jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Verg Bescheid 2010/8/17 VKS-8435/10

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 17.08.2010

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 §23 Abs1
WVRG 2007 §24 Abs4
WVRG 2007 §25 Abs1
WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit
BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa
BVergG 2006 §5
BVergG 2006 §12 Abs1 Z2
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §90
BVergG 2006 §96
BVergG 2006 §98
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 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 90 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 96 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 98 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 98 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007zuletzt 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 *** und die Mitglieder *** 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. 1.Ziffer eins
   Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, 2. Wiener Gebietskrankenkasse, Wienerbergstraße 15 bis 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
   Die Beweisanträge der Antragstellerin auf Vernehmung der Zeugen Dr. Harald Mayr, Dr. Gerald Zenker, Dr. Georg Norman, Gerhard Horak, Dr. Martin Harald werden abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2
   Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlage, soweit diese die Lose 5 bis 7 betrifft, wird abgewiesen.

1. 3.Ziffer 3
   Dem Eventualantrag, die angefochtenen Bestimmungen der Ausschreibung auf Seite 7 der Leistungsbeschreibung sowie die auf den jeweils weiters betroffenen Seiten angeführten Bestimmungen für nichtig zu erklären, wird nicht stattgegeben.

1. 4.Ziffer 4
   Die einstweilige Verfügung vom 26.7.2010 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 5.Ziffer 5
   Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 4, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 5, 12 Abs. 1 Z 2, 19 Abs. 1, 90, 96, 98, 345 BVergG 2006.Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz 4, 25, Absatz eins, 31, Absatz 7, WVRG 2007 in

Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 5, 12 Absatz eins, Ziffer 2, 19, Absatz eins, 90, 96, 98, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund und die Wiener Gebietskrankenkasse (im Folgenden Antragsgegner genannt) führen ein offenes Verfahren zum Abschluss eines Auftrages zur Lieferung von kardiologischen Stents an näher bezeichnete Spitäler der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund und an das Hanusch-Krankenhaus der Wiener Gebietskrankenkasse. Auftraggeber sind die Stadt Wien und die Wiener Gebietskrankenkasse, wobei der Anteil der Stadt Wien weit mehr als die Hälfte des Gesamtauftragswertes umfasst.

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, die ihrerseits im Leistungsverzeichnis näher definiert werden. Die Kundmachung ist nach einer Vorinformation zur Vergabe der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen vom 10.11.2009 am 29.4.2010 im Amtsblatt der Europäischen Union, Zl. 2010/S83-124745 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 ursprünglich mit 20.5.2010, 13.00 Uhr festgesetzt, es wurde in der Folge zweimal verlängert, zuletzt auf 30.7.2010, 10.00 Uhr.

Die Antragstellerin hat zunächst am 21. Juli 2010 den auf § 29 Abs. 3 WVRG 2007 gestützten und zu VKS – 8388/10 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, womit den Antragsgegnern hinsichtlich der Lose 4 bis 7 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung allfällig eingelangter Angebote untersagt und die Angebotsfrist bis zur Beendigung des Nachprüfungsverfahrens mit der Wirkung einer Hemmung ausgesetzt werden möge. Diese einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 26.7.2010 antragsgemäß erlassen und den Antragsgegnern für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, allfällig eingelangte Angebote betreffend die Lose 4 bis 7 öffnen. Für diesen Zeitraum wurde auch der Lauf der Angebotsfrist mit der Wirkung einer Hemmung ausgesetzt.Die Antragstellerin hat zunächst am 21. Juli 2010 den auf Paragraph 29, Absatz 3, WVRG 2007 gestützten und zu VKS – 8388/10 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, womit den Antragsgegnern hinsichtlich der Lose 4 bis 7 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung allfällig eingelangter Angebote untersagt und die Angebotsfrist bis zur Beendigung des Nachprüfungsverfahrens mit der Wirkung einer Hemmung ausgesetzt werden möge. Diese einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 26.7.2010 antragsgemäß erlassen und den Antragsgegnern für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, allfällig eingelangte Angebote betreffend die Lose 4 bis 7 öffnen. Für diesen Zeitraum wurde auch der Lauf der Angebotsfrist mit der Wirkung einer Hemmung ausgesetzt.

