

TE Verg Bescheid 2013/8/6 VKS-522794/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.08.2013

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §131

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der ***, vertreten durch Siemer-Siegl-Füeder & Partner, Rechtsanwälte in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe des Auftrages zur "Aufstellung, Inbetriebnahme sowie Wartung eines PET-CT an der Krankenanstalt Rudolfstiftung der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund (Operate Leasing)", Ausschreibungsnummer: KAV-GED-A/24/2011/SE, durch die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund - Generaldirektion - Geschäftsbereich Strategischer Einkauf, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Dem Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 27.6.2013 für nichtig zu erklären, wird stattgegeben; die Zuschlagsentscheidung wird für nichtig erklärt.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 8.7.2013 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von EUR 3.000,- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. dd, 3 Abs. 1 Z 2, 6, 19 Abs. 1, 123, 126, 131 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 6, 19, Absatz eins, 123, 126, 131, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich zur Aufstellung, Inbetriebnahme sowie Wartung eines PET-CT-Systems inklusive nuklearmedizinischen Befundsystems an der von der Antragsgegnerin verwalteten Krankenanstalt Rudolfstiftung. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden, wobei der Preis mit 65 Punkten und die kommissionelle Bewertung mit 35 Punkten gewichtet sind. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß im Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften zu Zl. 2011/S199-324335 erfolgt. Neben der Antragstellerin hat sich noch eine andere Bieterin am Vergabeverfahren beteiligt.

Mit Schreiben vom 27.06.2013, der Antragstellerin am 28.06.2013 als E-Mail zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, den Zuschlag der anderen Bieterin erteilen zu wollen. Zur Begründung ihrer Entscheidung hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin "die meisten Punkte erreichen (konnte)" und auf eine "unten stehende Tabelle" verwiesen. Danach hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin 96,10 Punkte, die Antragstellerin 90,44 Punkte erhalten, wobei die zugewiesenen Punkte jeweils nach dem Kriterium Preis und kommissionelle Bewertung aufgegliedert wurden. Eine weitere Begründung ist in der Zuschlagsentscheidung nicht enthalten.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 05.07.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer

mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Die Antragstellerin macht zunächst geltend, die ihr zugewandene Zuschlagsentscheidung würde nicht den Bestimmungen des § 131 BVergG 2006 entsprechen. Sie würde nicht alle jene Informationen enthalten, die es der Antragstellerin ermögliche, einen aussichtsreichen Nachprüfungsantrag zu stellen. Schon dieser Umstand müsste zur Nichtigkeitserklärung der angefochtenen Entscheidung führen. In der Sache selbst macht die Antragstellerin geltend, dass die präsidentive Zuschlagsempfängerin über keine Produkte verfüge, die sämtliche bestandsfest gewordenen Musskriterien erfüllen würden. Sie stellt sodann dar, in welchen einzelnen Punkten ihrer Ansicht nach die präsidentive Zuschlagsempfängerin ein von den Ausschreibungsunterlagen abweichendes Angebot, welches daher als nicht ausschreibungskonform auszuschneiden wäre, gelegt habe. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, die Angebotsbewertung sei rechtswidrig erfolgt, weil sich die Antragsgegnerin nicht an die von ihr festgelegten Kriterien gehalten habe. Eine ausreichende verbale Begründung sei in der Zuschlagsentscheidung nicht enthalten, es handle sich vielmehr um eine rein auf Zahlen beruhende Angebotsbewertung. Eine ausschließlich auf Zahlen beruhende Vergabeentscheidung ohne detaillierte verbale Beurteilung sei als unzureichend anzusehen. Auf Basis der rechtswidrigen Mitteilung der Zuschlagsentscheidung seien die Richtigkeit der Bewertung und die Einhaltung der vorgenannten rechtlichen Verpflichtungen in keinsten Weise überprüfbar. Auch deshalb sei die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig. Das Angebot der Antragstellerin hätte auf Basis der festgelegten Zuschlagskriterien mit mehr Punkten bewertet werden müssen als jenes der präsidentiven Bestbieterin. Schließlich habe die präsidentive Bestbieterin auch nicht ihre Eignung ordnungsgemäß nachgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 05.07.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Die Antragstellerin macht zunächst geltend, die ihr zugewandene Zuschlagsentscheidung würde nicht den Bestimmungen des Paragraph 131, BVergG 2006 entsprechen. Sie würde nicht alle jene Informationen enthalten, die es der Antragstellerin ermögliche, einen aussichtsreichen Nachprüfungsantrag zu stellen. Schon dieser Umstand müsste zur Nichtigkeitserklärung der angefochtenen Entscheidung führen. In der Sache selbst macht die Antragstellerin geltend, dass die präsidentive Zuschlagsempfängerin über keine Produkte verfüge, die sämtliche bestandsfest gewordenen Musskriterien erfüllen würden. Sie stellt sodann dar, in welchen einzelnen Punkten ihrer Ansicht nach die präsidentive Zuschlagsempfängerin ein von den Ausschreibungsunterlagen abweichendes Angebot, welches daher als nicht ausschreibungskonform auszuschneiden wäre, gelegt habe. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, die Angebotsbewertung sei rechtswidrig erfolgt, weil sich die Antragsgegnerin nicht an die von ihr festgelegten Kriterien gehalten habe. Eine ausreichende verbale Begründung sei in der Zuschlagsentscheidung nicht enthalten, es handle sich vielmehr um eine rein auf Zahlen beruhende Angebotsbewertung. Eine ausschließlich auf Zahlen beruhende Vergabeentscheidung ohne detaillierte verbale Beurteilung sei als unzureichend anzusehen. Auf Basis der rechtswidrigen Mitteilung der Zuschlagsentscheidung seien die Richtigkeit der Bewertung und die Einhaltung der vorgenannten rechtlichen Verpflichtungen in keinsten Weise überprüfbar. Auch deshalb sei die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig. Das Angebot der Antragstellerin hätte auf Basis der festgelegten Zuschlagskriterien mit mehr Punkten bewertet werden müssen als jenes der präsidentiven Bestbieterin. Schließlich habe die präsidentive Bestbieterin auch nicht ihre Eignung ordnungsgemäß nachgewiesen.

