenvereinbarung) abzurufen, die vom vorliegenden Vertrag nicht ausdrücklich umfasst sind, jedoch mit dem Beschaffungsvorhaben in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehen. Bei solchen Folge-Abrufen wird die Auftraggeberin grundsätzlich nur den Auftragnehmer, der mit dem jeweiligen Los beauftragt wurde, jeweils schriftlich auffordern, sein ursprüngliches Angebot, das der abgeschlossenen Rahmenvereinbarung zu Grunde liegt, insbesondere im Hinblick auf diese neuen Produkte bzw. Leistungen sowie allfälliger sonstiger angepasster Bedingungen zu adaptieren. Sofern es jedoch der Auftraggeberin aus beschaffungstechnischen Gründen zweckmäßig erscheint, ist die Auftraggeberin auch berechtigt, einen oder alle Auftragnehmer, mit dem oder mit denen jeweils auch eine Rahmenvereinbarung für zumindest ein Los abgeschlossen wurde, schriftlich aufzufordern, sein ursprüngliches Angebot oder ihre ursprünglichen Angebote, das oder die der abgeschlossenen Rahmenvereinbarung zu Grunde liegt, insbesondere im Hinblick auf diese neuen Produkte bzw. Leistungen sowie allfälliger sonstiger angepasster Bedingungen zu adaptieren. Gemäß § 152 Abs. 3 Z 2 BVergG nimmt bzw. nehmen also an einem solche Folge-Abruf entweder eine Partei oder alle Parteien teil.“ (...) „Darüber hinaus wird die Auftraggeberin die neuen Produkte mit dem Folge-Abruf unter Einladung zur Angebotsabgabe konkret spezifizieren; dabei wird die Auftraggeberin unter anderem auch festlegen, ob die Entscheidung über die Auftragsvergabe nach dem Billigstbieter- oder Bestbieterprinzip samt allfälligen Zuschlagskriterien erfolgt.“

Betreffend Sub- und Sub-Subunternehmer:

„1.8 (...) Im vorliegenden Fall gelten auch Lieferanten des Bieters als Subunternehmer.“ (...) „Fehlen in einem Angebot die namentliche Angabe eines Subunternehmers oder die Bezeichnung der Subunternehmer-Leistungen, liegt ein unbehebbarer Mangel vor, sodass das Angebot zwingend auszuschneiden ist. Dies gilt auch für die Subunternehmer-Verfügungserklärungen, die spätestens infolge einer Nachforderung (Punkt 1.5.2 Abs. 2) nicht oder nicht fristgemäß oder gegenüber der Eigenerklärung widersprüchlich nachgereicht wurden. (...) Ein Wechsel oder Abzug des bereits bekannt gegebenen Subunternehmers ist nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung der Auftraggeberin gemäß Punkt 4.6 und darüber hinaus nur dann zulässig, wenn eine sachliche Notwendigkeit für den Wechsel oder den Abzug besteht.“

„4.6 Subunternehmer. (...) Der Auftragnehmer darf nur jene Subunternehmer beiziehen, die dieser gemäß Punkt 1.8 genannt hat. Die Beiziehung eines anderen Subunternehmers durch den Auftragnehmer ist nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung der Auftraggeberin zulässig; ohne eine ausdrückliche schriftliche Zustimmung ist die Beiziehung eines anderen Subunternehmers jedenfalls unzulässig, und zwar unabhängig davon, wann eine Zustimmung erteilt wird.“ „Der Auftragnehmer hat in seinen Subunternehmerverträgen vertragsrechtlich unter Verwendung angemessener Vertragsstrafen sicherzustellen, dass der Subunternehmer die bei ihm beauftragten Subunternehmerleistungen nicht nochmals an einen weiteren Subunternehmer weitergibt. Demnach sind also Sub-Subunternehmerleistungen jedenfalls ausgeschlossen.“

Betreffend Begründungstiefe:

„3.4 (...) Im Rahmen der Bestbieterermittlung werden die Mitglieder der Bewertungskommission jeweils nach interner Diskussion zu jeder Anforderung einstimmig bewerten und ausschließlich einstimmig verbal begründen, ob durch das angebotene Konzept das jeweils festgelegte Ziel bestens (3 Punkte), gut (2 Punkte) oder ausreichend (1 Punkt) erreicht

wird; enthält ein Konzept zu einer Anforderung keine oder keine inhaltlich verifizierbare Darstellung, werden dafür 0 Punkte vergeben. Nur diese Punkte pro Anforderung und Ziel werden am Ende des Vergabeverfahrens bei Mitteilung der Zuschlagsentscheidung als Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes und als Gründe für die Ablehnung des Angebotes bekannt gegeben. (...)"