Mit dem am 22.7.2010 und damit rechtzeitig in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die gesamte Ausschreibungsunterlage hinsichtlich der Lose 4 bis 7 für nichtig zu erklären, in eventu „die angefochtenen Bestimmungen der Ausschreibung auf Seite7 der Leistungsbeschreibung sowie auf den jeweils weiteren betroffenen Seiten der Ausschreibungsunterlage" für nichtig zu erklären, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Die Antragstellerin macht im Wesentlichen geltend, die Ausschreibung verstoße gegen das Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung, einschließlich der neutralen und sachlich gerechtfertigten Losbildung, da bestimmte Bieter von vornherein bevorzugt würden bzw. andere von der Teilnahme an der Ausschreibung ausgeschlossen wären. Darüber hinaus verstoße die Ausschreibung auch gegen § 98 BVergG 2006, der verlange, dass technische Spezifikationen für alle Bewerber und Bieter gleichermaßen zugänglich sein müssten und den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern dürften. Die von den Antragsgegnern vorgenommene Losbildung sei in Frage zu stellen, weil willkürlich erfolgt. Die Bildung von vier verschiedenen Losen zu Beschaffung von Drug Eluting Stents mit Limus-Beschichtung (im Folgenden kurz „DES") entbehre jeder 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 vertriebene Yukon Choice 4 DES würde die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses hinsichtlich der Lose 4 bis 7 nicht erfüllen, womit die Antragstellerin 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. Nach

näherer Darstellung dieser „sehr guten Ergebnisse" bringt die Antragstellerin zusammenfassend vor, dass die Ausschreibung hinsichtlich der Lose 4 bis 7 so gestaltet sei, dass ausschließlich bestimmte Firmen anbieten könnten und sie aufgrund der Leistungsbeschreibung ohne rechtlich erkennbaren und zulässigen Grund von der Angebotslegung diesbezüglich ausgeschlossen würden. Die Ausschreibung sei nach Ansicht der Antragstellerin „sogar so gestaltet, dass jedes Los auf eine oder aber zwei bestimmte Firmen abstellt. Für uns ist damit auch die Unabhängigkeit der Expertenkommission stark in Frage gestellt. Wir schließen nicht aus, dass es Nahebeziehungen seitens einzelner Experten zu bestimmten Mitbewerbern gibt". In der Folge führt die Antragstellerin aus, warum aus ihrer Sicht die Losbildung und die Leistungsbeschreibung jedenfalls nicht medizinisch begründet sei. So sei 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 derart, dass die Antragstellerin ihre Stents nicht anbieten könnte. Ihrer Ansicht nach sei mit den der Ausschreibung zugrunde liegenden Kriterien mangels besonderer sachlicher Begründung kein echter Wettbewerb gewährleistet, die gewählte Losbildung sei vergaberechtswidrig, es bestehe „kein sachlicher gerechtfertigter Grund für die Bildung der vier Lose 4 bis 7".Mit dem am 22.7.2010 und damit rechtzeitig in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die gesamte Ausschreibungsunterlage hinsichtlich der Lose 4 bis 7 für nichtig zu erklären, in eventu „die angefochtenen Bestimmungen der Ausschreibung auf Seite7 der Leistungsbeschreibung sowie auf den jeweils weiteren betroffenen Seiten der Ausschreibungsunterlage" für nichtig zu erklären, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Die Antragstellerin macht im Wesentlichen geltend, die Ausschreibung verstoße gegen das Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung, einschließlich der neutralen und sachlich gerechtfertigten Losbildung, da bestimmte Bieter von vornherein bevorzugt würden bzw. andere von der Teilnahme an der Ausschreibung ausgeschlossen wären. Darüber hinaus verstoße die Ausschreibung auch gegen Paragraph 98, BVergG 2006, der verlange, dass technische Spezifikationen für alle Bewerber und Bieter gleichermaßen zugänglich sein müssten und den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern dürften. Die von den Antragsgegnern vorgenommene Losbildung sei in Frage zu stellen, weil willkürlich erfolgt. Die Bildung von vier verschiedenen Losen zu Beschaffung von Drug Eluting Stents mit Limus-Beschichtung (im Folgenden kurz „DES") entbehre jeder 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 vertriebene Yukon Choice 4 DES würde die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses hinsichtlich der Lose 4 bis 7 nicht erfüllen, womit die Antragstellerin 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. Nach näherer Darstellung dieser „sehr guten Ergebnisse" bringt die Antragstellerin zusammenfassend vor, dass die Ausschreibung hinsichtlich der Lose 4 bis 7 so gestaltet sei, dass ausschließlich bestimmte Firmen anbieten könnten und sie aufgrund der Leistungsbeschreibung ohne rechtlich erkennbaren und zulässigen Grund von der Angebotslegung diesbezüglich ausgeschlossen würden. Die Ausschreibung sei nach Ansicht der Antragstellerin „sogar so gestaltet, dass jedes Los auf eine oder aber zwei bestimmte Firmen abstellt. Für uns ist damit auch die Unabhängigkeit der Expertenkommission stark in Frage gestellt. Wir schließen nicht aus, dass es Nahebeziehungen seitens einzelner Experten zu bestimmten Mitbewerbern gibt". In der Folge führt die Antragstellerin aus, warum aus ihrer Sicht die Losbildung und die Leistungsbeschreibung jedenfalls nicht medizinisch begründet sei. So sei 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 derart, dass die Antragstellerin ihre Stents nicht anbieten könnte. Ihrer Ansicht nach sei mit den der Ausschreibung zugrunde liegenden Kriterien mangels besonderer sachlicher Begründung kein echter Wettbewerb gewährleistet, die gewählte Losbildung sei vergaberechtswidrig, es bestehe „kein sachlicher gerechtfertigter Grund für die Bildung der vier Lose 4 bis 7".

