

TE Bvwg Erkenntnis 2018/9/12 W138 2201255-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.09.2018

Entscheidungsdatum

12.09.2018

Norm

ABGB §914
BVerG 2006 §12 Abs1 Z2
BVerG 2006 §122
BVerG 2006 §138 Abs1
BVerG 2006 §19 Abs1
BVerG 2006 §2 Z16 lita
BVerG 2006 §2 Z8
BVerG 2006 §291
BVerG 2006 §292 Abs1
BVerG 2006 §3 Abs1 Z2
BVerG 2006 §312 Abs2
BVerG 2006 §320 Abs1
BVerG 2006 §322 Abs1
BVerG 2006 §322 Abs2
BVerG 2006 §5
BVerG 2006 §78 Abs3
BVerG 2006 §90
BVerG 2006 §96 Abs1
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §24
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W138 2200339-2/22E

W138 2201255-2/22E

W138 2203735-2/13E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

I. Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzender sowie Mag. Karin RATHKOLB als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite und Mag. Franz PACHNER als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Flächendesinfektionsmittel" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, auf Grund der drei Anträge XXXX, vertreten durch XXXX,

XXXX vom 06.07.2018, 17.07.2018 und 17.08.2018 in den verbundenen Rechtssachen nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 08.08.2018 zu Recht erkannt:

A)

I.1. Der Antrag das Bundesverwaltungsgericht möge "die Ausschreibung samt all ihren Unterlagen für das Vergabeverfahren Flächendesinfektionsmittel, PRNR 2018-18, WA115884/9020, für nichtig erklären; in eventu die für die Antragstellerin diskriminierenden Anforderungen bzw. technisch unmöglichen Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen streichen", wird abgewiesen

II.2 Die beiden Anträge das Bundesverwaltungsgericht möge "die Ausschreibung samt all ihren Unterlagen und Berichtigungen und weiteren Festlegungen für das Vergabeverfahren Flächendesinfektionsmittel, PRNR 2018-18, WA115884/9020, für nichtig erklären; in eventu die für die Antragstellerin diskriminierenden Anforderungen bzw. technisch unmöglichen Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen streichen", werden

1. soweit er sich auf die 2. Berichtigung bezieht abgewiesen und

2. soweit er sich auf die 3. Berichtigung bezieht abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

Die drei Nachprüfungsanträge der XXXX (im Weiteren Antragstellerin), vertreten durch Leitner Trischler Rechtsanwälte, samt den Anträgen auf Erlassung einstweiliger Verfügungen vom 06.07.2018, 17.07.2018 und 17.08.2018 langten fristgerecht im BVwG ein.

Im Schriftsatz vom 06.07.2018 (1. Nachprüfungsantrag, GZ W138 2200339-2) wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (im Weiteren Auftraggeberin) mit EU-weiter Bekanntmachung vom 05.06.2017 ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Liefervertrages zwecks Beschaffung von Flächendesinfektionsmitteln eingeleitet habe.

Am 25.06.2018 seien von der Antragstellerin an die Auftraggeberin mehrere Fragen gerichtet worden und es sei um Streichung rechtswidriger Ausschreibungsbestandteile ersucht worden. Die Auftraggeberin habe zwar die Fragen beantwortet, jedoch an den rechtswidrigen Bedingungen festgehalten.

Die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag sei entrichtet worden. Die Antragstellerin habe großes Interesse am Vertragsabschluss. Die Ausschreibung sei aus nachfolgenden Gründen rechtswidrig:

Haltbarkeit:

Die für Los 3, Los 4 und Los 5, als Mindestkriterium geforderte Haltbarkeit von mindestens drei Monaten nach Anbruch der Packung sei nicht marktüblich. Die normale Haltbarkeit solcher Produkte liege zwischen 20 und 28 Tagen. Die Bestimmung sei daher diskriminierend, verletze den Grundsatz der eindeutigen, vollständigen und neutralen Leistungsbeschreibung und begünstige einen Bieter.

Alkoholgehalt:

Sowohl beim Los 3 als auch beim Los 4 werde als Mindestkriterium verlangt, dass die vorgetränkten, gebrauchsfertigen Desinfektionstücher mit geringem Alkoholgehalt (25% bis 35% Alkohol) zur Schnelldesinfektion geeignet sein müssten. Es gebe jedoch keinen sachlichen Grund für die Einschränkung auf eben diesen Alkoholgehalt.

Mit dieser Beschränkung solle ein bestimmter Bieter begünstigt werden.

Maximaler Inhalt von Verpackungseinheiten:

Bei allen Losen werde ein maximaler Inhalt pro Verpackungseinheit vorgegeben. Eine sachliche Rechtfertigung hierfür existiere nicht. Es sei für die Auftraggeberin völlig irrelevant, mit welchen Verpackungseinheiten sie beliefert werde. Es solle damit derjenige Bieter begünstigt werden, der exakt diese Packungsgröße in seinem Sortiment habe.

Größe des Klickverschlusses:

Beim Los 3 werde verlangt, dass der Klickverschluss bestimmte nähere Dimensionierungen aufweise. Die Größe des Klickverschlusses sei nicht marktüblich. Es handle sich dabei um eine Größe, die nur ein Bieter liefere und diene ohne sachliche Rechtfertigung dazu einen Bieter zu bevorzugen.

Mindestdesinfektionsfläche:

Im Los 3, 4 und 5 werde eine Mindestfläche definiert zu deren Desinfektion das Tuch geeignet sein müsse. Es handle sich hierbei um eine unvollständige Leistungsbeschreibung, weil eine solche Angabe ohne Kenntnis der Oberfläche nicht gemacht werden könne.

Zusammenschau der Kriterien der Lose 3, 4 und 5:

Die Kriterien der Lose 3,4 und 5 seien auf einen Bieter maßgeschneidert.

VAH/ÖGHMP-Eignung:

Im Los 8 werde für das Vliestuch gefordert, dass dieses für eine Wischdesinfektion mit VAH und/oder ÖGHMP gelisteten Flächendesinfektionsmitteln geeignet sein müsse. Dies müsse vorher getestet und vom Bieter bescheinigt werden. Innerhalb von 41 Tagen sei es jedoch zeitlich nicht möglich, sämtliche der gelisteten Flächendesinfektionsmittel zu testen. Das Kriterium sei sachlich nicht gerechtfertigt.