Die Antragstellerin sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt und habe daran auch ein eminentes Interesse. Durch die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens und in der Folge in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin drohe der Antragstellerin sowohl ein finanzieller als auch sonstiger Schaden, der im einleitenden Schriftsatz näher dargestellt wird. Dazu käme auch der Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition begehrte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 8.7.2013 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann - um Wieder-

holung zu vermeiden - auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugewandenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 11.07.2013 ist die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Bieterin dem Verfahrens als Partei beigetreten, hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und in der Sache ausgeführt, sie habe bereits in

der ersten Stufe des Vergabeverfahrens mit ihrem Teilnahmeantrag die von ihr vorgesehene und anzubietende Systemlösung vorgelegt, die von der Auftraggeberin "als dienlich beurteilt" wurde. Sie sei auch deshalb in die zweite Stufe des Vergabeverfahrens aufgenommen und eingeladen worden, ein Angebot abzugeben. Im Einzelnen nimmt sie Stellung zu jenen Punkten im einleitenden Schriftsatz, in denen die Antragstellerin ausführt, dass die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllt wären. Das von ihr angebotene Gerät würde allen Ausschreibungsbedingungen entsprechen.

Mit Schriftsatz vom 12.7.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei eingehend geprüft worden, das Angebot würde in allen Punkten den Ausschreibungsbedingungen entsprechen. Eine rechtswidrige Angebotsbewertung, wie von der Antragstellerin behauptet, hätte nicht stattgefunden. Die Angebote seien von einer achtköpfigen Bewertungskommission bestehend aus insgesamt sechs von den beiden Instituten nominierten Experten und je einem Experten für Medizintechnik und einem Experten für Medizinphysik fachkundig bewertet worden. Beim Kriterium Preis sei das Angebot der Teilnahmeberechtigten besser bewertet worden, hingegen beim Kriterium Qualität schlechter. Sodann gibt die Antragsgegnerin die Bewertung im Detail wieder. Zum Vorwurf, die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung habe nicht § 131 BVergG 2006 entsprochen, führt die Antragsgegnerin aus "dass die vergebende Stelle der Antragstellerin mit der Zuschlagsentscheidung jenes Ausmaß an Informationen mitgeteilt hat, welches sie der Antragstellerin auch in vorangegangenen Vergabeverfahren regelmäßig mitgeteilt hat. Dazu gab es seitens der Antragstellerin bisher keine Einwände. Die umfangreichen Details der erfolgten Beurteilung der Qualitätskriterien wurden aus praktischen Gründen bisher üblicherweise nicht in die Zuschlagsentscheidung aufgenommen, sondern jeweils erst auf Nachfrage bekannt gegeben. Es ist eine transparente und nachvollziehbare Bestbieterermittlung erfolgt und im Vergabeakt dokumentiert. Mit Schriftsatz vom 12.7.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei eingehend geprüft worden, das Angebot würde in allen Punkten den Ausschreibungsbedingungen entsprechen. Eine rechtswidrige Angebotsbewertung, wie von der Antragstellerin behauptet, hätte nicht stattgefunden. Die Angebote seien von einer achtköpfigen Bewertungskommission bestehend aus insgesamt sechs von den beiden Instituten nominierten Experten und je einem Experten für Medizintechnik und einem Experten für Medizinphysik fachkundig bewertet worden. Beim Kriterium Preis sei das Angebot der Teilnahmeberechtigten besser bewertet worden, hingegen beim Kriterium Qualität schlechter. Sodann gibt die Antragsgegnerin die Bewertung im Detail wieder. Zum Vorwurf, die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung habe nicht Paragraph 131, BVergG 2006 entsprochen, führt die Antragsgegnerin aus "dass die vergebende Stelle der Antragstellerin mit der Zuschlagsentscheidung jenes Ausmaß an Informationen mitgeteilt hat, welches sie der Antragstellerin auch in vorangegangenen Vergabeverfahren regelmäßig mitgeteilt hat. Dazu gab es seitens der Antragstellerin bisher keine Einwände. Die umfangreichen Details der erfolgten Beurteilung der Qualitätskriterien wurden aus praktischen Gründen bisher üblicherweise nicht in die Zuschlagsentscheidung aufgenommen, sondern jeweils erst auf Nachfrage bekannt gegeben. Es ist eine transparente und nachvollziehbare Bestbieterermittlung erfolgt und im Vergabeakt dokumentiert.

Die Weitergabe der Detailinformationen zur Bestbieterermittlung wird nunmehr im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens durch diesen Schriftsatz nachgeholt. Die vergebende Stelle wird künftig in die Zuschlagsentscheidung die jeweils in den Subkriterien erreichte Bewertung sowie die maßgebliche verbale Beurteilung aufnehmen". Zusammenfassend hält sie die von ihr vorgenommene Angebotsbewertung für schlüssig und nachvollziehbar.