Durch die von ihr bekämpften Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen erachtet sich die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Nichtigerklärung der Ausschreibung im Hinblick auf die Lose 4 bis 7, Teilnahme an den gegenständlichen Vergabeverfahren auch im Hinblick auf die Lose 4 bis 7, vergaberechtskonforme Festlegung von Losen, vergaberechtskonforme Festlegung von technischen Spezifikationen sowie Berichtigung der Ausschreibung im Hinblick auf die Lose 4 bis 7 verletzt. Die Antragstellerin habe als geeignetes Unternehmen Interesse sich am Vergabeverfahren für alle sieben Lose zu beteiligen. Durch die rechtswidrige Vorgehensweise der Antragsgegner

entfalle für sie die Chance auf den Zuschlag, auch für die Lose 4 bis 7. Dadurch drohe der Antragstellerin ein Schaden an entgangenem Gewinn sowie aus voraussichtlich nicht kompensierbaren Auslastungsdefiziten sowie ein für sie wichtiges Referenzprojekt zu verlieren.

Die Antragsgegner seien rechtzeitig von der beabsichtigten Antragstellung unterrichtet, die Pauschalgebühren seien entrichtet worden.

Wie oben dargestellt, hat der Vergabekontrollsenat mit Bescheid vom 26.7. 2010 die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition vorweg beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verweisen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 29.7.2010 haben die Antragsgegner in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und nach Darstellung der für sie gegebenen Beschaffungsproblematik ausgeführt, dass die von der Antragstellerin angestellten Vermutungen betreffend die Vorbereitung der Ausschreibung vollkommen unzutreffend wären. Es treffe zu, dass der von der Antragstellerin vertriebene Stent Yukon Choice 4 DES die Anforderungen der Leistungsbeschreibung in den Losen 4 bis 7 nicht erfüllt. Dies sei jedoch die Folge medizinisch begründeter Festlegungen bzw. Praktikabilitätserwägungen, die der Bedarfslage in den kardiologischen Abteilungen der von den Antragsgegnern betriebenen Krankenhäuser entspreche. Das Leistungsverzeichnis sei nach Maßgabe der medizinischen Erfordernisse erstellt und von führenden Kardiologen an den betreffenden Krankenhäusern erarbeitet worden. Von den Antragsgegnern werden sodann Bedeutung und Wichtigkeit des geplanten Beschaffungsvorganges dargestellt. Zu den im Nichtigerklärungsantrag enthaltenen Vorwürfen führen die Antragsgegner aus, dass die gegenständliche Ausschreibung der Beschaffung von Stents für typische und häufige Interventionsfälle diene. Es sei Ziel, nach Maßgabe der medizinischen Indikationen den Kardiologen geeignetes Material zur Verfügung zu stellen. Die Wahl eines mit Polymer ausgestatten Stents entspreche für eine Vielzahl von diagnostischen Konstellationen den medizinischen Erfordernissen. Der von der Antragstellerin ins Treffen geführte Stent „Yukon Choice 4 DES" sei zwar Medikamenten beschichtet, verfüge aber nicht über ein Polymer, weshalb die Medikamentenabgabe rasch erfolge und nach verhältnismäßig kurzer Zeit erschöpft sei. Damit könne der positive Effekt einer verzögerten Medikamentenabgabe gerade nicht erzielt werden. Da der von der Antragstellerin vertriebene Stent, die aus medizinischen Gründen geforderten Spezifika nicht erfülle, könne er bei der gegenständlichen Ausschreibung nicht angeboten werden. Die Antragstellerin handle selbst mit Stents, die eine Polymerbeschichtung aufweisen würden, woraus sich klar ergebe, dass diese Beschichtung durch ihre besonderen Eigenschaften auf dem Markt nachgefragt wurden und die Festlegung der Forderung eines Polymers nicht willkürlich oder diskriminierend erfolgt sei.