Betreffend Nachforderung von Eignungsnachweisen:

„1.5.2 (...) Macht der Bieter von Fall 2 bei Abgabe seines Angebotes Gebrauch und verzichtet er also vorerst auf die Vorlage der Nachweise, wird die Auftraggeberin gemäß § 70 Abs. 4 BVergG im wesentlichen jene Bieter, die nach einer vorläufigen Prüfung für eine Beauftragung in Betracht kommen, per E-Mail oder Fax auffordern, alle in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweise per E-Mail nachzureichen. Die Auftraggeberin ist bei Festlegung der Nachfrist in jeder Hinsicht frei; gemäß den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zu § 70 Abs. 4 BVergG wird jedoch die Nachfrist nicht weniger als einen vollen Werktag betragen. Eine solche Aufforderung zur Nachreichung der Nachweise kann im Wesentlichen an jene drei Bieter übermittelt werden, die nach einer Prüfung aller fristgemäßen Angebote nach den Eigenerklärungen und allfälligen freiwillig bereits mit den Angeboten abgegebenen Nachweisen als die vorläufig bestgereihten Angebote ermittelt wurden. Diese Bieter werden daher vor Mitteilung der Zuschlagsentscheidung zur Nachreichung der Nachweise aufgefordert, sofern dies nach Auffassung der Auftraggeberin für die Beurteilung der vergaberechtlichen Regelung erforderlich ist. Werden die vorläufigen Eigenerklärungen durch die nachgereichten Nachweise nicht vollständig bestätigt, liegt jedenfalls ein unbehebbarer Mangel vor, der zum zwingenden Ausschluss des betreffenden Angebotes führt, sofern durch die Eigenerklärung ein höheres Maß an Eignung behauptet wurde, als sich dies im Rahmen der Eignungsprüfung aus den nachgereichten Nachweisen ergibt und sich die Eigenerklärung auf die Entscheidung, ob der betreffende Bieter geeignet oder nicht geeignet ist, auswirken würde. Darüber hinaus liegt jedenfalls ein unbehebbarer Mangel vor, der zum zwingenden Ausschluss des betreffenden Angebotes führt, wenn nicht alle Nachweise, welche die Auftraggeberin nachgefordert hat, (fristgemäß) nachgereicht werden; dies gilt auch für inhaltlich unvollständig nachgereichte Nachweise.“

Betreffend Angebotsprüfung:

„1.15 (...) Die Auftraggeberin ist jedenfalls dann nicht verpflichtet, eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß §§ 145 ff BVergG durchzuführen, wenn der angebotene Produkt-Gesamt-Angebotspreis innerhalb einer Bandbreite von +/- 20 % der Kostenschätzung der Auftraggeberin liegt.“

Betreffend Zusatzbezüge und Entsorgungssäcke:

„4.3. Leistungsgegenstand 4.3.1 Lieferung der Produkte (...) d. Nach einer gesonderten Bestellung durch die Auftraggeberin hat der Auftragnehmer die Zusatz-Bezüge zu liefern, die jeweils gesondert nach den Stückpreisen des Preisblattes verrechnet werden dürfen; für diese Lieferung gelten die Reaktionsfristen gemäß lit. i nicht. Vielmehr ist der Auftragnehmer berechtigt, die Zusatz-Bezüge gemeinsam mit einer regulären Lieferung von Matratzen bzw. Betten der Auftraggeberin direkt vor Ort an die jeweilige Station zu liefern. Die Lieferung erfolgt auf Kosten und Gefahr des Auftragnehmers.“

Punkt 4.3.4 regelt unter der Überschrift „Entsorgungssäcke“, welche Leistungen der Auftragnehmer für die Entsorgungssäcke zur Aufbewahrung und Abholung der Bezüge zu erbringen und welche Vorgangsweise er dabei zu berücksichtigen hat.