Bewertung durch Expertenkommission:

Innerhalb des Loses 3, 5 und 8 fände sich das Mindestkriterium, dass das Vliestuch "reißfest, formstabil und fusselfrei" sein müsse. Auch werde als Mindestkriterium verlangt, dass der Kübel "aus stabilem formwahrenden" Hartplastik sein müsse. Es handle sich bei allen diesen Punkten um technisch eindeutig zu spezifizierende Merkmale. So seien etwa Reißfestigkeit und Formstabilität physikalische Kenngrößen. Die Beurteilung dieser Merkmale durch eine Expertenkommission, ohne Nennung der Parameter wovon die Beurteilung abhängen sei rechtswidrig. Es stehe damit im Belieben der Auftraggeberin, welches Angebot sie als das "Beste" auswähle. Insbesondere sei darauf hinzuweisen, dass die Beurteilung durch eine Expertenkommission nur bei ästhetischen oder subjektiven Merkmalen durchgeführt werden könne. Um solche handle es sich hier nicht. Es sei völlig unklar, was der Bieter liefern solle. Damit sei das Transparenzgebot des § 78 Abs. 3 BVergG verletzt.

Vertragsbeginn/Vertragsdauer:

Gemäß Punkt 4. der besonderen Bedingungen sei der Abschluss eines unbefristeten Vertrages beabsichtigt. Für den Fall, dass dieser nicht unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten gekündigt werde, verlängere sich dieser automatisch jeweils um ein weiteres Jahr. Es liege sohin völlig im Belieben der (künftigen) Vertragspartner, wie lange der Vertrag aufrecht sein solle. Dies widerspreche den Grundwertungen des Bundesvergabegesetzes. In der Bekanntmachung sei zudem die Vertragsdauer mit 48 Monaten angegeben worden. Die nunmehr gewollte unbefristete Vertragsdauer sei daher rechtswidrig.

Leistungsumfang:

Gemäß Punkt 7 der besonderen Bedingungen habe die Auftragnehmerin für den Fall, dass Überbezüge erforderlich sein sollten, die volle Liefergarantie zu übernehmen. Es sei nicht klar, ob und wenn ja zu welchen Überbezügen es komme. Der Bieter werde daher zur Übernahme unkalkulierbarer Risiken genötigt. Dies sei rechtswidrig.

Besserungsklausel:

Gemäß Punkt 40 der Allgemeinen Bedingungen verpflichte sich die Auftragnehmerin gesunkene Listenpreise an die Auftraggeberin weiterzugeben. Die Möglichkeit bzw. Absicherung der Auftragnehmerin die Preise auch nach oben anzupassen, wenn die Listenpreise steigen, sei nicht vorgesehen. Dies sei eine Nötigung zur Übernahme

unkalkulierbarer Risiken und daher rechtswidrig.

Mit Schriftsatz vom 10.07.2018 erteilte die Auftraggeberin, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und sprach sich ausdrücklich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus, mit welcher die Angebotsfrist für die gesetzlich vorgesehene Dauer des Nachprüfungsverfahrens von sechs Wochen nach Einlangen des Nachprüfungsantrages ausgesetzt wird. Den Anträgen auf Untersagung der Angebotsöffnung sowie der Fortführung dieses Vergabeverfahrens sei jedoch nicht stattzugeben.

Mit Beschluss vom 12.07.2018, zur Zahl W138 2200339-1/2E, hat das Bundesverwaltungsgericht die von der Antragstellerin mir Schreiben vom 06.07.2018 beantragte einstweilige Verfügung erlassen.

Mit Schriftsatz vom 13.07.2018 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung legte Urkunden vor und führte im Wesentlichen aus, dass die Haltbarkeit der Produkte von 3 Monaten für die Auftraggeberin aus wirtschaftlichen und umwelttechnischen sachlichen Gründen nachvollziehbar sei, da angebrochene Packungen durch die längere Haltbarkeit, der Auftraggeberin länger zur Verfügung stehen würden und daher weniger ungebrauchte Tücher entsorgt werden müssten. Die Forderung einer Haltbarkeit von mindestens 3 Monaten verletze daher nicht den Grundsatz der eindeutigen, vollständigen und neutralen Leistungsbeschreibung nach § 96 ff BVergG 2006. Darüber hinaus sei das Mindestkriterium "Haltbarkeit von mind. 3 Monaten" auch keinesfalls auf die Bevorzugung eines Bieters ausgerichtet, da auch andere Produkte dieser Anforderung entsprechen würden.

Der geforderte Alkoholgehalt von 25%-35% sei sachlich gerechtfertigt. Der Alkoholgehalt beeinflusse die Einwirkzeit des Desinfektionsmittels. Eine längere Einwirkzeit führe zu einer längeren Wartezeit der Patienten im Wartezimmer. Der Alkoholgehalt solle aber trotzdem nicht höher als 35% sein, da gewisse Oberflächen (z.B. Kunststoffbezüge) und Instrumente durch einen höheren Alkoholgehalt beschädigt werden könnten und eine Verwendung der Tücher durch das Krankenhauspersonal ohne die Verwendung von Handschuhen möglich sein solle. Die Forderung des Alkoholgehalts von 25%-35% sei mit der Berichtigung vom 12.07.2018 in allen zwei Losen insofern gesenkt worden, dass auch ein Alkoholgehalt von 15%-35% bei gleicher Wirkungsweise als ausreichend qualifiziert werde. Die Forderung eines Alkoholgehalts von 15% bis 35% verletze daher nicht den Grundsatz der eindeutigen, vollständigen und neutralen Leistungsbeschreibung nach § 96 ff BVergG 2006. Auch andere Produkte würden diesem Alkoholgehalt entsprechen, das Mindestkriteriums "Alkoholgehalt (25%- 35% Alkohol) sei daher keinesfalls auf die Bevorzugung eines Bieters ausgerichtet.

Das Mindestkriterium "maximaler Verpackungsinhalt" sei sachlich begründet. Die Größe der Packungseinheit werde aus ergonomischen und platztechnischen Gründen vorgegeben. Es solle dem Personal möglich sein, die vorgegebenen Packungseinheiten in Regale zu heben und die Produkte an ihrem üblichen Platz zu verstauen. In Krankenhäusern sei außerdem die Lagerhaltung schwierig, es bestehe ein Platzproblem. Das Mindestkriterium "maximaler Verpackungsinhalt" sei auch keinesfalls auf die Bevorzugung eines Bieters ausgerichtet. Es handle sich hierbei um marktübliche maximale Verpackungsinhalte. Mehrere Hersteller würden dieser Anforderung entsprechen.

Das Musskriterium "Größe des Klickverschlusses" im "Los 3" sei sachlich gerechtfertigt. Diese Art von Klickverschluss könne mit einer Hand geöffnet und verschlossen werden. Er stelle sicher, dass jeweils nur ein Tuch entnommen werde und nicht mehrere gleichzeitig. Bei anderen Verschlüssen würden die Tücher schneller austrocknen, wodurch sie nicht mehr verwendet werden könnten und entsorgt werden müssten. Darüber hinaus sei die Halterung für die Packungen mit eben diesem Klickverschluss bereits in den Krankenhäusern und Rehabilitationszentren vorhanden. Beim Wechsel auf einen anderen Klickverschluss der Packungen müssten auch diese Halterungen von der Auftraggeberin ausgetauscht werden. Dies würde einen unverhältnismäßigen Aufwand darstellen. Es handle sich um einen marktüblichen Klickverschluss. Auch andere Hersteller würden dieser Anforderung entsprechen.