Soweit die Antragstellerin das Erfordernis der Lagerfähigkeit der Stents bei Raumtemperatur bekämpft, weil der von ihr favorisierte Stent eine Lagerung bei zwei bis acht Grad Celsius erfordert, machen die Antragsgegner geltend, dass die Festlegung der Lagerung bei Raumtemperatur aus Gründen der Praktikabilität erfolgt sei. Damit erübrige sich die Vorhaltung von Kühlgeräten und die getrennte Lagerung von Stents, die gekühlt werden müssen und solchen, die dies nicht erfordern.

Auch die Festlegung einer Mindesthaltbarkeit von vier Monaten sei aus sachlichen Gründen erfolgt, um im Interesse der Versorgungssicherheit der Patienten zu vermeiden, dass abgelaufene Produkte im Konsignationslager verfügbar seien. Durch die Festlegung der Mindesthaltbarkeitsdauer werde einerseits das Ziel verfolgt, den Manipulationsaufwand, der durch Abholung abgelaufener Produkte entstehe, gering zu halten und die festgelegte Mindesthaltbarkeitsdauer von den am Markt verfügbaren Stents ohnedies erfüllt werde.

Letztlich machen die Antragsgegner geltend, dass ihrer Ansicht nach eine Bekämpfung der Ausschreibung nur insoweit zulässig wäre, als diese nach Ablauf der ursprünglichen Angebotsfrist (12.5.2010), die von den Antragsgegnern vorgenommene Berichtigungen der Ausschreibung betreffen. Sie weisen darauf hin, dass die Antragstellerin im Verfahren VKS – 7392/10 einen gegen die Ausschreibungsunterlagen gerichteten Nichtigerklärungsantrag eingebracht, diesen jedoch wegen Verspätung in der Folge zurückgezogen habe. Aufgrund der Entscheidung des Vergabekontrollsenates vom 1.7.2010, VKS – 5746/10, mit der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklärt worden seien, hätten die Antragsgegner am 16.7.2010 eine vierte Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen vorgenommen, die für nichtig erklärten Festlegungen der Ausschreibung gestrichen und einige Punkte geringfügig angepasst. Gleichzeitig hätten die Antragsgegner das Ende der Angebotsfrist mit 30.7.2010 festgelegt.

Mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag mache die Antragstellerin die Rechtswidrigkeit von Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen geltend, die von den Antragsgegnern nach Ablauf der ersten Angebotsfrist (20.5.2010) nicht mehr geändert worden sind. Nach Ansicht der Antragsgegner seien die nicht berichtigten Teile der Ausschreibungsunterlagen mangels rechtzeitiger, bis 12.5.2010 erfolgter Anfechtung, bestandfest geworden, sodass die Antragstellerin, trotz Verlängerung der Angebotsfrist, die bereits bestandfest gewordenen Teile der Ausschreibung nicht wieder im vollem Umfang bekämpfen könne. Gegen die Zulassung einer neuerlichen Bekämpfung bereits in der Vergangenheit bestandfest gewordener Teile der Ausschreibung, würden insbesondere Wirtschaftlichkeitserwägungen sowohl hinsichtlich des Vergabeverfahrens selbst, als auch hinsichtlich des Vergabenachprüfungsverfahrens sprechen. „Es sei weder den übrigen Bietern, noch dem Auftraggeber zumutbar, wenn der Antragsteller seine Argumente aufspart und damit zum Gegenstand mehrerer Nachprüfungsverfahren machen kann, die dann als Kettennachprüfungsverfahren letztlich die Beschaffung torpedieren" könnten. Eine neuerliche Bekämpfung dieser, von den Antragsgegnern nicht berichtigten Teile der Ausschreibungsunterlagen, sei daher unzulässig.