Betreffend Sicherheitsnorm:

Beilage ./2 zu den Ausschreibungsunterlagen enthält zu Los 5 in Position 21 folgende Festlegung:

„21 – Elektrische Sicherheitsstandards gemäß EN 60601-1“.

Dazu enthält die 2. Fragenbeantwortung folgende Frage 8 samt Antwort:

Frage 8: „Hinsichtlich der aktuellen Sicherheitskriterien bei elektrisch betriebenen Krankenbetten wird zwar als Musskriterium die Erfüllung der Norm 60601-1 gefordert, jedoch ist die Sicherheitsnorm 60601-2-52 nicht angeführt. Aus unserer Sicht sollte dies in diesem Vergabeverfahren jedoch Bedacht finden, da es sich um einen Sicherheitsstandard handelt, der bereits 2014 in Kraft getreten ist und zum verbesserten Schutz der Patienten führt.“

Antwort: „Sofern für das jeweils angebotene Produkt ist jetzt Norm 60601-2-52 anzuwenden ist, gilt auch diese Norm für das anzubietende Produkt.“

Die Ö-Norm EN 60601-1, Teil 1, wurde am 1.2.2014 herausgegeben und enthält unter anderem folgende Festlegungen:

„1.1 Anwendungsbereich:

Diese internationale Norm gilt für die Basissicherheit und die wesentlichen Leistungsmerkmale von medizinischen elektrischen Geräten und medizinischen elektrischen Systemen, nachfolgend als ME-Geräte und ME-Systeme bezeichnet.“

„1.2 Zweck

Der Zweck dieser Norm ist es, allgemeine Anforderungen festzulegen und als Grundlage für die besonderen Festlegungen zu dienen.“

Die Ö-Norm EN 60601-2-52 wurde am 1.5.2016 herausgegeben und enthält unter anderem folgende Festlegungen:

„201.1.1 Anwendungsbereich

Diese internationale Norm gilt für die Basissicherheit einschließlich der wesentlichen Leistungsmerkmale von medizinisch genutzten Betten, wie in 201.3.212 beschrieben, für den Gebrauch durch Erwachsene, wie ihn 201.3.219 beschrieben.“

„201.1.2 Zweck

Der Zweck dieser besonderen Festlegungen ist es, besondere Anforderungen an die Basissicherheit und wesentliche Leistungsmerkmale von medizinischen genutzten Betten, wie in 201.3.212 beschrieben, für den Gebrauch durch Erwachsene, wie in 201.3.219 beschrieben, zu erstellen.“

„201.1.3 Ergänzungsnormen

Diese besonderen Festlegungen beziehen sich auf diejenigen geltenden Ergänzungsnormen, die in Abschnitt 2 der Allgemeinen Festlegungen und in 201.2 dieser Besonderen Festlegungen angeführt sind.

IEC 60601-1-3, IEC 60601-1-8 und IEC 60601-1-10 gelten nicht. Alle anderen Ergänzungsnormen der Normen der Reihe 60601-1 gelten wie veröffentlicht.“

„201.1.4 Besondere Festlegungen

In der Normenreihe IE C60601 können die Besonderen Festlegungen gegebenenfalls die in den Allgemeinen Festlegungen und den Ergänzungsnormen enthaltenen Anforderungen für das jeweilige MB-Gerät ändern, ersetzen oder löschen und andere Anforderungen an die Basissicherheit und die wesentlichen Leistungsmerkmale hinzufügen.

Eine Anforderung der Besonderen Festlegungen hat Vorrang vor den Allgemeinen Festlegungen.