In Bezug auf das Kriterium "Mindestdesinfektionsfläche" sei sich die Auftraggeberin dessen bewusst, dass die Oberflächenbeschaffenheit einen Einfluss auf die Mindestdesinfektionsfläche habe. Aufgrund der Tatsache, dass es über 100 verschiedene Oberflächen in den Krankenhäusern und Rehabilitationszentren gebe, könne nicht für jede Fläche im Leistungsverzeichnis eine Mindestdesinfektionsfläche angegeben werden. Die Auftraggeberin gehe daher in der Leistungsbeschreibung von dem marktüblichen Wert für glatte Oberflächen aus, so wie er in den meisten Produktdatenblättern ausgewiesen werde. Es gebe auch andere Produkte, die dieser Anforderung bei glatten Oberflächen entsprechen würden.

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass es sich bei den Kriterien um eine maßgeschneiderte Eigenschaftskombination

handle, die nur ein Bieter erbringen könne, sei nicht nachvollziehbar. Dieses Vorbringen sei weder konkret noch substantiiert. Insbesondere bleibe die Antragstellerin schuldig, vorzubringen, um welchen - angeblich begünstigten - Bieter es sich konkret handeln solle.

Die Auftraggeberin habe das "Los 8 - Kübel mit Wischtuch für Lösungsmittel" widerrufen und werde dieses zu einem späteren Zeitpunkt erneut auszuschreiben.

Die verwendeten Begriffe "fusselfrei", "reißfest" und "formstabil" seien unter Zugrundelegung des Interpretationsmaßstabs, des objektiven Erklärungswertes der Ausschreibung, bereits nach der üblichen Bedeutung der verwendeten Worte für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter, bei Anwendung der üblichen Sorgfalt klar und unmissverständlich. Die Expertenkommission wähle nicht das Angebot aus, welches die besten Leistungsmerkmale habe, sondern die Expertenkommission überprüfe nur das Vorliegen der im Leistungsverzeichnis geforderten Mindestkriterien. Die Expertenkommission könne daher am Ende ihrer Prüfung nur sagen, ob ein Produkt alle geforderten Mindestanforderungen laut Leistungsverzeichnis tatsächlich erfülle oder nicht. Eine derartige Vorgehensweise der Übertragung der Angebotsprüfung an Personen mit entsprechenden fachlichen Voraussetzungen sei gemäß § 122 BVergG 2006 geboten.

Es werde nicht wie von der Antragstellerin behauptet ein unbefristeter Vertrag geschlossen. In der Bekanntmachung werde eine Vertragsdauer von max. 48 Monaten angegeben. Eine Zusammenschau aller Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen zeige, dass die Vertragsdauer automatisch für ein weiteres Jahr verlängert werde, allerdings nur längstens bis zu vier Jahren. Dies entspreche den 48 Monaten in der Bekanntmachung. Zur Vermeidung von Unklarheiten habe die Auftraggeberin am 12.07.2018 die besonderen Bestimmungen unter Punkt 4 am Ende um folgenden Satz zur Klarstellung ergänzt: "Die maximale Vertragslaufzeit beträgt 4 Jahre."

Die Antragstellerin habe vorgebracht, dass gemäß Punkt 7 der besonderen Vertragsbedingungen "Leistungsumfang" nicht klar sei, zu welchen Überbezügen es kommen könne und, dass dem Bieter daher unkalkulierbare Risiken aufgrund der vollen Liefergarantie übergewälzt werden würden. Die Auftraggeberin habe daher die besonderen Bedingungen unter Punkt 7 dahingehend abgeändert, dass eine volle Liefergarantie vom Auftragnehmer nur für einen Überbezug von bis zu 10% der im Leistungsverzeichnis angeführten Stückmengen übernommen werde.

Die Antragstellerin habe vorgebracht, dass gemäß Punkt 40 der allgemeinen Bedingungen "Besserungsklausel" dem Bieter unkalkulierbare Risiken überwälzt werden würden, da keine Anpassung der Listenpreise für den Fall, vorgesehen sei, dass die Listenpreise steigen. Die Auftraggeberin habe daher den Punkt 40 der allgemeinen Bedingungen dahingehend ergänzt, dass bei einer Senkung des Listenpreises die gegenständlichen Vertragspreise nur unter Einvernehmen der Vertragsparteien angepasst werden können. Aufgrund der Voraussetzung des Einvernehmens der Vertragsparteien müsse der spätere Auftragnehmer einer Anpassung des Listenpreises zustimmen, daher könne eine Anpassung nicht einseitig von der Auftraggeberin gefordert werden. Der Bieter setze sich aufgrund dieser Anpassung der Ausschreibungsbedingungen keinem Kalkulationsrisiko mehr aus.

Das Begehren der Antragstellerin die "Ausschreibung samt all ihrer Unterlagen" für nichtig zu erklären sei überschießend.

Die Auftraggeberin habe am 04.07.2018 in Punkt 5 der besonderen Bedingungen zu den Liefermodalitäten 3 durch 5 Werktage ersetzt.

Am 12.07.2018 habe die Auftraggeberin Punkt 4 der besonderen Bedingungen um den Satz "Die maximale Laufzeit beträgt 4 Jahre" ergänzt. In Punkt 7 der besonderen Bedingungen sei der letzte Satz gestrichen und durch den Satz "Für Überbezüge bis zu 10 % der im Leistungsverzeichnis angeführten Stückmengen, übernimmt der Auftragnehmer ebenfalls die volle Liefergarantie im Sinne der in den Ausschreibungsunterlagen geregelten Bedingungen" ersetzt worden.

Punkt 40 der allgemeinen Bestimmungen zur Besserungsklausel sei gestrichen und durch die Bestimmung "Die Vertragsparteien vereinbaren, dass sie - sollte es während der Abwicklung des gegenständlichen Vertrages zu einer Senkung der Listenpreise kommen - im gegenseitigen Einvernehmen über eine Senkung der Preise im gleichen Ausmaß verhandeln werden. Eine derartige Senkung ist stets nur im gegenseitigen Einvernehmen möglich" ersetzt worden.

Das Leistungsverzeichnis in Los 1 sei wie folge berichtigt worden:

"Das Musskriterium Punkt 1.1 wird um eine Toleranz von +/- 1 Liter ergänzt.

Das Musskriterium unter Punkt 1.2 insofern ergänzt, dass Die maximale Größe des Kanisters wie folgt erhöht wird: Höhe: maximal 27cm mit Griff, Breite: maximal 22 cm, Tiefe: maximal 17cm".

In Los 3 und 4 sei das Musskriterium Punkt 1.1 auf einen Alkoholgehalt von 15%-35% geändert worden.