Auf diesen Schriftsatz hat die Antragstellerin am 2.8.2013 geantwortet und ihre bereits bekannten Standpunkte weiter ausgebaut. Insbesondere hat sie darauf hingewiesen, dass das von der Teilnahmeberechtigten angebotene Gerät den Vorgaben bezüglich der Kühlung sowie der Röntgengenerator bei den Vorgaben zum Mindestwert nicht entspreche. Zu der der Antragstellerin mit Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 12.7.2013 zur Verfügung gestellten Angebotsbewertung nimmt sie ebenfalls eingehend Stellung, wobei sie darauf hinweist, dass aus den Vergabeakten "nicht einmal ansatzweise eine kommissionelle Bewertung nachvollzogen werden" könne. Es sei nicht überprüfbar, ob die Mitglieder der Bewertungskommission entsprechend den bestandfest gewordenen Festlegungen richtig besetzt waren und ob sämtliche Kommissionsmitglieder an den nach den Angebotsbestimmungen vorgesehenen Besichtigungen der Referenzanlagen der präsumtiven Bestbieterin teilgenommen haben.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom teilweise übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, wie es eingangs des Bescheides wiedergegeben wurde, sowie vom unbedenklichen Inhalt der Vergabeakten und der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien, die auch jeweils der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 6.8.2013 ausgegangen. Danach werden ergänzend nachstehende wesentliche Feststellungen getroffen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich zur Aufstellung, Inbetriebnahme sowie Wartung eines PET-CT Systems inklusive nuklearmedizinischen Befundsystems an der von ihr verwalteten Krankenanstalt Rudolfstiftung. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 65 Punkten, die kommissionelle Bewertung mit 35 Punkten gewichtet sind. Sowohl die Antragstellerin als auch die Teilnahmberechtigte haben den Anforderungen der ersten Stufe des Vergabeverfahrens entsprochen und wurden damit zur zweiten Stufe zugelassen. Bis 12.11.2012 hatten sie in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens anhand der Ausschreibungsunterlagen ihre Erstangebote abzugeben. Die Angebotsfrist für die Abgabe des Last and best offer war der 12.6.2013. Beide Bieter haben rechtzeitig ein Letztangebot abgegeben. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich zur Aufstellung, Inbetriebnahme sowie Wartung eines PET-CT Systems inklusive nuklearmedizinischen Befundsystems an der von ihr verwalteten Krankenanstalt Rudolfstiftung. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 65 Punkten, die kommissionelle Bewertung mit 35 Punkten gewichtet sind. Sowohl die Antragstellerin als auch die Teilnahmberechtigte haben den Anforderungen der ersten Stufe des Vergabeverfahrens entsprochen und wurden damit zur zweiten Stufe zugelassen. Bis 12.11.2012 hatten sie in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens anhand der Ausschreibungsunterlagen ihre Erstangebote abzugeben. Die Angebotsfrist für die Abgabe des Last and best offer war der 12.6.2013. Beide Bieter haben rechtzeitig ein Letztangebot abgegeben.

Unter Punkt 2 der Angebotsunterlagen sind die Mindestanforderungen an das anzubietende Gerät wie folgt festgelegt:

"2.1 Medizinisch technische Mindestanforderungen

* Die PET/CT-Anlage muss für Untersuchungen der folgenden Fachbereiche geeignet sein: Onkologie, Kardiologie und Neurologie * Der Computertomograph muss funktionell als diagnostischer CT ausgelegt sein, wobei er auch als Notfallgerät für den bestehenden CT vom Zentralröntgeninstitut mindestens 64 Schichten aufzuweisen hat und alle wesentlichen Aufnahme- als auch Auswerteroutinen aufweisen soll. * Das PET-System beinhaltet modernste LSO/LYSO-Kristalltechnik mit möglichst isotroper Auflösung im gesamten Messfeld (Darstellung kleinster Strukturen bei möglichst geringem FDG-Tracer-Einsatz).

* Das System muss sehr kompakt (kurzer Tunnel) aufgebaut sein und eine Gantryöffnung von mindestens 70 cm aufweisen.

* Um die Untersuchungszeit pro Patient sehr kurz zu halten, muss der fusionierbare Bereich für eine Untersuchung ohne Umlagerung möglich sein (mind. 190 cm) und die Patientenliege für eine maximale Gewichtsbelastung von mindestens 200 kg ausgelegt sein.

* Gefordert wird ein moderner Vollring-Scanner zur Ganzkörperuntersuchung.

* Das System ist für dynamische Aufnahmen geeignet.

* Das System ist für Cardiac- und Aterngating geeignet, sowohl im PET- als

auch CTModus (mit retrospektivem und prospektiven Gating in beiden Modalitäten) und mit Listmode-Akquisition.

* PET- als auch CT-Aufnahmen können an der Gantry gestartet werden, und zwar an beiden Seiten der Röhre, und jeweils an beiden Seiten des Bettes. * Der CT-Scanner soll als Backup-System für den Radiologiescanner fungieren.

2.2 Baulich technische Mindestanforderungen

* Aus raumklimatechnischen Gründen darf im Untersuchungsraum die Wärmeabgabe an die Umgebungsluft 2500 W nicht überschreiten. * Aufgrund statischer Begebenheiten ist das Gewicht (Gantry mit Tisch inklusive der maximalen Tischbelastung) mit maximal 4200 kg begrenzt.

Hinweis: Anwesendes Personal ist hierbei nicht zu berücksichtigen."

Die angebotenen Geräte wurden von einer achtköpfigen Bewertungskommission, bestehend aus insgesamt sechs von den beiden Instituten nominierten Experten und je einem Experten für Medizintechnik und einem Experten für Medizinphysik bewertet. Die Kommission hatte dabei entsprechend den Festlegungen im Punkt 7.2 der Besonderen Angebotsbestimmungen vorzugehen:

"7.2. Kommissionelle Bewertung (max. 35 Qualitätspunkte)

Die von den jeweiligen medizinischen Instituten genannten Kommissionsmitglieder (drei pro Institut) und je ein Vertreter von der Abteilung Medizintechnik und der Stabsstelle Medizinphysik haben die Bewertung entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen vorzunehmen und dabei die Objektivität der Bewertung sicher zu stellen. Sofern ein Kommissionsmitglied ausfällt, ist ein Ersatzkommissionsmitglied zu nennen, welches über die gleichen fachlichen Qualifikationen in Bezug auf die Bewertung des ausgeschriebenen Gerätes verfügt bzw. eine gleichwertige Beurteilungsqualität zu erwarten ist.

In dem Bewertungsprotokoll ist ein Bewertungswert von 2, 4, 6, 8 und 10, zu vergeben.

- * Die Wertung 2 steht für "wenig geeignet".
- * Die Wertung 4 steht für "unterdurchschnittlich geeignet".
- * Die Wertung 6 steht für "gut geeignet".
- * Die Wertung 8 steht für "sehr gut geeignet".
- * Die Wertung 10 steht für "ausgezeichnet geeignet".

Die Qualität wird wie folgt unterteilt und bewertet.

