

TE Verg Bescheid 2010/12/2 VKS-12076/10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.12.2010

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §108

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7 und Abs2

BVergG 2006 §345

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 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 108 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 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Dr. Kathrin Hornbanger, Rechtsanwältin in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages zur "Lieferung von kardiologischen Stents an die Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund (KAV) und an das Hanusch Krankenhaus der Wiener Gebietskrankenkasse", Ausschreibungsnummer KAV-GED-A/19/2009/SE, durch die 1. Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil Platz 7/1, 1030 Wien, 2. Wiener Gebietskrankenkasse, Wienerbergstraße 19, 1100 Wien, beide vertreten durch Dr. Nora Kluger, Rechtsanwältin in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Dem Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegner vom 21.10.2010 wird stattgegeben. Die Ausscheidungsentscheidung wird für nichtig erklärt.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 3.11.2010 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragsgegner haben der Antragstellerin deren Pauschalgebühren in Höhe von € 2200,90 binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13, 18, 19, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs.1, 25 Abs. 1, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit § 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1, 5, 108, 126, 129 Abs. 1 Z 7 und Abs. 2, 345 BVergG 2006.Paragraph eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, 18, 19, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, 5, 108, 126, 129, Absatz eins, Ziffer 7 und Absatz 2, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund und die Wiener Gebietskrankenkasse, vertreten durch die vergebende Stelle der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund (im folgenden Antragsgegner genannt), führen ein offenes Verfahren zum Abschluss eines Auftrages zur Lieferung von kardiologischen Stents an die Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund und an das Hanusch-Krankenhaus der Wiener Gebietskrankenkasse. Es handelt sich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich, der in sieben Lose geteilt ist. Nach den Angebotsbedingungen ist eine Teilvergabe je Los vorgesehen. Die einzelnen Lose unterscheiden sich durch die jeweiligen Anforderungen an die anzubietenden Stents und sind im Leistungsverzeichnis näher definiert. Die Kundmachung ist nach einer Vorinformation zur Vergabe der ausschreibungsgegenständlichen Leistung vom 10.11.2009 am 29.4.2010 im Amtsblatt der Europäischen Union, Zl. 2010/S82-124745, ordnungsgemäß erfolgt. Die

Zuschlagskriterien wurden mit 60 % für den Preis und 40 % für die Qualität gewichtet, wobei jeweils die Angebote über die einzelnen Lose verglichen werden sollen. Die Bewertung des Kriteriums Qualität soll durch eine Kommission erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war nach mehrfacher Verlängerung zuletzt der 30.7.2010, 13.00 Uhr.

Neben anderen Unternehmen hat sich auch die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt und ein Angebot für die Lose 3 und 4 abgegeben.

Mit Schreiben vom 21.10.2010, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen, haben die Antragsgegner mitgeteilt, das Angebot der Antragstellerin für diese beiden Lose gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 ausscheiden zu wollen. Als Grund dafür wird angeführt, dass beim Los 3 der angebotene Stent eine passive Beschichtung aufweise und nicht in den geforderten Längenabstufungen verfügbar sei. Zum Los 4 wurde ausgeführt, dass bei dem angebotenen Yukon Choice 4 DES nicht nachgewiesen sei, dass dieser Stent eine biodegradierbare Beschichtung aufweise. Ebenso sei eine behördlich genehmigte Lagerung bei Raumtemperatur bzw. die Lagerfähigkeit bei Raumtemperatur nicht nachgewiesen. Mit Schreiben vom 21.10.2010, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen, haben die Antragsgegner mitgeteilt, das Angebot der Antragstellerin für diese beiden Lose gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausscheiden zu wollen. Als Grund dafür wird angeführt, dass beim Los 3 der angebotene Stent eine passive Beschichtung aufweise und nicht in den geforderten Längenabstufungen verfügbar sei. Zum Los 4 wurde ausgeführt, dass bei dem angebotenen Yukon Choice 4 DES nicht nachgewiesen sei, dass dieser Stent eine biodegradierbare Beschichtung aufweise. Ebenso sei eine behördlich genehmigte Lagerung bei Raumtemperatur bzw. die Lagerfähigkeit bei Raumtemperatur nicht nachgewiesen.

Gegen diese Ausscheidungsentscheidung richtet sich der am 2.11.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung soweit diese das Los 4 betrifft, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, die Gründe, die für das Ausscheiden des Angebotes für das Los 4 herangezogen worden seien, seien inhaltlich unzutreffend. Tatsächlich weise der von der Antragstellerin angebotene Stent "selbstverständlich eine solche biodegradierbare Polymer-Beschichtung auf". Das System dieses Stents zeichne sich dadurch aus, dass es derart flexibel sei, dass jegliche Beschichtung möglich sei, so auch eine Beschichtung mit biodegradierbarem Polymer. Dies sei den Antragsgegnern auch auf deren Nachfrage ausdrücklich schriftlich bestätigt worden. Dennoch sei das Angebot der Antragstellerin ohne jegliche sachliche Rechtfertigung ausgeschieden worden. "Alle Mitglieder der Expertenkommission als auch der Arbeitsgruppe zur Ausschreibung für kardiologische Stents (seien) im Rahmen des Alpe Adria Meetings von der Antragstellerin eingeladen (worden) die dazu veröffentlichten Studien anzuhören. Herr Prof. Dr. Schühlen aus Berlin (habe) sowohl die verschiedenen Beschichtungsmöglichkeiten u.a. mit biodegradierbarem Polymer als auch die dazu veröffentlichten Studien ISAR TEST 1-5 u.v.m. vorgetragen. Sogar auf die Lagerung (sei) er nach Fragen der Zuhörerschaft eingegangen". Es sei sehr bedauerlich, dass seitens der Antragsgegner niemand die Zeit gefunden habe, an dem Vortrag teilzunehmen. Zur Lagerung des angebotenen Stent bei Raumtemperatur führt die Antragstellerin aus, dass eine behördliche Genehmigung bei Raumtemperatur in den Ausschreibungsunterlagen an keiner Stelle verlangt wurde. Tatsache sei jedoch, dass der angebotene Stent drei Jahre lang bei Raumtemperatur ohne nachteilige Folgen gelagert werden könne. Dies werde auf der Verpackung angegeben und auch dieser Umstand sei gegenüber den Antragsgegnern auf deren Nachfrage ausdrücklich schriftlich bestätigt worden. Gegen diese Ausscheidungsentscheidung richtet sich der am 2.11.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung soweit diese das Los 4 betrifft, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, die Gründe, die für das Ausscheiden des Angebotes für das Los 4 herangezogen worden seien, seien inhaltlich unzutreffend. Tatsächlich weise der von der Antragstellerin angebotene Stent "selbstverständlich eine solche biodegradierbare Polymer-Beschichtung auf". Das System dieses Stents zeichne sich dadurch aus, dass es derart flexibel sei, dass jegliche Beschichtung möglich sei, so auch eine Beschichtung mit biodegradierbarem Polymer. Dies sei den Antragsgegnern auch auf deren Nachfrage ausdrücklich schriftlich bestätigt worden. Dennoch sei das Angebot der Antragstellerin ohne jegliche sachliche Rechtfertigung ausgeschieden worden. "Alle Mitglieder der Expertenkommission als auch der Arbeitsgruppe zur Ausschreibung für kardiologische Stents (seien) im Rahmen des Alpe Adria Meetings von der Antragstellerin eingeladen (worden) die dazu veröffentlichten Studien anzuhören. Herr

Prof. Dr. Schühlen aus Berlin (habe) sowohl die verschiedenen Beschichtungsmöglichkeiten u.a. mit biodegradierbarem Polymer als auch die dazu veröffentlichten Studien ISAR TEST 1-5 u.v.m. vorgetragen. Sogar auf die Lagerung (sei) er nach Fragen der Zuhörerschaft eingegangen". Es sei sehr bedauerlich, dass seitens der Antragsgegner niemand die Zeit gefunden habe, an dem Vortrag teilzunehmen. Zur Lagerung des angebotenen Stent bei Raumtemperatur führt die Antragstellerin aus, dass eine behördliche Genehmigung bei Raumtemperatur in den Ausschreibungsunterlagen an keiner Stelle verlangt wurde. Tatsache sei jedoch, dass der angebotene Stent drei Jahre lang bei Raumtemperatur ohne nachteilige Folgen gelagert werden könne. Dies werde auf der Verpackung angegeben und auch dieser Umstand sei gegenüber den Antragsgegnern auf deren Nachfrage ausdrücklich schriftlich bestätigt worden.

Durch das Verhalten der Antragsgegner erachtet sich die Antragstellerin in ihren subjektiven Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf eine vergaberechtskonforme Angebotsprüfung, Einhaltung des Transparenzgrundsatzes sowie des Grundsatzes des freien und lauten Wettbewerbes und letztlich auf Erteilung des Zuschlages auf der Grundlage der Angebotsbestimmungen sowie ihres Angebotes im Bezug auf das Los 4 verletzt.