Die Auftraggeberin habe am 12.7.2018 ihre Absicht bekannt gegeben, das Los 8 zu widerrufen.

Mit Schriftsatz vom 17.07.2018 (2. Nachprüfungsantrag, GZ W138 2201255-2) wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass mit EU-weiter Bekanntmachung vom 05.06.2017 ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Liefervertrages zwecks Beschaffung von Flächendesinfektionsmitteln eingeleitet habe. Angefochten werde die Berichtigungen der Ausschreibung und die weiteren sonstigen Festlegungen während der Angebotsfrist.

Die Ausschreibung in der ursprünglichen Fassung sei von der Antragstellerin bereits fristgerecht angefochten worden. Am 12.07.2018 habe die Auftraggeberin mehrere Berichtigungen der Ausschreibung vorgenommen.

Die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag sei entrichtet worden. Die Antragstellerin habe großes Interesse am Vertragsabschluss. Zudem entstünden der Antragstellerin durch den Verlust der Chance auf den gegenständlichen Auftrag, ein zusätzlicher Schaden. Die Berichtigung der Ausschreibung und die weiteren sonstigen

Festlegungen seien aus nachfolgenden Gründen rechtswidrig:

Alkoholgehalt:

Der Alkoholgehalt im Los 3, Position 1.1. und im Los 4 Position 1.1. sei im Rahmen der Berichtigung auf einen Wert von 15 % bis 35 % geändert worden. Es werde also ausdrücklich ein Alkoholgehalt exakt zwischen 15% und 35% verlangt, obwohl ebenso Wischdesinfektionstücher verfügbar seien, die die geforderte Wirkungsweise aufweisen, jedoch keinen Alkohol enthalten würden. Diese Anforderung verstoße daher gegen das Gebot der eindeutigen, vollständigen und neutralen Leistungsbeschreibung gemäß § 96 ff BVergG. Es sei unzutreffend, dass es bei Wischtüchern ohne Alkoholanteil zu Klebeeffekten und Schaumbildung komme.

Mindestdesinfektionsfläche:

Bei der Willenserklärung, wonach die Auftraggeberin davon ausgehe, dass vom marktüblichen Wert für glatte Oberfläche auszugehen sei, handle es sich um eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist. Durch diese Festlegung innerhalb eines Nachprüfungsverfahrens sei nicht klar, welche Bieter davon Kenntnis erlangen würden. Es werde daher die Vergleichbarkeit der Angebote verhindert. Diese Vorgangsweise führe dazu, dass die Bieter ihren Angeboten unterschiedliche Ausgangsbedingungen zugrunde legen würden.

Probestellung durch Experten; Definitionen von "reißfest", "formstabil" und "fusselfrei":

Die Definition der Begriffe "reißfest", "formstabil" und "fusselfrei" sei subjektiv. Die Bewertung einer Expertenkommission, ob Mindestkriterien vorliegen würden, aufgrund nicht näher quantifizierbarer Merkmale sei rechtswidrig. Durch diese Festlegung innerhalb eines Nachprüfungsverfahrens sei nicht klar, welche Bieter davon Kenntnis erlangen würden. Es werde daher die Vergleichbarkeit der Angebote verhindert. Diese Vorgangsweise führe dazu, dass die Bieter ihren Angeboten unterschiedliche Ausgangsbedingungen zugrunde legen würden.

Mit Schriftsatz vom 23.07.2018 erstattete die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, legte Urkunden vor und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung.

Mit Beschluss vom 30.07.2018, zur Zahl W138 2201255-1/2E, hat das Bundesverwaltungsgericht die von der Antragstellerin mir Schreiben vom 17.07.2018 beantragte einstweilige Verfügung erlassen.

Am 08.08.2018 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt im Zuge derer die Parteien im Wesentlichen wie folgt ausführten (Ausbesserungen von Rechtschreibung bzw. Grammatik durch BVwG):

"[...] VR: Welche Festlegungen aus der zweiten Berichtigung vom 12.07.2018 werden konkret angefochten?"

AG: Angefochten wird als Überbegriff der berichtigte Alkoholgehalt, die

Mindestdesinfektionsfläche hinsichtlich der glatten Oberfläche, die Kriterien Reißfest, Formstabil, Fusselfrei sowie eine Überprüfung durch eine interne Expertenkommission.

VR legt dar, dass durchaus argumentierbar wäre, dass die ursprünglich in der Ausschreibung genannten Kriterien der Mindestdesinfektionsfläche, der Reißfestigkeit, der Formstabilität und der Fusselfreiheit nach erfolgter Fragenbeantwortung und unterlassenen Anfechtung vom Antragsteller nunmehr akzeptiert wurden und damit nicht mehr verfahrensgegenständlich wären.

AStV: Ich verweise darauf, dass unserer Ansicht nach die ursprünglich angefochtenen Begrifflichkeiten weiter unklar und nicht objektiv nachvollziehbar definiert sind, sodass auch ohne Anfechtung die ursprünglichen Anträge auch Nichtigerklärung weiter aufrecht sind.

AStV: Aufgrund der erfolgten Berichtigung vom 12.07.2018 werden die im Verfahren W138 2200339 gestellten Anträge auf Nichtigerklärung der Punkte Vertragsbeginn/Vertragsdauer, Leistungsumfang (Überbezug) und die Besserungsklausel zurückgezogen.

Alkoholgehalt

VR: Was ist der sachliche Grund der Forderung eines Alkoholgehalts zwischen 15% und 35% der Desinfektionstücher laut zweiter Berichtigung?

AGV: Wir verweisen auf die sachliche Begründung in unseren Stellungnahmen und können dazu natürlich ergänzende Erklärungen durch unsere Hygienefachkräfte Frau P XXXX und Frau D XXXX erteilen. Dass die AUVA Desinfektionswischtücher mit und ohne Alkohol benötigt ergibt sich sachlich gerechtfertigt auch daraus, dass es mehrere Lose gibt worin sowohl alkoholhaltige als auch nicht alkoholhaltige Desinfektionstücher ausgeschrieben werden.