Dazu hat sich die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 13.8.2010 geäußert und ihre Ausführungen im Nichtigerklärungsantrag weiter ausgebaut. Im Wesentlichen bringt sie dazu vor, dass die von ihr vertriebenen Stents „bereits 100.000-fach erfolgreich an Patienten angewendet worden seien und dass mit dem Einsatz dieser Stents keinerlei logistische Nachteile verbunden wären", wobei sie sich dazu auf die zeugenschaftliche Einvernehmung von drei Ärzten beruft. Sie weist auch darauf hin, dass vom AKH Wien, vom SMZ-Ost sowie vom Wilhelminenspital „sehr gute Erfahrungen mit dem Einsatz des Yukon Choice DES gesammelt" wurden. Sodann wird von ihr der Aufbau eines Stents dargestellt.

Zur Frage der Bestandfestigkeit der Ausschreibung bzw. Präklusion (Punkt 4.5 des Schriftsatzes) führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, die Antragsgegner hätten die Angebotsfrist ausdrücklich verlängert um allen potentiellen Bietern, und damit auch der Antragstellerin, die Möglichkeit zu geben, die Ausschreibung anzufechten. Die Verlängerung der Angebotsfrist habe nach den einschlägigen Bestimmungen des BVergG zur Folge, dass die Anfechtungsfristen mangels gesetzlicher Einschränkung generell auf den nunmehr geltenden, erstreckten Angebotstermin Bezug hätten. Auch eine Teilnichtigerklärung ändere nichts daran, dass die Verlängerung der Angebotsfrist sich nicht etwa eingeschränkt nur auf einen Verfahrensteil beziehe, sondern für die gesamten Ausschreibungsunterlagen Geltung habe. Dass auch Teile des Verfahrens in diesem Zusammenhang nicht bestandfest werden und die Verfahrens- und Anfechtungsfristen generell und einheitlich erstreckt seien, sei schon dadurch begründet, dass die Angebotslegung durch die Fristverlängerung auch für Neubieter offen geworden sei und auch für Bieter, deren Nachprüfungsbegehren nach dem ursprünglichen Angebotstermin verfristet wäre, durch die Fristverlängerung jedoch zulässig geworden sei. So könne auch ein neuer Interessent die Ausschreibung innerhalb der erstreckten Frist anfechten, weshalb bereits aus Gründen der Gleichbehandlung die Anfechtung innerhalb der neuen Fristenberechnung auch den potentiellen Bietern, aus dem noch nicht erstreckten Ausschreibungsverfahren offenstehen müsse. Die Argumentation der Antragsgegner sei „weder aus dem Wortlaut des BVergG 2006 noch aus den Intentionen des Österreichischen oder aber EU Gesetzgebers i.S. der EU-Rechtsmittelrichtlinie ableitbar und damit unzutreffend".

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 des „Voraktes" VKS – 7392/10 sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 17.8.2010 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 immunsupressiven 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:

Zellzirkumferenz: .....

Crossing Profile: .....

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

Strut-Dicke: ....."

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.

Plattformmaterial .....

Datenlage .....

Anzubietende Größen, Durchmesser .....

Spezielle Anforderungen an die einzelnen Lose (hier werden nur die von der Anfechtung betroffenen Lose angeführt):

Anforderungen an das Los Nr. 4

Drug Eluting Stent

Strutdicke: beliebig

Zellzirkumferenz: beliebig

Crossing profile: beliebig

Polymer: biodegradierbar

Beschichtung: Limus-Gruppe

Anforderungen an das Los Nr. 5

Drug Eluting Stent

Strutdicke: beliebig

Zellzirkumferenz: mindestens 14 mm

Crossing profile: beliebig

Polymer: stabil

Bschichtung: Limus-Gruppe

Anforderungen an das Los Nr. 6

Drug Eluting Stent

Strutdicke: mindestens 100qm

Zellzirkumferenz: beliebig

Crossing profile: beliebig

Polymer: stabil

Beschichtung: Limus-Gruppe

Anforderungen an das Los Nr. 7

Drug Eluting Stent

Strutdicke: beliebig

Zellzirkumferenz: beliebig

Crossing profile: maximal 1,1 mm

Polymer: stabil

Beschichtung: Limus-Gruppe"