Die Antragstellerin vertreibe seit Jahren kardiologische Stents in Österreich und sei auch in der Lage, die ausgeschriebenen und angebotenen kardiologischen Stents zu liefern. Sie habe bereits in der Vergangenheit Krankenhäuser des Wiener Krankenanstaltenverbundes mit BMS und DES - Stents beliefert. Die Ausscheidungsentscheidung und deren Begründung berühre die Interessenslage der Antragstellerin ganz erheblich, da die gegenständliche Ausschreibung Signalwirkung für den gesamten kardiologischen Bereich auch in anderen Krankenhäusern und Teilen Österreichs haben werde. Durch die Vorgangsweise der Antragsgegner werde sie in ihrer Marktposition massiv gefährdet. Sollte die Antragstellerin den Auftrag für das Los 4 nicht erhalten, drohe ihr ein unmittelbarer Schaden für das Unternehmen. Dieser Schaden setze sich zusammen aus dem entgangenem Gewinn, sowie aus voraussichtlich nicht kompensierbaren Auslastungsdefiziten und dem Verlust eines Referenzproduktes.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 3.11.2010 erlassen. Diesbezüglich kann - um Wiederholungen zu vermeiden - auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 10.11.2010 haben die Antragsgegner in der Sache Stellung genommen und die Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Sie führen aus, die Antragstellerin hätte in den vorangegangenen Nachprüfungsverfahren VKS- 7392/10 und VKS-8435/10 jeweils vorgebracht, durch die Festlegungen in der Leistungsbeschreibung sei es ihr nicht möglich, den von ihr vertriebenen Stent Yukon Choice 4 DES anzubieten. Dieser Stent sei polymerfrei und müsste bei Temperaturen von 2 bis 8 Grad Celsius gelagert werden. Im Hinblick auf dieses Vorbringen haben sich die Antragsgegner veranlasst gesehen, die Antragstellerin mit Schreiben vom 3.9.2010 um Aufklärung zu ersuchen. Die Polymerfreiheit des angebotenen Stents gehe nicht zuletzt auch aus dem Prospektmaterial der Herstellerin Translumina GmbH hervor. Das Aufklärungsersuchen vom 3.9.2010 sei von der Antragstellerin mit einem undatierten Schreiben, dass bei den Antragsgegnern am 8.9.2010 eingelangt sei, lapidar beantwortet worden. Zur Lagerung bei Raumtemperatur werde darin ausgeführt, dass "aufgrund der großen Problematik der Kühlschrankschlagerung, die es in Wien gibt...vom deutschen Herzzentrum zugesagt (worden sei), dass der Yukon Choice 4 DES auch bei Raumtemperatur zu lagern sei. Die spezielle Verpackung macht dies möglich". Zur Frage, ob der angebotene Stent über ein Polymer verfüge habe die Antragstellerin geantwortet "ja, es handelt sich um Polylactitacid". Auf Grundlage dieser von der Antragstellerin getätigten Angaben und der den Antragsgegnern vorliegenden Unterlagen sei es ihnen nicht möglich gewesen das Vorhandensein derjenigen Eigenschaften des angebotenen Stent bestätigt zu finden, die in der Ausschreibung gefordert werden. Die Antragstellerin habe "höchst widersprüchliche und verwirrende Angaben getätigt und nicht angemessen dazu beigetragen, diese Widersprüche auszuräumen". Es habe die Antragstellerin geradezu ein "Verwirrspiel" veranstaltet, in dem sie zunächst die Ausschreibungswidrigkeit des angebotenen Stents puncto Polymer und Raumtemperaturlagerung dargetan habe, in der Folge jedoch in Frage gestellt habe. Auf die konkreten Fragen habe die Antragstellerin ausweichend oder unklar geantwortet und sei die Vorlage bestätigender Unterlagen schuldig geblieben. Im Ergebnis sei es den Antragsgegnern trotz Nachfrage bei der Antragstellerin und eigenen Recherchen im Internet nicht möglich gewesen, die angeblich nun doch vorhandene

Ausschreibungskonformität des angebotenen Stent bestätigt zu finden. Angebliche Ausführungen von Medizinern in Vorträgen oder angebliche, nicht näher belegte Zusicherungen des deutschen Herzzentrums seien keine taugliche Grundlage für die Annahme der Ausschreibungskonformität des Angebotes.

Dieses Vorbringen wurde von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 29.11.2010 unter Hinweis auf § 108 Abs. 2 BVergG 2006 dahingehend beantwortet, dass sie ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe und das Auskunftsverlangen der Antragsgegner vollständig, klar und präzise beantwortet habe. Im Falle begründeter Zweifel an den Angaben der Antragstellerin im Angebot sowie im Aufklärungsschreiben hätten sie "Nachweise abfragen oder nach der verbindlichen schriftlichen Auskunft der Antragstellerin nochmals nachfragen müssen". Da die Antragsgegner vor der Bekanntgabe ihrer Entscheidung über das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt Nachweise für die Angaben der Antragstellerin in ihrer schriftlichen Auskunft verlangt haben, habe es auch keine unbehobenen Angebotsmängel gegeben, sodass die Ausscheidung des Angebotes bezüglich des Loses 4 mit Hinweis auf § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 ebenfalls unzulässig sei. Im Übrigen habe die Antragstellerin dem Aufklärungsverlangen der Antragsgegner vom 3.9.2010 "vollinhaltlich" entsprochen. Dieses Auskunftsverlangen habe keine Aufforderung zur Vorlage von Nachweisen enthalten. Dieses Vorbringen wurde von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 29.11.2010 unter Hinweis auf Paragraph 108, Absatz 2, BVergG 2006 dahingehend beantwortet, dass sie ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe und das Auskunftsverlangen der Antragsgegner vollständig, klar und präzise beantwortet habe. Im Falle begründeter Zweifel an den Angaben der Antragstellerin im Angebot sowie im Aufklärungsschreiben hätten sie "Nachweise abfragen oder nach der verbindlichen schriftlichen Auskunft der Antragstellerin nochmals nachfragen müssen". Da die Antragsgegner vor der Bekanntgabe ihrer Entscheidung über das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt Nachweise für die Angaben der Antragstellerin in ihrer schriftlichen Auskunft verlangt haben, habe es auch keine unbehobenen Angebotsmängel gegeben, sodass die Ausscheidung des Angebotes bezüglich des Loses 4 mit Hinweis auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ebenfalls unzulässig sei. Im Übrigen habe die Antragstellerin dem Aufklärungsverlangen der Antragsgegner vom 3.9.2010 "vollinhaltlich" entsprochen. Dieses Auskunftsverlangen habe keine Aufforderung zur Vorlage von Nachweisen enthalten.

Zu dem von der Antragstellerin in den Vorverfahren VKS-7392/10 und VKS-8435/10 erstatteten Vorbringen führt sie aus, sie habe "in diesem Verfahren an keiner Stelle behauptet, dass eine Lagerung des Stents Yukon Choice 4 DES bei Raumtemperatur nicht möglich sei oder dass der Stent Yukon Choice 4 DES ausschließlich polymerfrei hergestellt werden könne". Vielmehr habe sie in der mündlichen Verhandlung in diesem Verfahren vorgebracht, dass sie polymerfreie Stents anbieten und ab September 2010 auch liefern könne. Sie habe die Leistungsbeschreibung in den beiden genannten Verfahren bezüglich der Lose 4 - 7, insbesondere die Einschränkung auf polymer-behaftete und bei Raumtemperatur lagerbare Stents, bekämpft weil sie sie "für sachlich nicht gerechtfertigt bzw. medizinisch nicht begründet und diskriminierend erachtet". Entsprechend der Intention dieses Nachprüfungsantrages, die diskriminierende Leistungsbeschreibung in der Ausschreibung aufzuzeigen, habe die Antragstellerin in diesem Verfahren vorgebracht, dass eine gekühlte Lagerung der ausschreibungsgegenständlichen Stents für die Anwendung besser geeignet wäre und habe ihrem Angebot auch entsprechende Beweismittel beigelegt. Damit habe sie jedoch nicht ausgeschlossen, im Falle der Bestandfestigkeit der Ausschreibung, andere Stents, nämlich solche mit Polymerbeschichtung, bereitstellen zu können. Soweit die Antragsgegner in der Begründung ihrer Ausscheidungsentscheidung das Fehlen entsprechender Nachweise und die Unterlassung der hinreichenden Aufklärung über den Gegenstand ihres schriftlichen Auskunftsverlangens behaupten, machen sie inhaltlich nicht den in der Begründung der Ausscheidungsentscheidung angegebenen Grund des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 sondern jenen des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 geltend. Keiner der beiden Ausscheidungsgründe liege jedoch vor, weshalb die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären wäre. Zu dem von der Antragstellerin in den Vorverfahren VKS-7392/10 und VKS-8435/10 erstatteten Vorbringen führt sie aus, sie habe "in diesem Verfahren an keiner Stelle behauptet, dass eine Lagerung des Stents Yukon Choice 4 DES bei Raumtemperatur nicht möglich sei oder dass der Stent Yukon Choice 4 DES ausschließlich polymerfrei hergestellt werden könne". Vielmehr habe sie in der mündlichen Verhandlung in diesem Verfahren vorgebracht, dass sie polymerfreie Stents anbieten und ab September 2010 auch liefern könne. Sie habe die Leistungsbeschreibung in den beiden genannten Verfahren bezüglich der Lose 4 - 7, insbesondere die Einschränkung auf polymer-behaftete und bei Raumtemperatur lagerbare Stents, bekämpft weil sie sie "für sachlich nicht gerechtfertigt bzw. medizinisch nicht begründet und diskriminierend erachtet". Entsprechend der Intention dieses Nachprüfungsantrages, die diskriminierende Leistungsbeschreibung in der Ausschreibung