Frau P XXXX (Hygienefachkraft der AUVA im UKH Klagenfurt): Grund der Forderung des Alkoholgehaltes zwischen 15% und 35% ist insbesondere das es Desinfektionstücher mit Alkohol schneller aufrocknen und auch aufzureinigenden Bildschirmen keine Schlieren bilden. Dies ist insbesondere bei Überwachungsmonitoren (Herzrhythmus) wichtig. Die Hygienevorschriften im Krankenhaus erlauben kein Nachwischen. Diese Forderung wird nur durch Desinfektionstücher mit Alkoholgehalt erfüllt. Grund der Forderung eines maximalen Alkoholgehaltes von 35% ist, dass es empfindliche Oberflächen gibt (z.B. Plexiglas) welche bei einem höheren Alkoholgehalt Schaden nehmen würden. Überdies wären bei höheren Alkoholgehalt auch Handschuhe zu tragen. Grund der Berichtigung der Unterschwelle war, dass die AUVA an sich lieber eine Untergrenze von 25% gehabt hätte, aber damit eine breitere Produktpalette angeboten werden kann, den zwingend erforderlichen mindest Alkoholgehalt von 15% gewählt hat. Grund für die Untergrenze ist, dass es bei geringeren Alkoholgehalt zu Schlierenbildungen kommen würde und die erforderliche Desinfektionswirkung nicht gegeben ist. Hauptgrund für die Forderung von Desinfektionstücher mit Alkohol ist die Vermeidung der Schlierenbildung. Grund dafür, dass auch Desinfektionstücher ohne Alkohol ausgeschrieben sind ist, dass es Geräte gibt die nach Vorgaben des Herstellers nicht mit Alkohol gereinigt werden dürfen.

Frau D XXXX (Hygienefachkraft der AUVA im UKH Graz): Aus meiner fachlichen Sicht wäre reiner Alkohol am wünschenswertesten. Aufgrund der Beschaffenheit der Oberflächen und der Geräte ist dies jedoch nicht zulässig. Auch Arbeitnehmervorschriften und die Explosionsgefahr sprechen dagegen. Alkohol kann keine Sporen vernichten und gerade aus diesem Grund werden auch Desinfektionstücher ohne Alkohol ausgeschrieben.

AStV: Ab welchen Alkoholgehalt treten die geschilderten Beschädigungen auf?

Frau P XXXX : Die Hersteller von Geräten geben an, mit welchen maximalen Alkoholgehalt die Geräte geputzt werden dürfen.

AGV: Im Vorfeld der Ausschreibung wurde eine Markterkundung durchgeführt, die Datenblätter gesichtet und daher sachlich gerechtfertigt die Alkoholobergrenze mit 35% festgelegt.

VR: Antragsteller wird gefragt, welche Forderung des Alkoholgehaltes seines Achtens sachgerecht wäre und damit eine Anfechtung hinfällig wäre.

ASt: Generell würde ich Produkte ohne Alkohol bevorzugen. Eine Grenze des Alkoholgehaltes, die ich als sachgerecht empfinden würde, kann ich nicht angeben. Nachgefragt gebe ich an, dass ich nur einen Alkoholgehalt von 0% als gerechtfertigt ansehe.

Frau P XXXX : Ich kann jetzt im Einzelnen die Geräte nicht aufzählen. Jedenfalls ist die Reinigung von Plexiglasoberflächen mit Desinfektionstücher über 35% Alkohol nicht zulässig.

Frau P XXXX : Die Hersteller der Desinfektionstücher empfehlen je nach Alkoholgehalt das Tragen oder nicht Tragen von Handschuhen,

Eine Krankenhausrichtlinie dazu ist mir nicht bekannt.

AStV: Ab welchen Alkoholgehalt wird das empfohlen?

Frau P XXXX : Das kann ich nicht sagen.

Von Seiten des Senates wird die Rechtsansicht dargelegt, dass aufgrund der Aussage des ASt., das nur eine Forderung nach einen Alkoholgehalt von 0% sachlich gerechtfertigt wäre eine weitere Klärung der Frage hinsichtlich der exakten Wahl eines Grenzbereiches von 15% - 35% rechtlich nicht erforderlich ist und keine weiteren Fragen zum konkreten Grenzbereich protokolliert werden, sondern ausschließlich der Thematik ob eine generelle Forderung von Desinfektionstüchern mit Alkoholgehalt sachlich gerechtfertigt ist.

[...]

AStV: Sie haben vorhergesagt, kein Alkohol führt zu Schlierenbildung. Gilt das auch bei einem geringen Alkoholgehalt?

Frau P XXXX : Wenn ein Alkoholgehalt von 15%-35% verwendet wird, kommt es jedenfalls zu keiner Schlierenbildung. Ein Produkt unter 15% ist mir nicht bekannt und habe ich auch nicht getestet. Ein Tuch ohne Alkoholgehalt welches keine Schlieren bildet bzw. Klebeeffekte hervorruft ist mir nicht bekannt.

LR2: Haben Sie vor, ein Produkt anzubieten das außerhalb dieses Bereiches des Alkoholbereiches liegt?

ASt: Ja.

LR2: Könnten Sie ein Produkt beschaffen, dass diese Kriterien erfüllt?

ASt: In der Zusammenschau der Muss-Kriterien nicht, wenn es nur um den Alkoholgehalt geht, dann ja. Dies betrifft z.B. zusätzliche Forderung nach der Haltbarkeit.

LR1: Die Ausschreibung, die wir hier diskutieren und die Punkte die von der ASt. Bemängelt werden, ist die neu oder gab es diese Forderung in vorhergegangenen Ausschreibungen?

Frau B XXXX : Die Ausschreibung ist zum ersten Mal von uns in dieser Form durchgeführt. Wir haben Markterkundungen durchgeführt, wobei wir die Unterlagen im Verfahren vorgelegt haben.

VR: Gibt es jetzt mehrere Anbieter am Markt, die die Forderung erfüllen können und wer genau ist es?

AGV: Ja, es gibt mehrere Anbieter am Markt die alle Muss-Kriterien erfüllen können. Das ist je Los unterschiedlich, die Unterlagen diesbezüglich wurden vorgelegt.

Los 3: XXXX AG, XXXX AG, diese können alle Muss-Kriterien erfüllen.

Los 4: XXXX AG, XXXX AG

Los 5: XXXX AG, XXXX GmbH, XXXX GmbH und XXXX GmbH&Co.KG

Das sind nur die Anbieter die die Auftraggeberin kennt, es ist nicht ausgeschlossen, dass es im EU-EWR Raum weitere Anbieter gibt. Bei dem genannten Unternehmen handelt es sich um Hersteller, bei denen Bieter die geforderten Produkte kaufen können.

AStV: Sind diese genannten bekannten Lieferanten Vorlieferanten gewesen?

AGV: Zum Teil ja, zum Teil nein.

VR: Welche konkrete Mitbewerber sollen mit dieser Anforderung bevorzugt werden?

AStV: Die Firma XXXX AG.

VR: Wie kommen Sie zu dem Schluss?

ASt: Weil unserer Kenntnis nach nur dieser Hersteller sämtliche Muss-Kriterien erfüllt.

AGV: Eine Bevorzugung der Firma XXXX AG ist denklogisch ausgeschlossen, da die ursprüngliche Forderung von 25% mindest Alkoholgehalt von diesem Hersteller nicht erfüllt werden könnte. Erst aufgrund der Anfechtung wurde die Grenze gesenkt, um einen breiteren Bewerbermarkt zu erreichen.

VR: Können Sie am Markt Produkte der geforderten Spezifikation kaufen?