1. 1.)eins,
Handling (25%)
2. 2.)2,
Diagnostische Sicherheit und Emissionen (50%)
3. 3.)3,
Innovation (25%)

Ad 1. Handling (25%)

Die Gesamtheit aller Eigenschaften und Merkmale, die eine einfache Bedienung und hohe Benutzerfreundlichkeit an den Systemkomponenten erlauben, wird für folgende Punkte überprüft:

1. 1.)eins,
Logische Anordnung der Bedienelemente im Schaltbereich und Untersuchungsbereich.
2. 2.)2,
Einfachheit der Bedienung bei nuklearmedizinischen bzw. diagnostischen Standarduntersuchungen. Im Besonderen sind folgende Untersuchungen strukturiert darzustellen:
H.2.1. PET/CT - Untersuchung bei onkologischen Verlaufskontrollen
H.2.2 PET/CT- Untersuchung im Rahmen von Primärdiagnostik und (Re-) Staging bei einer onkologischen Fragestellung

H.2.3. Thorax- CT

H.2.4. Abdomen - CT

H.2.5. Schädel - CT

1. 3.)3,
Einfachheit als auch logische Bedienführung der Kommunikation mit dem RIS/PACS (PatientInnen - Liste, Sendefunktionen, Bildauswahl).
2. 4.)4,
Räumliche Zugangsmöglichkeit beidseitig des Patiententisches.

3. 5.)5,

Mechanik des Gerätes. Dies betrifft sämtliche Positionsänderungen der Röhre/Detektor bzw. des Untersuchungstisches. Dabei werden folgende Eigenschaften überprüft: Bedienbarkeit, Schnelligkeit, Erreichen des Einstellungszieles

4. 6.)6,

Einfachheit der Gerätebedienung bei Spezialuntersuchungen. Hierzu sind folgende Untersuchungsbeispiele in Betracht zu ziehen:

H.6.1. PET/CT - Untersuchung des Gehirns

H.6.2. PET/CT - Untersuchung des Myokards

H.6.3. CT - Angiographie

H.6.4 CT - Perfusionsuntersuchungen

1. 7.)7,

Einfachheit der Menüführung häufiger Eingabebefehle bei Standarduntersuchungen, Zurückgreifen auf vorprogrammierte Einstellungen und Parameter

Ad 2. Diagnostische Sicherheit und Emissionen (50%)

Die Eigenschaften betreffend Bildqualität, Dosisbedarf, Wärme- und Lärmabgabe sowie Vibrationen werden sowohl für den PET/CT als auch den diagnostischen CT als stand-alone-Variante überprüft. Die Erhebung der Emissionen bezieht sich auf die besonderen Anforderungen im 9. Stock der KA Rudolfstiftung.

1. 1.)eins,

Beurteilung der Bildqualität bei häufigen PET/CT- bzw. CT-Untersuchungen direkt an repräsentativen Patientendaten (zumindest 4 Fallbeispiele, je zwei radiologische und nuklearmedizinische). Diese können von der Bieterfirma selbst ausgesucht werden, wobei allerdings die oben genannten Standard- und Spezialuntersuchungen zu bevorzugen sind. Die zu präsentierenden Fälle sind der Praxis zu entnehmen (Referenzbesuch), konstruktive Fälle werden nicht berücksichtigt.

2. 2.)2,

Einfachheit und Effektivität von Strahlenschutzmaßnahmen am Gerät (sowohl geräte- als auch softwaretechnisch), im speziellen auch in Bezug auf pädiatrische Untersuchungen.

3. 3.)3,

Beurteilt wird an Hand der technischen Angaben (gegebenenfalls inklusive praktischer Besichtigung) die Emission von Wärme und Lärm (bei Bedarf weitere Prüfparameter) des Großgerätes inklusive weiterer notwendiger Zusatzgeräte im Untersuchungsraum (z.B. Wärmetauscher). Des Weiteren wird das Vibrationsverhalten bei Bewegungsvorgängen überprüft.

Ad. 3. Innovation (25%)

Geprüft werden die Geräteeigenschaften bei Spezialuntersuchungen. Es sind für alle angeführten Untersuchungstechniken die wichtigsten Punkte anzuführen (inklusive Postprocessing).

I.3.1. PET/CT - Untersuchung zur Lokalisation kleiner Läsionen I.3.2. PET/CT - Untersuchung bei adipösen Patienten

I.3.4. CT - Perfusion bei Tumorerkrankungen römisch eins. 3.1. PET/CT - Untersuchung zur Lokalisation kleiner Läsionen römisch eins. 3.2. PET/CT - Untersuchung bei adipösen Patienten römisch eins. 3.4. CT - Perfusion bei Tumorerkrankungen

I.3.5. CT - Perfusion zur Hirndurchblutung römisch eins. 3.5. CT - Perfusion zur Hirndurchblutung

I.3.6. CT - Volumetrie von Lungenherden (post processing) römisch eins. 3.6. CT - Volumetrie von Lungenherden (post processing)

I.3.7. CT - Angiographie der Koronararterien römisch eins. 3.7. CT - Angiographie der Koronararterien

In der Beilage 13.12 ist ein Bewertungsbeispiel angeführt.

Die Bewertung der einzelnen Kommissionsmitglieder wird addiert und gemittelt, im Formular "Mittelwertsberechnung und Gewichtung der Kommissionellen Bewertung" eingetragen und mit dem Gewichtungsfaktor multipliziert. Eine Punktevergabe ist nur im Rahmen des vorgegebenen Systems möglich. Eine Bewertung zwischen zwei Zahlen oder ein

Fehlen der Bewertung (Punkte) ist nicht möglich.

Das Kriterium muss durch die Vergabe von Punkten bewertet werden. Diese Bewertung muss pro Kommissionsmitglied in der vorgesehenen Beilage des Bewertungsprotokolls mit einer fachlich fundierten Beschreibung nachvollziehbar begründet werden. Die Protokolle für die Begründung der Punktevergabe zu den einzelnen Nutzerkriterien sind schriftlich abzufassen und vom jeweiligen bewertenden Kommissionsmitglied zu unterfertigen.