aufzuzeigen, habe die Antragstellerin in diesem Verfahren vorgebracht, dass eine gekühlte Lagerung der ausschreibungsgegenständlichen Stents für die Anwendung besser geeignet wäre und habe ihrem Angebot auch entsprechende Beweismittel beigelegt. Damit habe sie jedoch nicht ausgeschlossen, im Falle der Bestandfestigkeit der Ausschreibung, andere Stents, nämlich solche mit Polymerbeschichtung, bereitstellen zu können. Soweit die Antragsgegner in der Begründung ihrer Ausscheidungsentscheidung das Fehlen entsprechender Nachweise und die Unterlassung der hinreichenden Aufklärung über den Gegenstand ihres schriftlichen Auskunftsverlangens behaupten, machen sie inhaltlich nicht den in der Begründung der Ausscheidungsentscheidung angegebenen Grund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 sondern jenen des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 geltend. Keiner der beiden Ausscheidungsgründe liege jedoch vor, weshalb die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären wäre.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 2.12.2010 hat die Antragstellerin befragt zum Vorbringen in den beiden Vorverfahren vorgebracht, " es kann durchaus sein, dass das Vorbringen im vorhergegangenen Verfahren falsch war. Wäre der Geschäftsführer damals anwesend gewesen, wäre unter Umständen ein anderes Vorbringen erstattet worden" (Protokoll Seite 2).

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von den Antragsgegnern vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite samt Beilagen mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, des Inhaltes der "Vorakten" VKS-7392/10 und VKS-8435/10, die in der mündlichen Verhandlung verlesen wurden, so wie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 2.12.2010 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Auftraggeber sind die Stadt Wien und die Wiener Gebietskrankenkasse, wobei der Anteil der Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, gegenüber dem Anteil der Wiener Gebietskrankenkasse mehr als die Hälfte am Gesamtauftragswert umfasst. Beide sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führen ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages (§ 5 BVergG 2006), nämlich zur Lieferung von vormontierten Koronar - Stents an insgesamt sieben Krankenanstalten. Ausgeschrieben ist die Lieferung von insgesamt 2460 Stents verschiedener Klassen. Der Auftrag ist in sieben Lose geteilt, nach den Angebotsbedingungen ist eine Teilvergabe je Los vorgesehen. Die einzelnen Lose unterscheiden sich durch die jeweiligen Anforderungen an die anzubietenden Stents und sind im Leistungsverzeichnis näher definiert. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Die Zuschlagskriterien wurden mit 60 % für den Preis und 40 % für die Qualität gewichtet, wobei jeweils die Angebote über die einzelnen Lose verglichen werden sollen. Die Bewertung des Kriteriums Qualität ist in zwei Subkriterien, nämlich "Data" gewichtet mit 60 % und "Expertenbeurteilung" gewichtet mit 40 %, unterteilt. Das Ende der Angebotsfrist war zunächst der 20.5.2010, 13.00 Uhr. Sie wurde zuletzt (16.7.2010) mit 30.7.2010, 10.00 Uhr festgelegt. Auftraggeber sind die Stadt Wien und die Wiener Gebietskrankenkasse, wobei der Anteil der Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, gegenüber dem Anteil der Wiener Gebietskrankenkasse mehr als die Hälfte am Gesamtauftragswert umfasst. Beide sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führen ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages (Paragraph 5, BVergG 2006), nämlich zur Lieferung von vormontierten Koronar - Stents an insgesamt sieben Krankenanstalten. Ausgeschrieben ist die Lieferung von insgesamt 2460 Stents verschiedener Klassen. Der Auftrag ist in sieben Lose geteilt, nach den Angebotsbedingungen ist eine Teilvergabe je Los vorgesehen. Die einzelnen Lose unterscheiden sich durch die jeweiligen Anforderungen an die anzubietenden Stents und sind im Leistungsverzeichnis näher definiert. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Die Zuschlagskriterien wurden mit 60 % für den Preis und 40 % für die Qualität gewichtet, wobei jeweils die Angebote über die einzelnen Lose verglichen werden sollen. Die Bewertung des Kriteriums Qualität ist in zwei Subkriterien, nämlich "Data" gewichtet mit 60 % und "Expertenbeurteilung" gewichtet mit 40 %, unterteilt. Das Ende der Angebotsfrist war zunächst der 20.5.2010, 13.00 Uhr. Sie wurde zuletzt (16.7.2010) mit 30.7.2010, 10.00 Uhr festgelegt.

Die für das Nachprüfungsverfahren maßgeblichen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen werden nachstehend wie folgt wiedergegeben, sie bilden einen wesentlichen Inhalt der Sachverhaltsfeststellungen:

"Diese Ausschreibung dient der Vergabe von vormontierten Koronarstents (Implantate der Klasse III nach dem Medizinproduktgesetz)."Diese Ausschreibung dient der Vergabe von vormontierten Koronarstents (Implantate der Klasse römisch drei nach dem Medizinproduktgesetz).

Eine grundsätzliche Unterteilung erfolgt in unbeschichtete und passiv beschichtete Bare Metal Stents (BMS; Los 1 - 3) sowie in Drug Eluting Stents mit Limus-Beschichtung (DES; Los 4 - 7), deren Oberfläche mit immunsuppressiven und/oder antiproliferativ wirkenden Medikamenten beschichtet ist. DES mit anderen als Limus-Beschichtungen und weitere spezielle Stents, die von dieser Ausschreibung nicht umfasst sind, werden im Bedarfsfall in gesonderten Vergabeverfahren beschafft.

Zur weiteren Unterteilung der benötigten Stents in insgesamt 7 Lose werden in der gegenständlichen Ausschreibung folgende Leistungskriterien definiert und herangezogen:

Beschichtung: Gibt Auskunft, ob bei BMS (Los 1 - 3) Substanzen mit passiver (physikalischer) Wirkung aufgebracht sind oder nicht. Bei DES (Los 4 - 7) kommen ausschließlich Stents zur Vergabe, bei denen ein Wirkstoff aus der Limus-Gruppe aufgebracht ist. Unter der Bezeichnung Limus-Gruppe sind folgende Wirkstoffe zusammengefasst: Sirolimus (= Rapamycin), Everolimus, Biolimus, Zotarolimus, Tacrolimus

Polymer: Wird nur bei DES (Los 4 - 7) gefordert; mittels des Polymers wird der Wirkstoff auf den Stent aufgebracht, weiters dient es zur kontrollierenden Wirkstoffabgabe; je nach der Abbaubarkeit des Polymers wird zwischen stabilen und biodegradierbaren Polymeren unterschieden.

Nachfolgend sind die zu erfüllenden Anforderungen angeführt. Die Nichterfüllung einer der genannten Anforderungen führt zum Ausscheiden des Angebotes.

Anforderungen für alle Lose:

Zulassung

Die angebotenen Stents müssen eine CE-Kennzeichnung aufweisen und in Österreich zur Inverkehrbringung zugelassen sein.

Haltbarkeit

Jeder Stent muss einzeln steril verpackt sein. Zum Zeitpunkt der Lieferung muss eine Mindesthaltbarkeit von 4 Monaten bei Raumtemperatur gemäß europäischem Arzneibuch gegeben sein.

Spezielle Anforderungen an die einzelnen Lose (hier wird nur das von der Anfechtung betroffene Los angeführt):

Anforderungen an das Los Nr. 4

Drug Eluting Stent

Strutdicke: beliebig

Zellzirkumferenz: beliebig

Crossing profile: beliebig

Polymer: biodegradierbar

Beschichtung: Limus-Gruppe

Gegenstand des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens ist die Entscheidung der Antragsgegner, das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich des Loses 4 ausscheiden zu wollen.

Nach Pkt. 7 der besonderen Angebotsbestimmungen (Beilage 13.03) sind Teilangebote zugelassen, Alternativ - bzw. Abänderungsangebote hingegen nicht.

Nach Pkt. 11 der besonderen Angebotsbestimmungen behält sich der Auftraggeber vor, zum Zweck der Produktbeurteilung die angebotenen Produkte vor Zuschlagsentscheidung zum angebotenen Einheitspreis in angemessener Menge anzukaufen. Insgesamt wurden 15 Angebote abgegeben.

Die Antragstellerin hat ein Teilangebot für die Lose Nr. 3 und 4 mit einem Gesamtpreis von € 356.150,-- gelegt. Das Angebot der Antragstellerin betreffend das Los 4 hat den Yukon Choice 4 DES zum Gegenstand. Diesbezüglich hat die Antragstellerin zahlreiche Beschreibungen und Unterlagen vorgelegt.