ASt: Ich kann mit hoher Wahrscheinlichkeit ausschließen, dass die vorgenannten Hersteller Produkte an mich verkaufen würden.

VR: Wird sämtliches Vorbringen zu Los 8 zurückgezogen, da dieses Los widerrufen wurde? AStV: Ja.

VR: Was war Gegenstand der ersten Berichtigung?

Frau B XXXX : Gegenstand der ersten Berichtigung vom 04.07.2018 war eine Korrektur bei den Lieferadressen, welche jedoch nicht angefochten wurde.

Größe Klickverschluss, Los 3

VR: Was ist der Grund für die Vorgaben der Größe des Klickverschlusses in Los 3?

AGV: Generell möchte der AG Packungen mit Klickverschluss haben. Die maximale Größe ist jene welche im Rahmen der Markterkundung vorgefunden wurde. Diese maximale Größe wurde gewählt, um einen breiten Bewerbermarkt zu eröffnen. Überdies ist es die maximale Größe, die in die vorhandenen Halterungen passt.

VR: Wie schauen diese Halterungen aus?

Frau P XXXX : Im Krankenhaus sind die Arbeitsflächen begrenzt, um Platz zu sparen sind in den Einrichtungen der AUVA Halterungen an der Wand oder an Handläufen angebracht, in welche diese Verpackungen passen müssen.

VR: Wäre mit dem Austausch der vorhandenen Halterungen ein Kostenund/oder Zeitaufwand verbunden?

Frau P XXXX . Ja, ein massiver.

VR: Warum hat sich die AUVA die Halterungen nicht separat anbieten lassen?

Frau B XXXX : Man hat sich dagegen entschieden, da Kosten aber auch der Umweltgedanke dagegenspricht. Diese Halterungen sind in allen elf Einrichtungen der AUVA bereits vorhanden und alle im Rahmen der Markterkundung gefundenen Produkte passen in die vorhandenen Halterungen.

VR: Gibt es mehrere Anbieter am Markt die die Forderung erfüllen, wer ist das konkret?

AGV: XXXX AG, XXXX AG und noch XXXX GmbH, XXXX GmbH und XXXX , XXXX Deutschland GmbH. Bei den vier letztgenannten kann es aufgrund der Markterkundung sein, dass sie nicht alle Muss-Kriterien erfüllen.

VR: Welche konkrete Mitbewerber sollen bevorzugt werden?

ASt: XXXX AG.

VR: Können Sie am Markt Produkte der geforderten Spezifikation kaufen?

ASt: In der Zusammenschau der Muss-Kriterien nein, bezüglich der Forderung der Größe des Klickverschlusses, ja

AStV: Nachdem die Halterungen nicht Gegenstand der Ausschreibung sind, kann das Muss- Kriterium, dass die Produkte in die vorhandenen Halterungen passen müssen, nicht sachlich gerechtfertigt werden.

VR: Woraus in der Ausschreibung ergibt sich, dass nur in der VAH-Liste gelisteten Produkte angeboten werden dürfen?

Frau P XXXX : Dies ergibt sich aus dem Leistungsverzeichnis für die Lose 3,4 und 5.

AGV: Es ist richtig, dass sich die Markterkundung auf Produkte von Herstellern bezogen hat, welche zwar nicht in der VAH-Liste gelistet waren, welche jedoch in der VHA-Liste als Desinfektionsmittellösung der geforderten Desinfektionstücher gelistet war.

[...]

AGV: Nach Unterbrechung der Verhandlung teilt der AG mit, dass am 08.08.2018 um 11:55 Uhr die Ausschreibungsunterlagen dahingehend berichtigt wurden, dass sich in den Losen 3,4 und 5 die Anforderung der Listung in den Listungen VAH, ÖGHMP, und IHO nicht auf das Produkt (Desinfektionstuch) selbst bezieht, sondern auf die Desinfektionsmittellösung mit der das Produkt getränkt ist "Produkt" wird durch die Wortfolge "Desinfektionsmittellösung des Produkts" ersetzt.

VR: Mit den Parteien wird besprochen, dass die weiteren angefochtenen Punkte noch in der heutigen Verhandlung

behandelt werden. Die Verhandlung und das Ermittlungsverfahren wird als verfahrensleitender Beschluss geschlossen werden. Die Auftraggeberseite wird abklären, ob die dritte Berichtigung ebenso angefochten wird. Sollte dies der Fall sein, wird die Verhandlung neuerlich eröffnet werden.

Haltbarkeit von drei Monaten in Los 3.4 und 5

VR: Was ist der sachliche Grund der Aufforderung?

AGV verweist auf das bisherige Vorbringen.

Frau P XXXX : Es werden nicht in allen Bereichen regelmäßig Untersuchungen durchgeführt, sodass aus wirtschaftlichen Gründen die Forderung einer Haltbarkeit von drei Monaten sachlich gerechtfertigt ist. Bei einer kürzeren Haltbarkeit müssten wir einen erheblichen Anteil der Produkte entsorgen.

VR: Ist die Forderung von drei Monaten marktüblich?

AGV: Ja, es gibt eine Reihe von Produkten die diese Forderung erfüllen. Für Los 3 sind es die XXXX . Für Los 4 sind es die XXXX .

Für Los 5: XXXX .

VR: Welche konkrete Mitbewerber sollen bevorzugt werden?

ASt: XXXX .

VR: Können Sie am Markt Produkte der geforderten Spezifikation kaufen?

ASt: Nein.

VR: Die Parteien stimmen überein, dass mit der Forderung der Haltbarkeit von drei Monaten nach Anbruch der Packung gemeint ist, dass nach Vorgaben des Herstellers nach Anbruch der Packung die darin enthaltenen Desinfektionstücher mindestens drei Monate haltbar sein müssen.

AStV: Nach unserer Ansicht erfüllt kein Produkt diese Forderung, sondern allfällig das darin enthaltenen Lösungsmittel. Grund dafür ist insbesondere der geforderte geringe Alkoholgehalt. Diese Information bezieht sich auf Produkte welche in der VAH-Liste gelistet waren, sohin auf jenen Umstand der mit der dritten Berichtigung geändert wurde. Eine allgemeine Markterkundung haben wir diesbezüglich nicht durchgeführt, da dies vor Berichtigung nicht notwendig war.

AGV: Die AG verweist auf die im Verfahren vorgelegten Produktdatenblätter und die Markterkundung.

Maximaler Inhalt pro Verpackungseinheit

VR: Welche Normierungen des AG werden unter diesem Punkt konkret angefochten?

ASt: Ich verweise diesbezüglich auf die Forderungen von maximal 12 Flowpacks pro Verpackungseinheit in den Losen 3, 4 und 5.

VR: Was ist der sachliche Grund der Forderung?

Nadine H XXXX : Im Rahmen der durchgeführten Markterkundung war dies die maximal angebotene Versandgröße an der wir uns orientiert haben

VR: Welche Unternehmen waren das?