Aus den von den Bietern so erreichten Punkten ergibt sich eine Reihenfolge. Das Angebot das von der Kommission die meisten Bewertungspunkte erhält, bekommt die maximale Zahl von 35 Qualitätspunkten, die nächstgereihten Angebote erhalten aliquote Punkteabzüge.

Demnach erhält beispielsweise ein Bieter dessen Angebot um 10% weniger Bewertungspunkte erhält als das am besten bewertete Angebot auch um 10% weniger Qualitätspunkte.

Die Bieter müssen der Kommission ein neuwertiges Referenzgerät des angebotenen Gerätetyps zur Bewertung der Hard- und Software im ausreichenden Maße zur Verfügung stellen bzw. entsprechende Demonstrationen durchführen.

7.3. Bestbieter Ermittlung

Die vom Bieter erreichten Punkte pro Kriterium werden in der Beilage 13.12, Seite 4, übertragen und dort summiert. Jener Bieter dessen Angebot die meisten Punkte erhalten hat, gilt als Bestbieter.

Die maximal erreichbare Punkteanzahl beträgt 100 = 100%.

8. Besuchsmöglichkeit von Referenzzentren

Um die Bewertung der Anlage zu ermöglichen verpflichtet sich der Bieter für die Geräte, sofern nicht anders vereinbart, in einem Zeitfenster von 5 Wochen, beginnend 1 Woche nach erfolgter Angebotseröffnung, mit der entsprechenden Ansprechperson der Anstalt (siehe Auflistung) einen Termin zur Besuchsmöglichkeit im Bedarfsfall zu vereinbaren.

Der Bieter verpflichtet sich sein angebotskonformes Gerät zu dem vereinbarten Termin zur Verfügung zu stellen.

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

Die Überlassung der/des Geräte(s) auf die Dauer des Besuches, die Erklärung der/des Geräte(s) sowie die Bereitstellung der Verbrauchsmaterialien oder sonstige Kosten im Zusammenhang mit der Gerätebesichtigung werden nicht gesondert vergütet."

Die Antragstellerin hat ihr Gerät mit einem Preis von 1.998.216,-, die Teilnehmerebene mit einem Preis von 1.742.024,16 angeboten. Damit hat die Antragstellerin beim Kriterium "Angebotspreis" 55,44, die Teilnehmerebene 65 Punkte erreicht.

Hinsichtlich der mit 35 Punkten gewichteten Qualitätsbewertung finden sich in den Vergabeakten (Ordner 06) umfangreiche schriftliche Unterlagen, wobei für jedes der Kommissionsmitglieder, deren Namen den Bietern nicht mitgeteilt wurden, vorgedruckte Formulare überschrieben mit "Bewertungsprotokoll für AnwenderInnen" im Umfang von neun Doppelseiten zur Verfügung gestellt wurden. Danach war die Qualität der angebotenen Geräte nach drei Subkriterien zu bewerten, die ihrerseits in mehrere Fragen unterteilt waren. Die Durchsicht dieser Bewertungsprotokolle zeigt, dass sie überwiegend nur punktemäßig ausgefüllt wurden in dem die jeweils nach Ansicht des Prüfers angemessene Punkteanzahl angekreuzt wurde. Dazu findet sich im Bewertungsprotokoll auf Seite 1 unten die Anmerkung, dass "pro Punkteauswahlfeld nur eine Zahl angekreuzt werden darf", Zwischenwerte nicht erlaubt sind. Wei-

ters ist festgelegt, dass "bei Punkten kleiner als zehn (sprich 8, 6, 4 und 2) eine

schriftliche Begründung zwecks Nachvollziehbarkeit erfolgen" muss (Unterstreichungen im Original). Dieser letzteren Festlegung ist von einzelnen Juroren nur teilweise entsprochen worden. Aus den Vergabeakten ist nicht ersichtlich, dass von den betreffenden Juroren eine Begründung bei Punktezahlen unter zehn nachverlangt worden wäre. Einzelne

Juroren haben ihre vergebene Punkteanzahl lapidar mit den Worten "in dubio pro reo" erklärt. Im Abschnitt "2 Diagnostische Sicherheit und Emissionen (50%)" waren Eigenschaften betreffend Bildqualität, Dosisbedarf, Wärme- und

Lärmabgabe sowie Vibrationen sowohl für den PET/CT als auch den Diagnosti-

schen CT als Stand-alone-Variante zu überprüfen. Bei der Frage 3 zu diesem Sub-Sub-Kriterium war "anhand der technischen Angaben (gegebenenfalls inklusiver praktischer Besichtigung) die Emission von Wärme und Lärm (bei Bedarf weitere Prüfparameter) des Großgerätes inklusive weiterer notwendiger Zusatzgeräte in Untersuchungsraum (z.B. Wärmetauscher)" zu beurteilen. Bei dieser Frage wurde das Gerät der Teilnehmereberechtigten mehrfach mit einer geringeren Punkteanzahl versehen, als jenes der Antragstellerin. Als Mängel wurde dabei angeführt "deutlich lauter" oder "Wärme: die Wärmeableitung über die Raumluft ist zwar technisch und aus

Sicht der Hygiene machbar, allerdings bedingt der notwendige Luftumsatz ... und

akustische Belastung eine schlechtere Bewertung". Auch wird vom diesem Juror die Schallemission bemängelt. Zusammenfassend erhält zur Problematik der Wärmeableitung, des Lärms und der Vibrationen das Gerät der Teilnehmereberechtigten eine deutlich schlechtere Bewertung (44 Punkte) als jenes der Antragstellerin (80 Punkte). Im Ergebnis hat die Antragstellerin bei der Bewertung des Gerätes 35 Punkte (Höchstpunktezahl), die Teilnehmereberechtigte 31,10 Punkte erhalten.