Im Hinblick auf die von der Antragstellerin angestregten "Vorverfahren" VKS- 7392/10 und VKS-8435/10 - deren Gegenstand später dargestellt werden wird - haben die Antragsgegner am 3.9.2010 folgendes Schreiben mit dem Ersuchen um Aufklärung an die Antragstellerin gerichtet:

"Ausschreibung von kardiologischen Stents

Ihr Angebot zu Los Nr. 4

Sehr geehrte Damen und Herren,

Sie haben im Los vier ein Angebot über den Stent "YUKON Choice 4 DES" gelegt.

Wir ersuchen Sie innerhalb einer Frist bis Mittwoch 8. September 2010, 15:00 Uhr schriftlich per E-Mail einlangend (ged.se@wienkav.at) nachstehende Frage zu beantworten und die entsprechenden Unterlagen zu übermitteln:

1. 1.Ziffer eins

Ist der Stent bei Raumtemperatur mindestens vier Monate lagerfähig? Wenn ja:

1. 2.Ziffer 2

Verfügt der Stent über ein biodegradierbares Polymer? Wenn ja:

1. 3.Ziffer 3

Handelt es sich um eine Neuzulassung?

1. 4.Ziffer 4

Übermitteln Sie uns bitte entsprechende Unterlagen (Produktbeschreibung, Zusammenstellung der technischen Spezifikationen, usw.) die uns die Beurteilung ermöglichen, ob der angebotene Stent die Mindestkriterien laut Ausschreibung erfüllt.

1. 5.Ziffer 5

Sie haben eine CE-Zertifizierung des Stents "YUKON Choice 4 DES" beigelegt; der Stent "YUKON Choice 4 DES" verfügt nach unseren Informationen über kein biodegradierbares Polymer. Wir ersuchen um Aufklärung.

1. 6.Ziffer 6

Sind Sie in der Lage unverzüglich zum Zwecke der Beurteilung (siehe Punkt 11 der Besonderen Angebotsbestimmungen) einen Stent "YUKON Choice 4 DES" in der ausschreibungskonformen Form lt. Los 4 zu liefern?

1. 7.Ziffer 7

Wären Sie in der Lage im Falle eines Zuschlags zu Ihren Gunsten den Stent innerhalb von sieben Tagen zu liefern bzw. ab wann wären Sie dazu in der Lage?

Ihrem Angebot über den Stent "YUKON Choice 4 DES" im Los 4 haben Sie weitere Unterlagen beigelegt, welche sich nicht auf den angebotenen Stent beziehen, wir weisen darauf hin, dass diese Unterlagen bei der Prüfung und Bewertung des angebotenen Stents nicht berücksichtigt werden."

Dieses Schreiben wurde von der Antragstellerin mit einem undatierten Schreiben, das am 8.9.2010 bei den Antragsgegnern eingelangt ist, beantwortet. Diesem Schreiben angeschlossen waren Unterlagen überschrieben mit "ISAR-TEST-4" bestehend aus 11 Blättern. Diese Unterlage trägt die Namen mehrerer Mitarbeiter und wurde vom "Deutsches Herzzentrum & 1. Med. Klinik rechts der Isar Technische Universität Munich Germany" hergestellt.

Das Schreiben hat folgenden Wortlaut:

"Wir freuen uns über Ihr Interesse zu unserem Angebot. Gerne beantworten wir Ihre Fragen zum YUKON Choice 4 DES.

Ad 1: Ja, auf Grund der großen Problematik der Kühlschranklagerung, die es in Wien gibt, wurde mir vom Deutschen Herz Zentrum zugesagt dass der YUKON Choice 4 DES Stent auch bei Raumtemperatur zu lagern sei. Eine spezielle Verpackung macht dies möglich.

Ad 2: Ja, es handelt sich um Polylactitacid

Ad 3: Nein, der Stent wird mit der von translumina im Jahr 2003 patentierten und mehrfach weiterentwickelten Stent Coating Technologie mit einer Sirolimus-Polylactitacid Lösung beschichtet

Ad 4: Diese haben Sie bekommen, für die genaue Dosierung der am Stent befindlichen Beschichtung, lesen Sie bitte die Daten aus ISAR Test 3

Ad 5: Der YUKON Choice DES ist zugelassen als Drug Eluting Stent System zur individuellen Beschichtung um eben eine für den Patienten individuell Therapie zu ermöglichen. Es gibt hervorragende klinische Daten mit hoher Evidenz zu:

1. a.Litera a
Non Polymer Sirolimus
2. b.Litera b
Biodegradeable Polymer Sirolimus, vom Deutschen Herzzentrum patentiert
3. c.Litera c
Dual DES, Sirolimus und Probucol

Diese Studiendaten sind Ihnen bereits übermittelt worden. Die Veröffentlichung von ISAR TEST 4 befindet sich im Anhang, die 2 Jahresdaten wurden aktuell beim ESC in Stockholm in Meetings am 29.8.2010 vor mehr als 10000 Zuhörern veröffentlicht. Es handelt sich um die größte Studie die mit einem biodegradierbaren Polymer DES gemacht wurde.

Ad 6: Ja

Ad 7: Ja, wir können sogar bei Zusage Ihrerseits innerhalb von 24 h liefern.

Sehr gerne würden wir Ihnen die Punkte und die technischen Spezifikationen in einem persönlichen Gespräch erklären, hiezu lade ich Sie herzlich in unserem Büro Gumpendorferstraße 5 ein.

Wir freuen uns diesbezüglich um eine Terminvereinbarung,..."

Zu diesem Aufklärungsersuchen vom 3.9.2010 haben sich die Antragsgegner vor allem auf Grund der Erklärungen und dem Vorbringen der Antragstellerin veranlasst gesehen, das sie im "Vorverfahren" VKS-7392/10 und VKS-8435/10 erstattet hat.

In beiden Verfahren hat die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen als gesondert anfechtbare Entscheidungen angefochten.

Gegenstand des zu VKS-7392/10 geführten Verfahrens war ein Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen, soweit sie die Lose 4-7 betreffen. In diesem Antrag hat sie die Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen deshalb begehrt, weil die für die Losbildung und Leistungsbeschreibung herangezogenen Gründe "jedenfalls nicht medizinisch begründet" wären, was insbesondere für die Festlegungen zu den Polymeren, zum Ablaufdatum und zur Raumtemperatur zutrefte. Diese technischen Spezifikationen hinsichtlich der einzelnen Lose 4-7 seien so gestaltet, dass bei jedem Los nur eine oder maximal zwei Firmen anbieten könnten. Dieser Nichtigerklärungsantrag hat keine meritorische Erledigung durch den Senat erfahren, weil ihn die Antragstellerin am 9.7.2010 offenbar wegen Verfristung zurückgezogen hat.

Im Verfahren VKS-8435/10 hat die Antragstellerin gleichfalls die Ausschreibungsunterlage soweit sie die Lose 4-7 betroffen haben, angefochten, weil die Ausschreibung gegen das Gebot einer neutralen Leistungsbeschreibung einschließlich der neutralen und sachlich gerechtfertigten Losbildung verstoßen würde. Die von den Antragsgegnern vorgenommene Losbildung sei in Frage zu stellen, weil willkürlich erfolgt. Die Bildung von 4 verschiedenen Losen zur Beschaffung von Drug Eluting Stents mit Limus-Beschichtung (im folgenden kurz "DES") entbehre jeglicher sachlichen Rechtfertigung und diene nur dazu, dass bestimmte Firmen in jedem Los einen Auftrag bekommen würden. Es würde jedoch kein Los für polymerfreie DES geben, "obwohl diese eine sehr sinnvolle Alternative für die Behandlung der Patienten darstellen" würden. Der von der Antragstellerin angebotene Yukon Choice 4 DES würde die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses hinsichtlich der Lose 4-7 nicht erfüllen, womit die Antragsteller bei diesen Losen an einer Teilnahme am Vergabeverfahren gehindert wäre. Dies sei unverständlich, zumal der von der Antragstellerin vertriebene DES auch in Österreich bekannt sei und bisher hervorragende Ergebnisse nachweisen könnte. In weiterer Folge hat die Antragstellerin in diesem Verfahren ausgeführt, warum aus ihrer Sicht die Losbildung und die Leistungsbeschreibung jedenfalls nicht medizinisch begründet sei. Ausdrücklich hat sie vorgebracht, dass "die Festlegung, dass die DES polymere Beschichtungen aufzuweisen hätten, das festgelegte Ablaufdatum mit mehr als vier Monaten sowie das Verlangen der Lagerung der Stents bei Raumtemperatur derartig sei, dass die Antragstellerin ihre Stents nicht anbieten könnte". In diesem Nachprüfungsverfahren hat die Antragstellerin zur Lagerfähigkeit der Stents bei Raumtemperatur wiederholt vorgebracht, dass der von ihr angebotene Stent eine Lagerung bei 2-8 Grad Celsius

erfordert. In diesem Verfahren wurden mit Bescheid vom 17.08.2010 den Anträgen der Antragstellerin, insbesondere auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen bzw. einzelner von ihr angefochtener Bestimmungen, nicht statt gegeben.