AG: Los 3: XXXX . Los 4: XXXX . Los 5: XXXX ,

VR: Ist diese Forderung marktüblich?

AGV: Ja, dies belegt die Markterkundung.

Frau P XXXX : Als weiteren sachlichen Grund ist die Lagerhaltung. Wir sind sowohl im Lager selbst als auch auf den zu beliefernden Stationen räumlich begrenzt. Sollte ein Karton mehr als 12 Flowpacks enthalten, würde das Probleme bei der Lagerung bedeuten. Eine größere Verpackungseinheit würde auch bedeuten, dass die Mitarbeiter schwerer heben und tragen müssten.

AGV: Zum Beispiel wird vom UKH Salzburg im Jahr im Los 4 eine Menge von 10-20 Flowpacks angefordert, wobei der Umfang vom Inhalt des jeweiligen Flowpacks abhängt. Größere Verpackungseinheit wären diesbezüglich nicht sinnvoll.

ASt: Auch mir wäre es möglich Verpackungen mit dem geforderten Maximalinhalt zu liefern.

Ministdesinfektionsfläche Los 3, 4 und 5

VR: Wie ist die Mindestdesinfektionsfläche definiert und woraus ergibt sich das?

AGV: Aus den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses und der Fragebeantwortung vom 02.08.2018 (Frage 31). Einerseits ist im Leistungsverzeichnis eine bestimmte Größe definiert die mit einem Tuch desinfiziert werden muss, andererseits ist in der Fragenbeantwortung 31 festgelegt, welche Beschaffenheit die reinigende Oberfläche hat.

VR: Gibt es einen marktüblichen Wert der Mindestdesinfektionsfläche?

AGV: Die Werte variieren je Größe des Desinfektionstuches. Die festgelegten Flächen vom 0,5m² für Los 3, 1,5m² für Los 4 und 0,5 m² für Los 5 sind marktüblich. In Los 3 erfüllen folgende Unternehmen diese Anforderung: XXXX, in Los 4: XXXX, und in Los 5: XXXX und XXXX.

AStV: Wir bestreiten die Marktüblichkeit. In den Produktdatenblättern wird eine ca. Fläche angegeben

Zusammenschau der Kriterien Los 3, 4 und 5

VR: Welche Bieter sollen konkret bevorzugt werden?

ASt: XXXX

AGV: Nach unserer Markterkundung könnte XXXX in Los 5 nicht alle Kriterien erfüllen.

Bewertung durch Expertenkommission, Reißfest. Formstabil, Fusselfrei

VR: Was ist der sachliche Grund der Forderung und wie können die Begriffe näher definiert werden?

Frau P XXXX : Unter Reißfest versteht der AG, dass das Tuch bei der Entnahme aus dem Flowpack nicht einreißt.

AGV: Desbezüglich wird auf die Fragebeantwortung vom 02.08.2018 (Frage 30) verwiesen.

Frau P XXXX : Der AG benötigt ein viereckiges Tuch, da es eine besondere Faltechnik für Desinfektionstücher gibt. Ist dies nicht gegeben, kann diese Faltechnik nicht angewendet werden, dann ist die Benetzung der zu reinigenden Fläche nicht gewährleistet. Der AG versteht unter dieser Forderung, dass nach der Herausnahme des Desinfektionstuches die geforderte viereckige Form erhalten bleiben muss.

AGV: Desbezüglich wird auf die Fragebeantwortung vom 02.08.2018 (Frage 30) verwiesen.

Frau P XXXX : Der Begriff Fusselfrei meint, dass das Personal nicht nach dem Abwischen mit dem Desinfektionstuch nachwischen muss.

AGV: Desbezüglich wird auf die Fragebeantwortung vom 02.08.2018 (Frage 30) verwiesen.

VR: Was ist die konkrete Aufgabe der Bewertungskommission und wie wird deren Zusammensetzung aussehen?

AGV: Die Bewertungskommission wird aus mindestens drei fachkundigen Personen bestehen. Aufgabe ist rein die Prüfung der Erfüllung der Muss-Kriterien.

AG erklärt, dass er noch heute eine Berichtigung der Gestalt vornehmen wird, dass die Bieter das Recht haben an der Teststellung der eigenen Produkte teilzunehmen und allfällige Bemängelungen zu Protokoll genommen werden.

[...]"

Mit Schreiben vom 17.08.2018 (3. Nachprüfungsantrag, GZ W138 2203735-2) brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die in der mündlichen Verhandlung vom 08.08.2018 vorgenommenen Berichtigungen diskriminierende und rechtswidrige Bestimmungen enthalten würden. Die Berichtigung in den Losen 3, 4 und 5, dass sich die Anforderung der Leistung in den Listen VAH/ÖGHMP und IHO nun nicht auf das Produkt (zum Beispiel Desinfektionstuch) sondern auf die Desinfektionsmittellösung, mit der das Produkt getränkt ist beziehe, sei rechtswidrig da diese Eigenschaftskombination nur von Produkten eines Herstellers erfüllt werde. Die Lose seien ohne sachliche Rechtfertigung auf einen Bieter "maßgeschneidert". Die Auftraggeberin vermeine, dass durch diese Berichtigung der Bieterkreis erweitert würde. Selbst wenn die Begründung der Auftraggeberin tatsächlich zutreffe, wovon die Antragstellerin jedoch nicht ausgehe, bekäme die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt und wäre dadurch insbesondere ein anderer Bieterkreis angesprochen. Nach der Rechtsprechung wäre in diesen

Fällen die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. Die Ausschreibung samt all ihren Berichtigungen sei rechtswidrig, da die Auftraggeberin weder nach den Produkten noch nach den Desinfektionsmittellösungen recherchiert habe. Es sei gar keine Markterhebung durchgeführt worden.

Mit Stellungnahme vom 20.08.2018 erstatte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte und sprach sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus.

Mit Beschluss vom 23.08.2018, zur Zahl W138 2203735-1/2E, hat das Bundesverwaltungsgericht die von der Antragstellerin mir Schreiben vom 17.08.2018 beantragte einstweilige Verfügung erlassen.