In den Vergabeakten findet sich sodann eine "Mittelwertberechnung und Gewichtung der kommissionellen Bewertung", die jedoch nur nach Punkten erfolgt ist, eine verbale Begründung zu den drei Subkriterien (Handling, Diagnostische Sicherheit, Innovation) findet sich nicht. Schließlich werden in einer Tabelle für die Bestbieterermittlung die Gesamtpunkte aus den Kriterien Preis und kommissionelle Bewertung zusammengeführt und festgestellt, dass die Teilnehmereberechtigte mit 96,10 Punkten vor 90,44 Punkten der Antragstellerin, die höchste Punkteanzahl erreicht hat. Aus den Vergabeakten, insbesondere den in Ordner 06 zusammengefassten Beurteilungen der achtköpfigen Bewertungskommission ist eine zusammenfassende, verbale Begründung der Punktevergabe nicht zu entnehmen. Die Mittelwertberechnung und Gewichtung der kommissionellen Bewertung berücksichtigt nur die jeweils vergebenen Punkte.

In der Niederschrift vom 17.6.2013, die offenbar die Niederschrift über die Angebotsbewertung darstellen soll, wird ein Vergabevorschlag erstattet und als Begründung desselben ausgeführt:

"Beide Angebote entsprechen den in der Ausschreibung vorgegebenen Anforderungen.

Bei der Bewertung der Angebote gemäß den in den Ausschreibungsunterlagen definierten Kriterien konnte das Angebot der Fa. *** GmbH aber mehr Punkte auf sich vereinen. Siehe dazu folgende Gegenüberstellung".

Es folgt jene Gegenüberstellung der Punkte, wie sie auch in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung enthalten ist. Schlussfolgend wird ausgeführt, dass "nach sowohl formeller als auch fachlicher Prüfung und Bewertung der eingegangenen Angebote" die Zuschlagserteilung zugunsten der Teilnehmereberechtigten vorgeschlagen wird.

Jene Ausführungen zur verbalen Bewertung der Angebote, die von der Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 11.7.2013 "nachgereicht" wurden, finden sich nicht in den Vergabeakten.

Die Zuschlagsentscheidung vom 27.6.2013 hat folgenden Wortlaut:

"Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Geschäftsbereich Strategischer Einkauf der Generaldirektion der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund teilt gemäß § 131 BVerG 2006 mit, dass vorgesehen ist, die Aufstellung, Inbetriebnahme sowie Wartung eines PET-CT für die Krankenanstalt Rudolfstiftung an die Firma *** GmbH *** zu vergeben. Der Geschäftsbereich Strategischer Einkauf der Generaldirektion der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund teilt gemäß Paragraph 131, BVerG 2006 mit, dass vorgesehen ist, die Aufstellung, Inbetriebnahme sowie Wartung eines PET-CT für die Krankenanstalt Rudolfstiftung an die Firma *** GmbH *** zu vergeben.

Begründung:

Bei der Bewertung der Zuschlagskriterien konnte das Angebot der Fa. *** GmbH die meistens Punkte erreichen. (siehe Tabelle)

Kriterium

Gewichtung

Punkte

Punkte

Preis

65

65,00

55,44

Kommissionelle Bewertung

35

31,10

35,00

Punktesumme

100

96,10

90,44

Reihung

1

2

Die Stillhaltefrist endet am 8. Juli 2013.

Die Vergabesumme beträgt € 1,742.024,16 (exkl. MWSt.)"

Eine weitere Begründung beziehungsweise Ausführung insbesondere zum Kriterium "kommissionelle Bewertung" ist in der Zuschlagsentscheidung nicht enthalten.

Mit Schriftsatz vom 11.7.2013, eingelangt am 12.7.2013, hat die Antragsgegnerin zum Vorbringen der Antragstellerin, die Mitteilung des Ergebnisses der Angebotsbewertung in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung wäre vergaberechtswidrig, eine umfangreiche Darstellung zur Bewertung der Angebote abgegeben. Dabei hat sie zu jedem einzelnen Punkt des Kriteriums "kommissionelle Bewertung" auch eine verbale Begründung gegeben, die sich offenbar auf die Erklärungen der einzelnen Kommissionsmitglieder zu jenen Unterkriterien ergibt, die von ihnen mit weniger als 10 Punkten bewertet wurden. Diese Zusammenfassungen finden sich nicht in den Vergabeakten, so dass anzunehmen ist, dass sie offenbar von der Antragsgegnerin (und nicht den Kommissionsmitgliedern) nachträglich im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstellt wurden.

Die Zuschlagsentscheidung vom 27.6.2013 ist der Antragstellerin im Faxwege am 28.6.2013 zugegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung ist am 5.7.2013 in der Geschäftsstelle der Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 zu entrichtenden Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen, ebenso die Verständigung der Antragsgegnerin gemäß § 25 Abs. 1 WVRG 2007. Die Zuschlagsentscheidung vom 27.6.2013 ist der Antragstellerin im Faxwege am 28.6.2013 zugegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung ist am 5.7.2013 in der Geschäftsstelle der Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 zu entrichtenden Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen, ebenso die Verständigung der Antragsgegnerin gemäß Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vor allem aufgrund des Inhaltes der Vergabeakten sowie des Vorbringens der Parteien. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass von der Antragsgegnerin mit ihrer Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen nur die von den Bietern in den beiden Kriterien erreichten, gewichteten Punkte mitgeteilt wurden. Eine verbale Begründung war nur einzelnen Beurteilungsblättern der Kommissionsmitglieder zu entnehmen, soweit diese weniger als zehn Punkte zugeteilt haben. Dass die Antragsgegnerin die in ihrem Schriftsatz vom 11.7.2013 zu den einzelnen Unterpunkten angeführten verbale Beurteilungen nachträglich und ohne Kommissionsmitgliedern verfasst haben dürfte, legt die Bemerkung nahe, wonach "die vergebende Stelle der Antragstellerin mit der Zuschlagsentscheidung jenes Ausmaß an Informationen mitgeteilt hat, welches sie der Antragstellerin auch in vorangegangenen Vergabeverfahren regelmäßig mitgeteilt hat". Dass jenes Produkt, auf das der Zuschlag erteilt werden soll in einigen Punkten nicht den Mindestanforderungen entsprechen dürfte, ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie teilweise auch aus den Bemerkungen einzelner Kommissionsmitglieder. Vor allem dass jenes Gerät, auf das der Zuschlag erfolgen soll bei der Wärmeabgabe an die Umgebungsluft 2500 Watt überschreitet, scheint aufgrund der Gerätebeschreibung zutreffend zu sein.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich zur Aufstellung, Inbetriebnahme sowie Wartung eines PET-CT der von ihr verwalteten Krankenanstalt Rudolfstiftung. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden, wobei der Preis mit 65 Punkten, die kommissionelle Bewertung mit 35 Punkten gewichtet sind. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens berufen. Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich zur Aufstellung, Inbetriebnahme sowie Wartung eines PET-CT der von ihr verwalteten Krankenanstalt Rudolfstiftung. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden, wobei der Preis mit 65 Punkten, die kommissionelle Bewertung mit 35 Punkten gewichtet sind. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens berufen.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeiten begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 27.6.2013 ist der Antragstellerin am 28.6.2013 als Fax zugegangen. Ihr am 5.7.2013 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeiten begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im

Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 27.6.2013 ist der Antragstellerin am 28.6.2013 als Fax zugegangen. Ihr am 5.7.2013 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung erweist sich im Ergebnis als berechtigt.

Nach § 131 Abs. 1 BVergG 2006 hat ein Auftraggeber den ihm Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bieter das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs. 1, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Jene Gründe, bei deren Vorliegen eine Mitteilung unterbleiben kann, liegen gegenständlich nicht vor. Eine entgegen dieser Verpflichtung den Bieter übermittelten Zuschlagsentscheidung stellt daher eine objektiv rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers dar und verletzt die Bieter in ihren § 131 4. Satz BVergG 2006 zustehenden Recht auf Bekanntgabe der in dieser Bestimmung enthaltenen Informationen. Dies umso mehr, als diese Bestimmung nach den Materialien gewährleisten soll "dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist jene Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt" (vgl. VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081). Einem Nachprüfungswerber kann nicht zugemutet werden, die vom Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung nicht bekanntgegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen. Daraus folgt, dass die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens schon dann wesentlich ist, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was in der Regel anzunehmen ist. § 131 BVergG 2006 verfolgt das Ziel, dass Bieter, die nicht zum Zuge kommen, grundsätzlich bereits mit der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, also am Beginn der Stillhaltefrist, über jene Informationen verfügen sollen, die es ihnen ermöglichen, die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen. Ein Abgehen vom diesem Grundsatz und damit eine Verkürzung der effektiven Anfechtungsfrist für den Bieter durch fehlende oder mangelhafte Bekanntgabe der Informationen, die nach § 131 BVergG 2006 mitzuteilen gewesen wären, bedarf einer sachlichen Rechtfertigung (BVA 18.9.2009, N/0084-BVA/13/2009-41). Die umso mehr, wenn die Begründung einer Zuschlagsentscheidung überhaupt fehlt (vgl. VwGH 9.4.2013, 2011/04/0224). Nach Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 hat ein Auftraggeber den ihm Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bieter das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, Absatz eins, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Jene Gründe, bei deren Vorliegen eine Mitteilung unterbleiben kann, liegen gegenständlich nicht vor. Eine entgegen dieser Verpflichtung den Bieter übermittelten Zuschlagsentscheidung stellt daher eine objektiv rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers dar und verletzt die Bieter in ihren Paragraph 131, 4. Satz BVergG 2006 zustehenden Recht auf Bekanntgabe der in dieser Bestimmung enthaltenen Informationen. Dies umso mehr, als diese Bestimmung nach den Materialien gewährleisten soll "dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist jene Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt" vergleiche VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081). Einem Nachprüfungswerber kann nicht zugemutet werden, die vom Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung nicht bekanntgegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen. Daraus folgt, dass die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens schon dann wesentlich ist, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was in der Regel anzunehmen ist. Paragraph 131, BVergG 2006 verfolgt das Ziel, dass Bieter, die nicht zum Zuge kommen, grundsätzlich bereits mit der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, also am Beginn der Stillhaltefrist, über jene Informationen verfügen sollen, die es ihnen ermöglichen, die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen. Ein Abgehen vom diesem Grundsatz und damit eine Verkürzung der effektiven Anfechtungsfrist für den Bieter durch fehlende oder mangelhafte Bekanntgabe der Informationen, die nach Paragraph 131, BVergG 2006 mitzuteilen gewesen wären, bedarf einer sachlichen Rechtfertigung (BVA 18.9.2009, N/0084-BVA/13/2009-41). Die umso mehr, wenn die Begründung einer Zuschlagsentscheidung überhaupt fehlt vergleiche VwGH 9.4.2013, 2011/04/0224).

Diesen Anforderungen hat die angefochtene Zuschlagsentscheidung in keiner Weise entsprochen, da in ihr im Wesentlichen nur die Punktebewertung der beiden Angebote mitgeteilt wurde. Eine verbale Begründung insbesondere zu den Merkmalen und Vorteilen des erfolgreichen Angebotes fehlt gänzlich, sie wäre jedoch für die Antragstellerin von grundsätzlicher Bedeutung gewesen, um eine sinnvolle Anfechtung der Zuschlagsentscheidung vornehmen zu können. Dies wäre für sie umso notwendiger gewesen, als ihr Angebot vor allem aufgrund der kommissionellen Bewertung den Punktevorsprung der Teilnehmereberechtigten beim Kriterium Preis nicht aufholen konnte. Wenn die Antragsgegnerin - die diesen Mangel nachträglich offenbar erkannt hat - im Schriftsatz vom 11.7.2013 versucht, eine verbale Begründung der Punktevergabe beim Kriterium "kommissionelle Bewertung" nachzureichen, vermag dies die mangelhafte Zuschlagsentscheidung nicht zu sanieren. Nicht nur dass diese nachgereichte verbale Begründung offenbar nicht von den Kommissionsmitgliedern verfasst wurde, sondern es sich dabei um eine Zusammenführung der einzelnen Bemerkungen zu den vermindert zugeteilten Punkten handelt, ist sie erst im Nachprüfungsverfahren, also nach der mit 27.6.2013 datierten Zuschlagsentscheidung ergangen. Der Standpunkt der Antragsgegnerin, derartige nunmehr angefochtene Zuschlagsentscheidungen seien in dieser Form "der Antragstellerin auch in vorangegangenen Vergabeverfahren regelmäßig mitgeteilt (worden). Dazu gab es seitens der Antragstellerin bisher keine Einwände. Die umfangreichen Details der erfolgten Beurteilung der Qualitätskriterien (seien) aus praktischen Gründen bisher üblicherweise nicht in die Zuschlagsentscheidung aufgenommen, sondern jeweils erst auf Nachfrage bekanntgegeben" worden, vermag ein Abgehen von den zwingenden Bestimmungen des § 131 Abs. 1 BVergG 2006 in keiner Weise zu rechtfertigen. Ebenso wenig ist die Zusage der Antragsgegnerin geeignet, wonach "die vergebende