In der mündlichen Verhandlung haben die Antragsgegner vorgebracht, dass es sich bei dem von der Antragstellerin

mehrfach erwähnten Stent Yukon Choice 4 DES um ein „Nischenprodukt" handelt, das in den letzten fünf Jahren bei einem Gesamtbeschaffungsvolumen von rund 25.000 Stents lediglich 28 x beschafft worden sei (Protokoll Seite 3). Diesem Vorbringen hat die Antragstellerin nicht widersprochen. Der Stent der Antragstellerin stellt sich als neue Entwicklung dar, der in keines der sieben Lose passt, weil er die dort aufgestellten Mindestanforderungen nicht erfüllt. Er würde zwar in die Gruppe der Drug-Eluting-Stents fallen, müsste aber in einer eigenen Gruppe aufgenommen werden und zwar der der polymerfreien Stents. Solche sollen aufgrund des Bedarfes der Antragsgegner derzeit nicht ausgeschrieben werden (Protokoll Seite 5). Sollte auf einer kardiologischen Abteilung ein medizinischer Bedarf zum Einsatz des Yukon Choice 4 DES bestehen oder der Einsatz eines derartigen Stents von einer kardiologischen Abteilung beabsichtigt sein, kann dieser Stent bei Vorliegen einer medizinischen Erklärung auch außerhalb eines erteilten Zuschlages beschafft werde (Protokoll Seite 4). Grundsätzlich wird von den kardiologischen Abteilungen der betroffenen Spitäler versucht, den ihnen vorgegebenen Budgetrahmen einzuhalten. Begründenderweise können aber auch Anschaffungen außerhalb dieses Budgetrahmens vorgenommen werden, wozu jedoch eine ärztliche Begründung erforderlich ist (Protokoll Seite 4).

Das Verfahren hat ergeben, dass grundsätzlich alle Typen von Stents in allen kardiologischen Abteilungen der sieben Spitäler zum Einsatz kommen. Der Einsatz eines bestimmten Stents richtet sich nach den medizinischen Gegebenheiten, insbesondere dem Zustand des Patienten, aber letztlich auch nach der Erfahrung des behandelnden Arztes. Welcher Stent konkret im Einzelfall zum Einsatz kommt, wird in aller Regel „vor Ort, am Operationstisch vom jeweiligen behandelnden Arzt entschieden" (Protokoll Seite 5).

Nach dem Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung ist die Antragstellerin durchaus in der Lage „biodegradierbare polymerbeschichtete Stents anzubieten". Sie sei dennoch von der gegenständlichen Angebotslegung in den Losen 4 bis 7 ausgeschlossen, weil diesen Stents nicht bei Raumtemperatur gelagert werden könnten, sondern bei Kühlschranktemperatur (2 bis 8 Grad Celsius). Diese Stents seien „voraussichtlich ab September 2010" lieferbar (Protokoll Seiten 8/9).

Letztlich hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass ihrer Ansicht nach die von ihr vertriebenen Stents der Klasse Yukon besser geeignet wären als die in der Ausschreibung definierten Stents, weshalb die von ihr angebotenen Stents in die Ausschreibung aufgenommen werden müssten. Sie nahm jedoch zur Kenntnis, dass dann, wenn ein Bedarf nach diesen Yukon Choice 4 DES Stents außerhalb des gegenständlichen Beschaffungsvorganges gegeben sein sollte, diese Stents von kardiologischen Abteilungen angeschafft werden können (Protokoll Seite 9).

Der Yukon Choice 4 DES ist zwar Medikamenten beschichtet, aber ohne Polymerbeschichtung, weshalb die Medikamentenabgabe rasch erfolgt, was bei Polymer beschichteten Stents nicht der Fall ist. Überdies muss der Stent der Antragstellerin bei Temperaturen von 2 bis 8 Grad gelagert werden. Biodegradierbare, polymerbeschichtete Stents werden nach Angabe der Antragstellerin aller Voraussicht nach ab September 2010 lieferbar sein.