In diesem Verfahren hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 17.8.2010 unter anderem auch vorgebracht, dass der von ihr zur Angebotslegung vorgesehene Stent "zwar in die Gruppe der Drug-Eluting-Stents falle" aber in einer eigenen Gruppe aufgenommen werden müsste und zwar der der polymerfreien Stents. So hat sie in dieser Verhandlung auch vorgebracht, dass die Antragstellerin durchaus in der Lage sei, biodegradierbare polymerbeschichtete Stents anzubieten. Dennoch sei sie von der gegenständlichen Angebotslegung in den Losen 4-7 ausgeschlossen, weil diese Stents nicht bei Raumtemperatur gelagert werden könnten sondern nur bei Kühlschranktemperatur (2-8 Grad Celsius). Diese Stents seien überdies "voraussichtlich ab September 2010 lieferbar."

Die mit dem undatierten Schreiben der Antragstellerin vorgelegten Beilagen "ISAR-TEST-4-DES" enthalten keinen Hinweis auf den von der Antragstellerin angebotenen Stent Yukon Choice 4 DES bzw. eine Produktbeschreibung dieses Stents.

In der mündlichen Verhandlung vom 2.12.2010 hat der Vertreter der Antragstellerin darauf angesprochen vorgebracht, dass es zwar richtig sei, dass im ISAR TEST der Stent nicht namentlich erwähnt wird. Bei diesen Studien werde "sehr oft von diesen neutralisierten Bezeichnungen gesprochen". Jedenfalls handle es sich bei den in diesen Studien angeführten Stents "definitiv um den von uns angebotenen Stent" (Protokoll Seite 15).

Aus den von der Antragstellerin mit dem Angebot abgegebenen Unterlagen sowie aus den von ihr mit dem undatierten Schreiben nachgereichten Unterlagen ist nicht ersichtlich, ob der angebotene Stent tatsächlich bei Raumtemperatur gelagert werden kann. Angaben zur Lagertemperatur sind diesen Unterlagen überhaupt nicht zu entnehmen.

In der mündlichen Verhandlung vom 2.12.2010 hat der Geschäftsführer der Antragstellerin mit den angebotenen Stent in seiner Verpackung vorgelegt. Diese Verpackung trägt zwar auf einer Etikette den Aufdruck "Raumtemperatur bis 40 Grad Celsius", die Schachtel enthält jedoch einen nicht beschichteten Stent.

Nach Erhalt des undatierten Schreibens haben die Antragsgegner am 16.9.2010 Kontakt mit der AGES aufgenommen und mit einem Vertreter dieser Institution erörtert wie die Lagerbedingungen des angebotenen Stents bzw. die diesbezüglichen Angaben der Antragstellerin überprüft werden können. Dazu findet sich ein Aktenvermerk vom 16.09.2010 nach dem vom Vertreter der AGES angeregt wurde, bestimmte weitere Unterlagen, die konkret zu bezeichnen wären, von der Antragstellerin zu verlangen. Insbesondere wird den Antragsgegnern empfohlen eine "Transport- und Lagervalidierung" von der Antragstellerin zu verlangen, weil dieser Teil der Dokumentation im Zulassungsverfahren sei und auch als Nachweis über die Eignung der Transport- und Lagerbedingungen des Herstellers genannt werde. Weiters haben die Antragsgegner eine Abfrage im Internet beim Erzeuger des Yukon Choice 4 DES, Translumina vorgenommen. Dem Ausdruck aus dem Internet betreffend diesen Stent ist zu entnehmen, dass es sich dabei um eine "polymer-free DES Solution" handelt.

Die Antragsgegner haben den im Aktenvermerk vom 16.9.2010 empfohlen Nachforderungen nicht entsprochen. Sie haben auch die Ergebnisse ihrer Nachforschungen im Internet der Antragstellerin nicht vorgehalten, sondern am 21.10.2010 einen Aktenvermerk über die Prüfung des Angebotes im Los 4 der Antragstellerin über den Yukon Choice 4 DES verfasst und darin die Gründe für die Ausscheidung dieses Angebotes festgehalten. Darin wird insbesondere dargestellt, dass es der Antragstellerin nicht gelungen ist, ihr im Verfahren VKS-8435/10 erstattetes Vorbringen zu entkräften und nunmehr darzustellen, warum der von ihr angebotene Stent den Ausschreibungsbedingungen doch entsprechen soll. Dieser Aktenvermerk schließt mit dem Ergebnis:

"Nachdem die geforderten Eigenschaften des Produktes (Mindestkriterien im Los 4) von der anbietenden Firma Amacord ihren eigenen jüngst beschriebenen Eigenschaften widerspricht und die neuerdings aufgestellte Behauptung, die Lagerfähigkeit sei bei Raumtemperatur gegeben und der angebotene Stent Yukon Choice 4 DES verfüge nunmehr über eine biodegradierbare Polymer nicht durch entsprechende offizielle Unterlagen nachgewiesen werden konnten, muss das Angebot der Firma Amacord im Los 4 über den Yukon Stent 4 DES ausgeschieden werden."

Die Ausscheidungsentscheidung vom 21.10.2010 ist der Antragstellerin im Faxwege am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung dieser Ausscheidungsentscheidung ist am 2.11.2010 in der Geschäftsstelle des VKS

eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegner von der beabsichtigten Einleitung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren im Oberschwellenbereich.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der sorgfältig geführten Vergabeakten sowie den Inhalt des in der mündlichen Verhandlung verlesenen Aktes VKS - 8435/10. Diesem Akt wurde insbesondere das Vorbringen der Antragstellerin im damaligen Verfahren zur Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen entnommen, wonach der von ihr für die Anbotstellung vorgesehene Stent YUKON Choice 4 DES nicht angeboten werden könnte, sofern die Festlegungen betreffend Raumtemperatur, Dauer der Lagerung und eine bestimmte polymere Beschichtung aufrecht blieben. Im nunmehrigen Verfahren hat die Antragstellerin geltend gemacht, dass der von ihr im Los 4 angebotene Stent YUKON Choice 4 DES sehr wohl die Ausschreibungsbedingungen erfüllen würde, ohne auch nur annähernd darzustellen, worin die Änderung der Sachlage begründet wäre. Die Erklärung, die die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung dazu zu geben versuchte, vermochte den Senat nicht zu überzeugen. So hat die Vertreterin der Antragstellerin zur Frage, wieso der angebotene Stent nunmehr den Ausschreibungsbedingungen entsprechen sollte, lediglich vorgebracht, dass Gegenstand der Anfechtung im Vorverfahren ein anderer Antrag gewesen sei (nämlich die Ausschreibungsunterlagen) als im vorliegenden Vergabeverfahren. Dazu komme, dass "diese Aussagen damals getätigt wurden, ohne dass der Geschäftsführer der Antragstellerin anwesend gewesen ist. Es kann durchaus sein, dass das Vorbringen im vorhergegangenen Verfahren falsch war. Wäre der Geschäftsführer damals anwesend gewesen, wäre unter Umständen ein anderes Vorbringen erstattet worden" (Protokoll, Seite 2). Dass die Antragstellerin mit Schreiben der Antragsgegner vom 3.9.2010 zur Beantwortung einzelner Fragen betreffend Raumtemperatur und Beschichtung aufgefordert wurde, sowie die Reaktion der Antragstellerin darauf wurde, wie aus den Feststellungen ersichtlich, den Vergabeakten entnommen. Wenn auch die Antragstellerin im Zuge der mündlichen Verhandlung wiederholt versucht hat darzutun, dass der von ihr angebotene Stent auch bei Raumtemperatur gelagert werden könne und eine Lagerfähigkeit von vier Monaten hätte, war sie nicht in der Lage entsprechende Beweismittel dazu vorzulegen. So hat der Geschäftsführer der Antragstellerin wiederholt davon gesprochen, "Gespräche mit dem Deutschen Herzzentrum geführt zu haben, um vom Deutschen Herzzentrum die Bestätigung zu erhalten, dass die vertriebenen Stents mit biodegradierbarer Beschichtung auch bei Raumtemperatur gelagert werden können" (Protokoll Seite 3), ohne jedoch dazu eine entsprechende schriftliche Bestätigung darüber vorlegen zu können. Die von der Antragstellerin vorgelegte Konformitätserklärung des Erzeugers sowie eine Bestätigung der Marien Apotheke vom 16.2.2007, beide zur Lagerung des Stents bei Raumtemperatur, waren insofern nicht verwertbar, als darin eine Bestätigung über die "Raumtemperatur" nicht herausgelesen werden konnte. Auf dieses Problem hingewiesen hat der Geschäftsführer der Antragstellerin auf den Aufdruck auf die von ihm vorgelegte Verpackung des von ihm angebotenen Stents verwiesen, in dem eine Raumtemperatur bis 40o C aufscheint. Nachdem die Antragstellerin zunächst versucht hat, den Eindruck zu erzeugen, in der in der Verhandlung vorgelegten Verpackung befinde sich ein Stent, wie er im Los 4 verlangt wird, hat schließlich der Geschäftsführer der Antragstellerin über Vorhalt aus dem Senat erklärt, es sei richtig "dass in der Packung, die ich vorgelegt habe und auf der eine Raumtemperatur bis 40o C aufscheint, ein nicht beschichteter Stent enthalten ist. Wird dieser Stent aus der Packung genommen und beschichtet, so ist seine Lagerfähigkeit bei Raumtemperatur auf jeden Fall der Ausschreibung entsprechend länger als vier Monate. Die Dauer der Lagerfähigkeit hängt auch von der Art der Beschichtung, der Zusammensetzung, der Indikation ab. Im Übrigen verweise ich zur gesamten Problematik auf den vorletzten Absatz unseres Schreibens, in dem das Vorhalteschreiben der Antragsgegner vom 3.9.2010 beantwortet wurde" (Protokoll Seite 10). Auf die Frage aus dem Senat, ob es für den angebotenen Stent eine Gebrauchsanweisung gibt, hat die Antragstellerin zwar erklärt, "selbstverständlich, die ist aber in dieser Originalverpackung enthalten. Ich kann eine Gebrauchsanweisung nachbringen, möchte aber die Originalverpackung nicht öffnen, weil der Wert der Packung rund Euro 1.400,-- beträgt" (Protokoll Seite 6). Im Übrigen hat die Antragstellerin erklärt, eine Gebrauchsanweisung für den Stent sei mit dem Angebot nicht vorgelegt worden, eine solche sei auch nicht verlangt worden. Obwohl sich die Antragstellerin im einleitenden Schriftsatz zur Frage der degradierbaren Polymerbeschichtung auf Äußerungen von externen Sachverständigen aus Berlin berufen hat, hat sie weder mit diesem Schriftsatz noch im Zuge des Nachprüfungsverfahrens entsprechende schriftliche Nachweise (etwa Inhalt des Vortrages von Prof. Dr. Schühlen aus Berlin) beigebracht. Dass die Antragsgegner nach Zugang des undatierten Antwortschreibens auf ihr Schreiben vom 03.09.2010 weitere Nachforschungen zur Eignung des angebotenen Stents angestellt haben, ergibt sich aus den Vergabeakten. Insbesondere ist danach erwiesen, dass sie sich mit der Frage der Eignung des angebotenen Stent auch