Diesen Anforderungen hat die angefochtene Zuschlagsentscheidung in keiner Weise entsprochen, da in ihr im Wesentlichen nur die Punktebewertung der beiden Angebote mitgeteilt wurde. Eine verbale Begründung insbesondere zu den Merkmalen und Vorteilen des erfolgreichen Angebotes fehlt gänzlich, sie wäre jedoch für die Antragstellerin von grundsätzlicher Bedeutung gewesen, um eine sinnvolle Anfechtung der Zuschlagsentscheidung vornehmen zu können. Dies wäre für sie umso notwendiger gewesen, als ihr Angebot vor allem aufgrund der kommissionellen Bewertung den Punktevorsprung der Teilnehmereberechtigten beim Kriterium Preis nicht aufholen konnte. Wenn die Antragsgegnerin - die diesen Mangel nachträglich offenbar erkannt hat - im Schriftsatz vom 11.7.2013 versucht, eine verbale Begründung der Punktevergabe beim Kriterium "kommissionelle Bewertung" nachzureichen, vermag dies die mangelhafte Zuschlagsentscheidung nicht zu sanieren. Nicht nur dass diese nachgereichte verbale Begründung offenbar nicht von den Kommissionsmitgliedern verfasst wurde, sondern es sich dabei um eine Zusammenführung der einzelnen Bemerkungen zu den vermindert zugeteilten Punkten handelt, ist sie erst im Nachprüfungsverfahren, also nach der mit 27.6.2013 datierten Zuschlagsentscheidung ergangen. Der Standpunkt der Antragsgegnerin, derartige nunmehr angefochtene Zuschlagsentscheidungen seien in dieser Form "der Antragstellerin auch in vorangegangenen Vergabeverfahren regelmäßig mitgeteilt (worden). Dazu gab es seitens der Antragstellerin bisher keine Einwände. Die umfangreichen Details der erfolgten Beurteilung der Qualitätskriterien (seien) aus praktischen Gründen bisher üblicherweise nicht in die Zuschlagsentscheidung aufgenommen, sondern jeweils erst auf Nachfrage bekanntgegeben" worden, vermag ein Abgehen von den zwingenden Bestimmungen des Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 in keiner Weise zu rechtfertigen. Ebenso wenig ist die Zusage der Antragsgegnerin geeignet, wonach "die vergebende

Stelle... künftig in die Zuschlagsentscheidung die jeweils in den Subkriterien erreich-

te Bewertung sowie die maßgebliche verbale Beurteilung aufnehmen" wird, geeignet, die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung aufzuheben.

Da die Antragstellerin mit der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nicht über jene Informationen verfügte, die es ihr ermöglichen sollte die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen und überprüfen zu können, erweist sich die angefochtene Zuschlagsentscheidung als derartig mangelhaft und rechtswidrig, sodass sie bereits aus diesen Gründen für nichtig zu erklären war, ohne dass der Senat genötigt war, auf die sonst geltend gemachten Anfechtungsgründe einzugehen.

Lediglich bemerkt sei, dass nach der Aktenlage das von der Teilnehmereberechtigten angebotene Gerät nicht in allen Punkten den baulich technischen Mindestanforderungen (Punkt 2.2 der Angebotsunterlagen) entsprechen dürfte. Nach dieser Festlegung darf aus raumclimatechnischen Gründen im Untersuchungsraum die Wärmeabgabe (durch das Gerät) an die Umgebungsluft 2500 W nicht überschreiten. Dazu haben die Antragsgegnerin und die Teilnehmereberechtigte im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass in dem Gerät zwar Wärme erzeugt wird, der Raum simultan dazu jedoch abgekühlt wird. Dadurch werde die Überschreitung der Wärmeabgabe, wie sie in

den Ausschreibungsunterlagen verlangt werde, verhindert. Die Wärme werde vom Gerät zwar an die Umgebungsluft abgegeben, die abgegebene Wärme wird dem Raum jedoch über Kühlgeräte, die in der Decke eingebaut werden, wieder entnommen (Protokollseite 5). Gerade in der Frage der Wärmeabgabe des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Gerätes finden sich in den Bewertungsblättern kritische Bemerkungen einzelner Kommissionsmitglieder, die eine Beeinträchtigung durch die Art der Wärmeabfuhr bei Betrieb des angebotenen Gerätes festgehalten haben. Dass sich die Antragsgegnerin mit diesem Problem vor allem der Wärmeabfuhr im Zuge des Vergabeverfahrens eingehend befasst hätte, ist aus den Vergabeakten nicht ersichtlich. Sollte tatsächlich das angebotene Gerät nicht den medizinisch technischen oder baulich technischen Mindestanforderungen entsprechen, wäre damit ein Ausscheidungsgrund gegeben.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 8.7.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 8.7.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht der Antragsgegnerin gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzung liegen vor. Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht der Antragsgegnerin gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzung liegen vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Nichtigerklärung; Fehlende Begründung der Zuschlagsentscheidung;

Zuletzt aktualisiert am

27.11.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at