Aus den Vergabeakten ist ersichtlich, dass eine große Anzahl von Stents verschiedener Erzeuger am Markt vorhanden ist. Mit dieser Marktlage haben sich die Antragsgegner in Vorbereitung der Ausschreibung eingehend befasst und die Ergebnisse der „Fachkommission interventionelle Kardiologie" gründlich dokumentiert. Dazu finden sich in den Vergabeakten sogenannte „Entscheidungsbäume" und zwar sowohl für kardiologische Bare Metal Stents als auch für kardiologische Drug Eluting Stents mit Limus Beschichtung. Die Fachkommission hat den Bedarf an den von der Anschaffung betroffenen sieben kardiologischen Abteilungen je nach Einsatzgebiet erhoben und danach die Anforderungen in den sieben Losen definiert. Dabei ist die Fachkommission – wie von ihr in den Vergabeakten festgehalten - davon ausgegangen, dass bei der Implantierung von Koronar Stents zwei grundsätzliche Gefahrenmomente gegeben sind. Einerseits können nach erfolgter Stentimplantation aufgrund überschießender Wundheilungsreaktionen eine Hyperplasie oder Neointima und somit ein Wiederverschluss der Zielläsion bzw. des Zielgefäßes erfolgen (= Restenose), andererseits stellt die durch den Stent verursachte Gefahr einer Thrombosebildung einen Risikofaktor für eine seltene, aber lebensbedrohliche Komplikation dar (Stentthrombose). Ausgehend von dieser Problematik hat die Fachkommission sodann in mehrfachen Fragestellungen die Probleme mit verschiedenen, zum Einsatz kommenden Stents erörtert, insbesondere Risikofaktoren für das Auftreten einer Restenose sowie einer Stentthrombose im Detail dargestellt. Entsprechend den verschiedenen festgestellten Risikolagen, wobei auch der Gesundheitszustand eines betroffenen Patienten jeweils mit erörtert wurde, wurden sodann jene sieben Lose, die der Ausschreibung zugrunde liegen gebildet, in denen jeweils die Mindesterfordernisse an den einzelnen Stent pro Los

definiert werden. Aus den sorgfältig geführten Vergabeakten ist auch ersichtlich, dass die Antragsgegner dabei berücksichtigt haben, ob pro Los eine entsprechende Anzahl von Bietern vorhanden ist, die in der Lage sind, Stents nach den für die einzelnen Lose festgelegten Anforderungen zu liefern. Generell handelt es sich bei den Stents der 7 Lose um solche, die in der Praxis häufig Verwendung finden.

In den Krankenhäusern, für deren Kardiologien die Stentbeschaffung erfolgen soll, sind für die Stents Lagerräume eingerichtet, die Raumtemperatur aufweisen. Alle auf dem Markt verfügbaren Stents, bis auf den Stent der Antragstellerin Yucon Choice 4 DES, können bei Raumtemperatur gelagert werden. Der von der Antragstellerin angebotene Stent benötigt eine Lagertemperatur von 2 bis 8 Grad Celsius, welche in aller Regel nur durch Kühlgeräte garantiert werden kann. Damit wäre die Notwendigkeit gegeben, für den von der Antragstellerin angebotenen Stent Yukon eine andere Lagerung vorzunehmen, als für alle anderen am Markt befindlichen Stents.

Für die von den Antragsgegnerin ausgeschriebenen Stents ist eine Mindesthaltbarkeitsdauer von vier Monaten ab Zeitpunkt der Lieferung zu garantieren. Dies ist deshalb erforderlich, weil in den Konsignationslagern der Krankenhäuser eine Vielzahl von Produkten unterschiedlicher Hersteller gelagert werden. Um eine Versorgungssicherheit der Patienten zu ermöglichen, muss möglichst vermieden werden, dass abgelaufene Produkte im Konsignationslager verfügbar sind. Durch die Festlegung der Mindesthaltbarkeitsdauer wird das Ziel verfolgt, den Manipulationsaufwand, der durch Abholung abgelaufener Produkte entsteht, möglichst gering zu halten. Dieser Manipulationsaufwand wächst mit der Wahrscheinlichkeit der Überschreitung des Ablaufdatum und ist geringer, je größer die Mindesthaltbarkeitsdauer ist. Die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Mindesthaltbarkeitsdauer wird von den am Markt verfügbaren Stents erfüllt.