Abkürzend wird auf IE C60601-1 in diesen Besonderen Festlegungen als „Allgemeine Festlegungen“ Bezug genommen. Auf Ergänzungsnormen wird mit ihrer Dokumentennummer Bezug genommen.“

Umstellung der Bewertungskommission:

Punkt 3.1 der Ausschreibungsunterlagen nennt die vorgesehen Mitglieder der Bewertungskommission namentlich. Darüber hinaus enthält dieser Punkt folgende Festlegung:

„Die Auftraggeberin ist jederzeit berechtigt, Ersatz-Mitglieder oder zusätzliche Mitglieder zu nominieren oder auf einzelne Mitglieder auch zu verzichten.“

Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit:

Frage 11 der 2. Fragenbeantwortung samt Antwort lautet:

Frage 11: „Wir möchten in jedem der 5 Lose jeweils ein Angebot legen. In den Ausschreibungsunterlagen sind für die Lose jeweils Mindest-Gesamt Miettage zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit festgelegt. Obwohl es uns ohne weiteres möglich ist, fast das Vierfache der insgesamt geforderten 112.000 Miettage allein durch KV-eigene Miettage in einzelnen Losen nachzuweisen, verfügen wir in einzelnen Losen über keine nennenswerten Referenzen auf Mietbasis. Die Erklärung hierfür liegt freilich nicht in einer mangelnden technischen Leistungsfähigkeit, sondern schlicht und einfach darin, dass bestimmte Produkte im Mietgeschäft zu neu sind. Wir ersuchen Sie im Namen unserer Mandantin daher höflichst darum, die unseres Erachtens überhöhten Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit zu überdenken, weil es für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit ausreichen sollte, wenn

von einem Bieter, der sämtliche Lose anbieten möchte, die insgesamt geforderten 112.000 Miettage in nur einem einzigen Los nachgewiesen werden können. Der Umstand, dass es sich in den einzelnen Losen um unterschiedliche Produkte handelt, spielt nämlich für die Beurteilung der Frage, ob ein Bieter in der Lage, die jeweils geforderte Anzahl mit Tagen abzuwickeln, überhaupt keine Rolle.“

Antwort: „Wenn des Musskriterium jeweils gemäß lit. a im Wege einer Miete nicht nachgewiesen werden kann, besteht zunächst die Möglichkeit, die Antidekubitus-Matratzen bzw. die Intensivbetten Systeme jeweils gemäß lit. a mit einer Mindest-Stückzahl von zumindest 7 im Los 1, 10 im Los 2, 50 im Los 3, 20 im Los 4 und 15 im Los 5 jeweils im Wege eines Verkaufs an einen oder mehrere Auftraggeber nachzuweisen. In diesem Fall muss der Bieter zusätzlich das in lit. a der Punkte 2.4.2 bis 2.4.6 der Ausschreibungsunterlage jeweils festgelegte Bereitstellen im Wege einer Miete für Antidekubitus-Matratzen nachweisen, wobei die spezifischen Produkthanforderungen jeweils gemäß lit. a dabei nicht erfüllt werden müssen. Im Ergebnis hat somit der Bieter die Möglichkeit, die jeweils geforderten Referenzen entweder nach den Vorgaben gemäß den Punkten 2.4.2 bis 2.4.6 der Ausschreibungsunterlage oder nach Maßgabe des vorstehenden Absatzes nachzuweisen. Erfolgte Nachweis nach diesem vorstehenden Absatz, hatte Bieter für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit wickelt jene Referenzblätter zu verwenden, die der vorliegenden Fragenbeantwortung angeschlossen ist.“

Betreffend Sittenwidrigkeit:

Der Haftungsausschluss in Punkt 4.5 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

„Die Auftraggeberin übernimmt für das Eigentum des Auftragnehmers, für das Eigentum seiner Mitarbeiter und für das Eigentum von sonstigen Dritten, die dieser beigezogen hat, keinerlei Haftung. Darüber hinaus haftet die Auftraggeberin jedenfalls nicht für Personen- oder Sachschäden, die vom Auftragnehmer, von seinen Mitarbeitern oder von sonstigen Dritten, die dieser beigezogen hat, verursacht wurden.“

Die Weiterleistungspflicht des Auftragnehmers in Punkt 4.10 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

„Sofern der Vertrag vorzeitig au

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at