Mit einer weiteren Stellungnahme vom 24.08.2018 brachte die Auftraggeberin vor, dass geforderten Kriterien in den Losen 3, 4 und 5 keinen Bieter bevorzugen und auch nicht auf einen Bieter maßgeschneidert sei. Die durchgeführte Markterkundung habe ergeben, dass auch weitere Bieter die festgelegten Kriterien - inklusive VAH/ÖGHMP-Listung der Desinfektionsmittellösung - erfüllen würden. Der Bieterkreis umfasse nicht nur die Hersteller dieser Produkte, sondern auch Händler dieser Produkte. Es sei daher nicht ausgeschlossen, dass andere Händler mit den Produkten der genannten Hersteller ebenfalls am Vergabeverfahren teilnehmen. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin, seien sämtliche vorgenommen Berichtigungen im laufenden Vergabeverfahren - und zwar jede für sich betrachtet als auch in einer Gesamtbetrachtung - nicht geeignet, den Bieterkreis, der mit der verfahrenseinleitenden europaweiten Bekanntmachung angesprochen wurde, zu verändern. Die vorgenommene Berichtigung führe auch nicht zu einem anderen Leistungsgegenstand. Die Ausschreibung bekomme dadurch keinen anderen Inhalt. Darüber hinaus befinde sich das Vergabeverfahren noch im Stadium der laufenden Angebotsfrist. Das bedeute, dass jeder aufgrund der europaweiten Bekanntmachung interessierte Bieter noch die Möglichkeit habe, am Verfahren teilzunehmen und ein Angebot abzugeben. Durch die Berichtigung werde jedenfalls kein anderer Bieterkreis angesprochen. Entgegen den Behauptungen der Antragstellerin habe die Auftraggeberin sehr wohl eine Markterkundung durchgeführt. Dabei sei die Auftraggeberin von Anfang an davon ausgegangen ist, dass die "Desinfektionsmittellösung des Produkts" und nicht das Produkt selbst in der VAH/ÖGHMP-Listung gelistet sein müsse.

Mit Stellungnahme vom 30.08.2018 führte die Antragstellerin aus, dass keinerlei Produkte am Markt erhältlich wären, die sämtliche geforderten Eigenschaften aufweisen würden. Die von der Auftraggeberin geforderten Produkte würden schlicht nicht existieren. Zudem sei der Leistungsgegenstand durch die Berichtigung grundlegend geändert worden. Ursprünglich seien Wischdesinfektionstücher gefordert gewesen, die bestimmte Spezifikationen erfüllen mussten. Nunmehr werde ein Wischdesinfektionstuch verlangt, dessen Desinfektionsmittellösung gewisse Kriterien erfüllen müsse.

Kein Produkt würde sämtliche geforderten Spezifikationen erfüllen. Es bestehe kein Bedarf an den geforderten Produkten.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen

Auf Grund der vorliegenden Stellungnahmen, der bezugnehmenden Beilagen und der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 08.08.2018 wird der folgende entscheidungswesentliche Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin, die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt hat einen Lieferauftrag zur Beschaffung von Flächendesinfektionsmitteln im Oberschwellenbereich, der im Wege eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip in Los 1, 2, 5, 6 und 8 und dem Billigstbieterprinzip in Los 3, 4 und 7 vergeben werden soll, ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 06.06.2018 und in der EU am 05.06.2018 erfolgt. (Schreiben der Auftraggeberin vom 23.07.2018, Vergabeakt)

Die 1. Berichtigung der Ausschreibung vom 04.07.2018 wurde nicht angefochten und ist daher bestandsfest geworden.

Die Antragstellerin hat die Ausschreibung vom 05.06.2018 sowie die

2. und die 3. Berichtigung der Ausschreibung vom 12.07.2018 und 08.08.2018 fristgerecht angefochten und die erforderlichen Pauschalgebühren bezahlt. (Schreiben der Antragstellerin vom 06.07.2018, 17.07.2018 und 17.08.2018; Verfahrensakt)

Die Ausschreibung lautet in den relevanten Passagen zu Los 3, wie folgt:

"1.1 Die vorgetränkten, gebrauchsfertigen Desinfektionstücher mit geringem Alkoholgehalt (25-35 % Alkohol) müssen zur Schnelldesinfektion geeignet sein.

[...]

1.3 Der Klickverschluss muss folgende Maße aufweisen:

-

Länge: 9cm; Toleranz +/- 1 cm

-

Breite: 7 cm; Toleranz +/- 1 cm

[...]

1.6 Die Tücher müssen aus seinem reißfesten, formstabilen Vlies bestehen.

[...]

1.9 Pro Tuch muss eine Fläche von mindestens 0,5 m² desinfizierbar sein.

[...]

1.11 Das Produkt muss für folgende Wirkungsweise VAH und/oder ÖGHMP gelistet sein: bakterizid / levurozid

1.12 Das Produkt muss IHO gelistet sein.

[...]

1.19 Nach Anbruch der Packung muss eine Haltbarkeit von mindestens 3 Monaten gegeben sein.

1.20 Verpackungseinheit/Versandeinheit darf maximal 12 Flowpacks beinhalten." (Akt des Vergabeverfahrens)

Die Ausschreibung lautet in den relevanten Passagen zu Los 4, wie folgt:

"1.1 Die vorgetränkten, gebrauchsfertigen Desinfektionstücher mit geringem Alkoholgehalt (25-35 % Alkohol) müssen zur Schnelldesinfektion geeignet sein.

[...]

1.5 Die Tücher müssen aus seinem reißfesten, formstabilen Vlies bestehen.

[...]

1.8 Pro Tuch muss eine Fläche von mindestens 1,5 m² desinfizierbar sein.

[...]

1.10 Das Produkt muss für folgende Wirkungsweise VAH und/oder ÖGHMP gelistet sein: bakterizid / levurozid

1.11 Das Produkt muss IHO gelistet sein.

[...]

1.18 Nach Anbruch der Packung muss eine Haltbarkeit von mindestens 3 Monaten gegeben sein.

1.19 Verpackungseinheit/Versandeinheit darf maximal 12 Flowpacks beinhalten." (Akt des Vergabeverfahrens)

Die Ausschreibung lautet in den relevanten Passagen zu Los 5, wie folgt:

"[...]

1.9 Pro Tuch muss eine Fläche von mindestens 0,5 m² desinfizierbar sein.

[...]

1.13 Das Produkt muss für folgende Wirkungsweise VAH und/oder ÖGHMP gelistet sein: bakterizid / levurozid

1.14 Das Produkt muss IHO gelistet sein.

[...]

1.20 Nach Anbruch der Packung muss eine Haltbarkeit von mindestens 3 Monaten gegeben sein.

1.21 Verpackungseinheit/Versandseinheit darf maximal 12 Flowpacks beinhalten." (Akt des Vergabeverfahrens)

In der 2. Berichtigung der Ausschreibung der Auftraggeberin vom 12.07.2018 im Leistungsverzeichnis zu Los 3, sind unter anderem folgenden Muss-Anforderungen, die bei Nichterfüllung zum Ausscheiden des Angebots führen, angegeben (berichtigt):

"1.1 Die vorgetränkten, gebrauchsfertigen Desinfektionstücher mit geringem Alkoholgehalt (15-35 % Alkohol) müssen zur Schnelldesinfektion geeignet sein.

[...]

1.3 Der Klickverschluss muss folgende Maße aufweisen:

-

Länge: 9cm; Toleranz +/- 1 cm

-

Breite: 7 cm; Toleranz +/- 1 cm

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at