mit der AGES in Verbindung gesetzt haben und mit deren Vertreter die Möglichkeit des weiteren Vorgehens besprochen haben. Ebenso ergibt sich aus den Vergabeakten, dass die Antragsgegner entsprechende Nachforschungen im Internet vorgenommen haben. Das diesbezügliche Ergebnis ist durch Ausdrücke nachgewiesen. Dass sich die Antragsgegner mit der Frage der Ausschreibungskonformität des angebotenen Stents eingehend auseinandergesetzt haben, ergibt sich aus dem Inhalt des Aktenvermerkes vom 21.10.2010, in dem ausführlich und nachvollziehbar die Überlegungen festgehalten sind, die letztlich die Antragsgegner von einem weiteren Prüfverfahren abgehalten und zur Ausscheidungsentscheidung geführt haben.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei den Antragsgegnern handelt es sich unstrittig um öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Insgesamt beabsichtigen die Auftraggeber 2460 Stück Stents für ihre Anstalten zu beschaffen. Rund 405 Stents fallen davon auf das Krankenhaus der Wiener Gebietskrankenkasse. Deren Anteil am Gesamtbeschaffungsvolumen beträgt sohin rund 16,5 %, sodass der auf die Stadt Wien, Unternehmung Wr. KAV entfallende Anteil am Gesamtauftragswert deutlich überwiegt (Feststellungen aus dem Akt VKS - 8435/10). Damit ist die Zuständigkeit des angerufenen Senates nach § 1 Abs. 2 Z 7 und Abs. 3 WVRG 2007 zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens gegeben. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurde als Lieferauftrag im Sinne des § 5 BVergG 2006 ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich, nämlich zur Beschaffung von vormontierten Koronarstents (Implantate der Klasse III nach dem Medizinproduktgesetz) verschiedener Typen. Der Auftrag ist je nach Anforderungen an die zu liefernden Stents in sieben Lose geteilt. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann eine 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 Rechtswidrigkeit beantragt, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren, die behaupteten Rechtswidrigkeiten der von ihr angefochtenen Ausscheidungsentscheidung betreffend das Los 4 wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die angefochtene Ausscheidungsentscheidung vom 21.10.2010 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der am 2.11.2010 eingelangte Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Bei den Antragsgegnern handelt es sich unstrittig um öffentliche Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Insgesamt beabsichtigen die Auftraggeber 2460 Stück Stents für ihre Anstalten zu beschaffen. Rund 405 Stents fallen davon auf das Krankenhaus der Wiener Gebietskrankenkasse. Deren Anteil am Gesamtbeschaffungsvolumen beträgt sohin rund 16,5 %, sodass der auf die Stadt Wien, Unternehmung Wr. KAV entfallende Anteil am Gesamtauftragswert deutlich überwiegt (Feststellungen aus dem Akt VKS - 8435/10). Damit ist die Zuständigkeit des angerufenen Senates nach Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 7 und Absatz 3, WVRG 2007 zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens gegeben. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurde als Lieferauftrag im Sinne des Paragraph 5, BVergG 2006 ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich, nämlich zur Beschaffung von vormontierten Koronarstents (Implantate der Klasse römisch drei nach dem Medizinproduktgesetz) verschiedener Typen. Der Auftrag ist je nach Anforderungen an die zu liefernden Stents in sieben Lose geteilt. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann eine 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 Rechtswidrigkeit beantragt, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren, die behaupteten Rechtswidrigkeiten der von ihr angefochtenen Ausscheidungsentscheidung betreffend das Los 4 wie auch den ihr drohenden Schaden

ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die angefochtene Ausscheidungsentscheidung vom 21.10.2010 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der am 2.11.2010 eingelangte Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung ist im Ergebnis auch berechtigt.

Auszugehen ist davon, dass die Antragstellerin im Verfahren VKS - 8435/10, in dem sie die Nichtigerklärung der Ausscheidungsunterlagen begehrte, vorgebracht hat, der von ihr vertriebene Stent YUKON Choice 4 DES sei wegen der Festlegungen betreffend die biodegradierbare Polymerbeschichtung, des festgelegten Ablaufdatums mit mehr als vier Monaten sowie des Verlangens nach Lagerung der Stents bei Raumtemperatur nicht in der Lage, die Mindestanforderungen zu erfüllen und damit von einer Angebotslegung ausgeschlossen, während die Antragstellerin gegenständlich im Los 4 genau diese Stents YUKON Choice 4 DES angeboten hat, wobei sie offenbar den Standpunkt vertritt, dass dieser Stent nunmehr die Mindestanforderungen der von ihr zunächst bekämpften Ausschreibungsunterlagen erfüllt. Zutreffend verweisen die Antragsgegner darauf, dass im Angebot jegliche Erklärung dafür fehlt, warum der im Los 4 angebotene Stent nunmehr die Mindestanforderungen der Ausschreibungsunterlagen erfüllen soll. Dazu hat die Antragstellerin in ihrem einleitenden Schriftsatz vorgebracht: "Tatsache ist, dass der YUKON Choice 4 DES drei Jahre lang bei Raumtemperatur ohne nachteilige Folgen gelagert werden kann. Dies wird auch auf der Verpackung angegeben und auch dieser Umstand wurde gegenüber der vergebenden Stelle auf deren Nachfrage ausdrücklich schriftlich bestätigt". Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens enthalten die von der Antragstellerin mit ihrem Angebot abgegebenen Unterlagen keinerlei Hinweis darauf, dass eine Lagerung des beschichteten Stents bei Raumtemperatur möglich und zulässig wäre.

Bei dieser Sachlage haben die Antragsgegner zutreffend eine eingehende Prüfung des Angebotes der Antragstellerin in die Wege geleitet. Nach § 126 Abs. 1 BVergG 2006 ist geregelt, dass bei Unklarheiten über das Angebot vom Bieter eine verbindliche, schriftliche Aufklärung zu verlangen ist. Diese Aufklärung haben die Antragsgegner mit ihrem Schreiben vom 3.9.2010 begehrt und Fragen zur Lagerung der Stents bei Raumtemperatur sowie zur biodegradierbaren Polymerbeschichtung gestellt. Nach Ansicht des Senates sind die im Schreiben vom 3.9.2010 gestellten Fragen klar und eindeutig und dienen in zulässiger Weise der Klärung der durch das Verhalten der Antragstellerin im Vorverfahren geschaffenen unklaren Sachlage. Gerade im Hinblick auf ihr Vorbringen im Vorverfahren musste sich die Antragstellerin der Problematik, die sich für die Antragsgegner gestellt hat, bewusst sein und wäre es in ihrem Interesse gelegen, in umfassender Weise an einer Aufklärung des Sachverhaltes mitzuwirken. Das nicht datierte Antwortschreiben der Antragstellerin kann - obwohl ihm Beilagen zum ISAR-Test-4 angeschlossen waren - mit seinen von den Antragsgegnern zutreffend als "lapidar" bezeichneten Antworten als nicht ausreichend angesehen werden. So wird etwa die Frage 1: "Ist der Stent bei Raumtemperatur mindestens vier Monate lang lagerfähig?" mit "ja, aufgrund der großen Problematik der Kühlschrankschlagerung die es in Wien gibt, wurde mir vom Deutschen Herzzentrum zugesagt, dass der YUKON Choice 4 DES Stent auch bei Raumtemperatur zu lagern sei. Eine spezielle Verpackung macht dies möglich" beantwortet. Obwohl in der Frage 4 die Antragstellerin ersucht wurde, "entsprechende Unterlagen (Produktbeschreibung, Zusammenstellung der technischen Spezifikationen, usw.) die uns die Beurteilung ermöglichen, ob der angebotenen Stent den Mindestkriterien laut Ausschreibung erfüllt" vorzulegen, hat die Antragstellerin außer der erwähnten Unterlage "ISAR-Test-4" keine weiteren Unterlagen ihrem Antwortschreiben angeschlossen. Aus dem angeschlossenen "ISAR-Test-4" ergibt sich kein Hinweis darauf, dass diese Unterlage den von der Antragstellerin angebotenen Stent betrifft. Ähnlich knapp hat die Antragstellerin alle anderen Fragen im Aufklärungsersuchen beantwortet ohne Belege vorzulegen. Bei dieser Sachlage haben die Antragsgegner zutreffend eine eingehende Prüfung des Angebotes der Antragstellerin in die Wege geleitet. Nach Paragraph 126, Absatz eins, BVergG 2006 ist geregelt, dass bei Unklarheiten über das Angebot vom Bieter eine verbindliche, schriftliche Aufklärung zu verlangen ist. Diese Aufklärung haben die Antragsgegner mit ihrem Schreiben vom 3.9.2010 begehrt und Fragen zur Lagerung der Stents bei Raumtemperatur sowie zur biodegradierbaren Polymerbeschichtung gestellt. Nach Ansicht des Senates sind die im Schreiben vom 3.9.2010 gestellten Fragen klar und eindeutig und dienen in zulässiger Weise

der Klärung der durch das Verhalten der Antragstellerin im Vorverfahren geschaffenen unklaren Sachlage. Gerade im Hinblick auf ihr Vorbringen im Vorverfahren musste sich die Antragstellerin der Problematik, die sich für die Antragsgegner gestellt hat, bewusst sein und wäre es in ihrem Interesse gelegen, in umfassender Weise an einer Aufklärung des Sachverhaltes mitzuwirken. Das nicht datierte Antwortschreiben der Antragstellerin kann - obwohl ihm Beilagen zum ISAR-Test-4 angeschlossen waren - mit seinen von den Antragsgegnern zutreffend als "lapidar" bezeichneten Antworten als nicht ausreichend angesehen werden. So wird etwa die Frage 1: "Ist der Stent bei Raumtemperatur mindestens vier Monate lang lagerfähig?" mit "ja, aufgrund der großen Problematik der Külschranklagerung die es in Wien gibt, wurde mir vom Deutschen Herzzentrum zugesagt, dass der YUKON Choice 4 DES Stent auch bei Raumtemperatur zu lagern sei. Eine spezielle Verpackung macht dies möglich" beantwortet. Obwohl in der Frage 4 die Antragstellerin ersucht wurde, "entsprechende Unterlagen (Produktbeschreibung, Zusammenstellung der technischen Spezifikationen, usw.) die uns die Beurteilung ermöglichen, ob der angebotenen Stent den Mindestkriterien laut Ausschreibung erfüllt" vorzulegen, hat die Antragstellerin außer der erwähnten Unterlage "ISAR-Test-4" keine weiteren Unterlagen ihrem Antwortschreiben angeschlossen. Aus dem angeschlossenen "ISAR-Test-4" ergibt sich kein Hinweis darauf, dass diese Unterlage den von der Antragstellerin angebotenen Stent betrifft. Ähnlich knapp hat die Antragstellerin alle anderen Fragen im Aufklärungsersuchen beantwortet ohne Belege vorzulegen.

Wenn in diesem Zusammenhang die Antragstellerin die Ansicht vertritt, dass die Antragsgegner aufgrund der gesetzlichen Fiktion des § 108 Abs. 2 BVergG 2006 und "der vollständigen, klaren und präzisen, verbindlichen schriftlichen Auskunft der Antragstellerin" davon "auszugehen gehabt hätten, dass das Angebot der Antragstellerin ausschreibungskonform ist", was im Ergebnis bedeute, dass sie keine weiteren Überprüfungen vorzunehmen gehabt hätten, kann diese Ansicht vom Senat nicht geteilt werden. Dass "die Antragstellerin ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt hat und das Auskunftsverlangen der Antragsgegner vollständig, klar und präzise beantwortet hat" (Schriftsatz vom 29.11.2010) kann nach den bisherigen Ergebnissen des Vergabeverfahrens, aber auch des Nachprüfungsverfahrens noch keineswegs gesagt werden. Die Antragsgegner haben selbst die Problematik dieser Situation erkannt und ohne weitere Befassung der Antragstellerin weitere Prüfschritte gesetzt, indem sie mit einem Vertreter der AGES die Problematik "mit YUKON" erörtert haben. Im Amtsvermerk vom 16.9.2010 wurden die Empfehlungen der AGES zur weiteren Überprüfung der Tauglichkeit des angebotenen Stents festgehalten. Auch die Internetrecherche hat ergeben, dass die Antragsgegner berechnigte Zweifel daran haben konnten, ob der angebotene Stent die Mindestkriterien erfüllt, weil dieser vom Erzeuger als "The polymer - free DES Solution" bezeichnet wird. Obwohl auf dieser Grundlage und des wenig aussagekräftigen Inhaltes des nichtdatierten Antwortschreibens, der Antragstellerin für die Antragsgegner nach der Aktenlage noch nicht eindeutig feststehen konnte, dass der angebotene Stent die Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllt, haben die Antragsgegner das Vorhalteverfahren nicht fortgesetzt und ihre Ausscheidensentscheidung getroffen. Damit haben sie aber ihr Nachprüfungsverfahren mit einer durchaus vermeidbaren Mangelhaftigkeit belastet, weil sie nach Ansicht des Senates im Sinne des geltenden Transparenzgrundsatzes verpflichtet gewesen wären, die Ergebnisse der weiteren von ihnen veranlassten Überprüfungsschritte der Antragstellerin vorzuhalten. Wenn in diesem Zusammenhang die Antragstellerin die Ansicht vertritt, dass die Antragsgegner aufgrund der gesetzlichen Fiktion des Paragraph 108, Absatz 2, BVergG 2006 und "der vollständigen, klaren und präzisen, verbindlichen schriftlichen Auskunft der Antragstellerin" davon "auszugehen gehabt hätten, dass das Angebot der Antragstellerin ausschreibungskonform ist", was im Ergebnis bedeute, dass sie keine weiteren Überprüfungen vorzunehmen gehabt hätten, kann diese Ansicht vom Senat nicht geteilt werden. Dass "die Antragstellerin ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt hat und das Auskunftsverlangen der Antragsgegner vollständig, klar und präzise beantwortet hat" (Schriftsatz vom 29.11.2010) kann nach den bisherigen Ergebnissen des Vergabeverfahrens, aber auch des Nachprüfungsverfahrens noch keineswegs gesagt werden. Die Antragsgegner haben selbst die Problematik dieser Situation erkannt und ohne weitere Befassung der Antragstellerin weitere Prüfschritte gesetzt, indem sie mit einem Vertreter der AGES die Problematik "mit YUKON" erörtert haben. Im Amtsvermerk vom 16.9.2010 wurden die Empfehlungen der AGES zur weiteren Überprüfung der Tauglichkeit des angebotenen Stents festgehalten. Auch die Internetrecherche hat ergeben, dass die Antragsgegner berechnigte Zweifel daran haben konnten, ob der angebotene Stent die Mindestkriterien erfüllt, weil dieser vom Erzeuger als "The polymer - free DES Solution" bezeichnet wird. Obwohl auf dieser Grundlage und des wenig aussagekräftigen Inhaltes des nichtdatierten Antwortschreibens, der Antragstellerin für die Antragsgegner nach der Aktenlage noch nicht eindeutig feststehen konnte, dass der angebotene Stent die Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllt, haben die Antragsgegner

das Vorhalteverfahren nicht fortgesetzt und ihre Ausscheidensentscheidung getroffen. Damit haben sie aber ihr Nachprüfungsverfahren mit einer durchaus vermeidbaren Mangelhaftigkeit belastet, weil sie nach Ansicht des Senates im Sinne des geltenden Transparenzgrundsatzes verpflichtet gewesen wären, die Ergebnisse der weiteren von ihnen veranlassten Überprüfungsschritte der Antragstellerin vorzuhalten.

Nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 sind Aufträge oder Leistungen nach einem, in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer, zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2001, Rs C 19/00, VKS Wien vom 18.11.2010, VKS - 10683/10 ua). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt nicht nur bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, sondern auch bei der Entscheidung des Auftraggebers, ein Angebot auszuschneiden. Es muss aus den Vergabeakten objektiv nachvollziehbar und klar ersichtlich sein, aus welchen Gründen ein Auftraggeber einen bestimmten Bewerber ausscheiden möchte. Dabei ist der Auftraggeber verpflichtet, nicht nur seine Überlegungen, die zur Ausscheidungsentscheidung geführt haben, darzustellen, sondern auch jeden Schritt in Bezug auf die Prüfung zu dokumentieren, etwa wie vorliegend die Ergebnisse der nachträglich vorgenommenen Überprüfungen und dass deren Ergebnisse den betroffenen Bieter vorgehalten und ihm Gelegenheit gegeben wurden, strittige Umstände oder Sachverhalte aufzuklären. Wenn auch grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass ein Bieter, der sich an einem Vergabeverfahren beteiligt, alles unternehmen wird, seinem Angebot zum Erfolg zu verhelfen (woran das Verhalten der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren Zweifel aufkommen lässt), ist auch einem sich derart verhaltenden Bieter das Ergebnis von Nachprüfungen vorzuhalten und ihm Gelegenheit zu geben, Unklarheiten über sein Angebot zu beseitigen. Nur dann, wenn nach einem derartigen, erfolglos gebliebenen weiteren Aufklärungsversuch der Bieter nicht in der Lage ist eindeutig nachzuweisen, dass die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestanforderungen mit dem von ihm angebotenen Produkt erfüllt werden, ist eine Ausscheidungsentscheidung gerechtfertigt.

Nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 sind Aufträge oder Leistungen nach einem, in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer, zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2001, Rs C 19/00, VKS Wien vom 18.11.2010, VKS - 10683/10 ua). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt nicht nur bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, sondern auch bei der Entscheidung des Auftraggebers, ein Angebot auszuschneiden. Es muss aus den Vergabeakten objektiv nachvollziehbar und klar ersichtlich sein, aus welchen Gründen ein Auftraggeber einen bestimmten Bewerber ausscheiden möchte. Dabei ist der Auftraggeber verpflichtet, nicht nur seine Überlegungen, die zur Ausscheidungsentscheidung geführt haben, darzustellen, sondern auch jeden Schritt in Bezug auf die Prüfung zu dokumentieren, etwa wie vorliegend die Ergebnisse der nachträglich vorgenommenen Überprüfungen und dass deren Ergebnisse den betroffenen Bieter vorgehalten und ihm Gelegenheit gegeben wurden, strittige Umstände oder Sachverhalte aufzuklären. Wenn auch grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass ein Bieter, der sich an einem Vergabeverfahren beteiligt, alles unternehmen wird, seinem Angebot zum Erfolg zu verhelfen (woran das Verhalten der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren Zweifel aufkommen lässt), ist auch einem sich derart verhaltenden Bieter das Ergebnis von Nachprüfungen vorzuhalten und ihm Gelegenheit zu geben, Unklarheiten über sein Angebot zu beseitigen. Nur dann, wenn nach einem derartigen, erfolglos gebliebenen weiteren Aufklärungsversuch der Bieter nicht in der Lage ist eindeutig nachzuweisen, dass die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestanforderungen mit dem von ihm angebotenen Produkt erfüllt werden, ist eine Ausscheidungsentscheidung gerechtfertigt.

Zusammenfassend ist auszuführen, dass die Antragsgegner bei der Prüfung des Angebotes gesetzeskonform vorgegangen sind, indem sie eine bei der gebotenen Sachlage erforderliche schriftliche Aufklärung verlangt haben.

Diese war schon deshalb nötig, da im vorangegangenen Vergabekontrollverfahren die Antragstellerin angegeben hat, den Stent YUKON Choice 4 DES wegen der Lagerung in einem gekühlten Zustand nicht anbieten zu können. Diesen Widerspruch aufzuklären, waren die Antragsgegner vergaberechtlich verpflichtet. Die mit dem Schreiben vom 3.9.2010 versuchte Aufklärung ist der Antragstellerin mit ihrem undatierten Antwortschreiben jedenfalls nicht gelungen. Sie konnte die Behauptung der Lagerung bei Raumtemperatur nicht nachweisen, insbesondere war sie nicht in der Lage entsprechende Unterlagen, die die von ihr aufgestellte Behauptung stützt, vorzulegen, zumal in der Verhandlung vor dem Vergabekontrollsenat am 17.8.2010 im Verfahren VKS - 8435/10 gegensätzliche Aussagen getroffen wurden. Dabei ist zu beachten, dass die Antragstellerin selbst im Aufklärungsschreiben angibt, dass der nun angebotene Stent keine Neuzulassung ist (Antwort auf Frage 3 zum Schreiben der Antragsgegner vom 3.9.2010). Es ist daher vollkommen verständlich, dass die Antragsgegner wesentliche Zweifel an der nunmehr angeblich gegebenen Lagerfähigkeit des beschichteten Stents bei Raumtemperatur hatten. Diese Zweifel konnte die Antragstellerin bisher durch schlüssige Unterlagen geeigneter Institute oder sonstige Beweise nicht erbringen. Gerade im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin in dem von den Antragsgegnern eingeleiteten Aufklärungsverfahren abermals nur Behauptungen vorgebracht hat, wären die Antragsgegner gehalten gewesen, von der Antragstellerin eindeutige Nachweise für die Eignung des von ihr angebotenen Stents zu verlangen und sie darauf hinzuweisen, dass bei Nichterbringung derartiger Nachweise ihr Angebot ausgeschieden werden muss. Da dieser weitere, den Antragsgegnern zumutbare Aufklärungsschritt unterlassen wurde, kann derzeit nicht eindeutig gesagt werden, ob das Angebot der Antragsteller tatsächlich den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht (§ 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006) oder die von der Antragstellerin verlangten Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren (§ 129 Abs. 2 BVergG 2006). Zusammenfassend ist auszuführen, dass die Antragsgegner bei der Prüfung des Angebotes gesetzeskonform vorgegangen sind, indem sie eine bei der gebotenen Sachlage erforderliche schriftliche Aufklärung verlangt haben. Diese war schon deshalb nötig, da im vorangegangenen Vergabekontrollverfahren die Antragstellerin angegeben hat, den Stent YUKON Choice 4 DES wegen der Lagerung in einem gekühlten Zustand nicht anbieten zu können. Diesen Widerspruch aufzuklären, waren die Antragsgegner vergaberechtlich verpflichtet. Die mit dem Schreiben vom 3.9.2010 versuchte Aufklärung ist der Antragstellerin mit ihrem undatierten Antwortschreiben jedenfalls nicht gelungen. Sie konnte die Behauptung der Lagerung bei Raumtemperatur nicht nachweisen, insbesondere war sie nicht in der Lage entsprechende Unterlagen, die die von ihr aufgestellte Behauptung stützt, vorzulegen, zumal in der Verhandlung vor dem Vergabekontrollsenat am 17.8.2010 im Verfahren VKS - 8435/10 gegensätzliche Aussagen getroffen wurden. Dabei ist zu beachten, dass die Antragstellerin selbst im Aufklärungsschreiben angibt, dass der nun angebotene Stent keine Neuzulassung ist (Antwort auf Frage 3 zum Schreiben der Antragsgegner vom 3.9.2010). Es ist daher vollkommen verständlich, dass die Antragsgegner wesentliche Zweifel an der nunmehr angeblich gegebenen Lagerfähigkeit des beschichteten Stents bei Raumtemperatur hatten. Diese Zweifel konnte die Antragstellerin bisher durch schlüssige Unterlagen geeigneter Institute oder sonstige Beweise nicht erbringen. Gerade im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin in dem von den Antragsgegnern eingeleiteten Aufklärungsverfahren abermals nur Behauptungen vorgebracht hat, wären die Antragsgegner gehalten gewesen, von der Antragstellerin eindeutige Nachweise für die Eignung des von ihr angebotenen Stents zu verlangen und sie darauf hinzuweisen, dass bei Nichterbringung derartiger Nachweise ihr Angebot ausgeschieden werden muss. Da dieser weitere, den Antragsgegnern zumutbare Aufklärungsschritt unterlassen wurde, kann derzeit nicht eindeutig gesagt werden, ob das Angebot der Antragsteller tatsächlich den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht (Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006) oder die von der Antragstellerin verlangten Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren (Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006).

Da die Vergabekontrollbehörde nicht verpflichtet ist, jene Prüfschritte vorzunehmen, die Auftraggeber im Rahmen des Vergabeverfahrens vorzunehmen haben und eine vergaberechtskonforme Prüfung zwar eingeleitet, jedoch nicht vergaberechtskonform abgeschlossen wurde, war dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung im Ergebnis stattzugeben. Die Antragsgegner werden im fortzusetzenden Vergabeverfahren der Antragstellerin die Ergebnisse der Nachforschungen betreffend der angebotenen Stent im Internet vorzuhalten haben und sie mit einem Verbesserungsauftrag etwa im Sinne des Amtsvermerkes vom 16.9.2010 zur Vorlage eindeutiger, auf den angebotenen Stent Bezug nehmender Unterlagen und Nachweise aufzufordern haben. Erst dann wird abschließend gesagt werden können, ob der angebotene Stent die Ausschreibungsbestimmungen erfüllt oder nicht.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 3.11.2010 erlassene, einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Da mit dieser Entscheidung

das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 3.11.2010 erlassene, einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen 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

Mangelhaftes Aufklärungsverfahren; Ausscheidungsentscheidung aufgehoben;

Zuletzt aktualisiert am

18.05.2011

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