Die Angebotsfrist war ursprünglich mit 20.5.2010, 13.00 Uhr festgelegt, sie wurde mit der dritten Berichtigung sodann auf 25.5.2010, 13.00 Uhr verlängert. Am 29.6.2010 hat die Antragstellerin zu VKS – 7392/10 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen, soweit sie die Lose 4 bis 7 betreffen, eingebracht. 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 zutreffe. Diese technischen Spezifikationen hinsichtlich der einzelnen Lose 4 bis 7 seien so gestaltet, dass bei jedem Los nur eine oder maximal zwei Firmen anbieten könnten. Diesen Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin am 9.7.2010 offenbar wegen Verfristung zurückgezogen.

In dem gleichfalls die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen betreffenden Nachprüfungsverfahren zu VKS – 5746/10 hat der Vergabekontrollsenat mit Bescheid vom 1.7.2010 zu einzelnen Bestimmungen der Ausschreibung gemäß § 26 Abs. 2 WVRG 2007 verfügt, diese als nichtig gestrichen werden. In Folge dieses Verfahrens haben die Antragsgegner mit einer vierten Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen die für nichtig erkannten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gestrichen und Punkt 12 der Besonderen Angebotsbestimmungen (Bewertung der Angebote) den Ergebnissen dieses Nachprüfungsverfahrens angepasst. Mit dieser Berichtigung vom 16.7.2010 haben die Antragsgegner gleichzeitig den Ablauf der Angebotsfrist mit 30.7.2010, 10.00 Uhr neu festgelegt.In dem gleichfalls die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen betreffenden Nachprüfungsverfahren zu VKS – 5746/10 hat der Vergabekontrollsenat mit Bescheid vom 1.7.2010 zu einzelnen Bestimmungen der Ausschreibung gemäß Paragraph 26, Absatz 2, WVRG 2007 verfügt, diese als nichtig gestrichen werden. In Folge dieses Verfahrens haben die Antragsgegner mit einer vierten Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen die für nichtig erkannten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gestrichen und Punkt 12 der Besonderen Angebotsbestimmungen (Bewertung der Angebote) den Ergebnissen dieses Nachprüfungsverfahrens angepasst. Mit dieser Berichtigung vom 16.7.2010 haben die Antragsgegner gleichzeitig den Ablauf der Angebotsfrist mit 30.7.2010, 10.00 Uhr neu festgelegt.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist am 21. Juli 2010, der Antrag auf Nichtigerklärung am 22. Juli 2010 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Dazu ist festzustellen, dass der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen betreffend die Lose 4 bis 7 nahezu wortgleich jene Gründe für die behauptete Rechtswidrigkeit wiederholt, wie sie bereits im zurückgezogenen Antrag auf Nichtigerklärung vom 29. Juni 2010 angeführt worden sind. Im vorliegenden einleitenden Schriftsatz wird unter Punkt

2.3.8 als Gründe für die Rechtswidrigkeiten jene Gründe aus dem Antrag vom 29. Juni 2010 insofern erweitert, als im Abschnitt „Polymere" ein neuer Text angeführt wird und im Abschnitt „Raumtemperatur" ein Satz sowie ein weiterer

Absatz angefügt werden. Jene Festlegungen, durch die sich die Antragstellerin beschwert erachtet, sind durch die vier Berichtigungen der Antragsgegner nicht geändert worden, sie wurden auch nicht durch die teilweise Streichung von Festlegungen in der Ausschreibung, wie sie mit Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 1.7.2010, VKS – 5746/10, verfügt wurden, geändert oder neu gefasst. Die Verständigung der Antragsgegner von der beabsichtigten Einleitung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der sorgfältig geführten Vergabeakten, in denen der Entscheidungsprozess der „Fachkommission interventionelle Kardiologie", der zu der vorliegenden Ausschreibung geführt hat, nachvollziehbar und umfangreich dokumentiert ist. Aus den Vergabeakten ist eindeutig belegt, aufgrund welcher Problemstellungen die Antragsgegner zu den Festlegungen in der Ausschreibung, insbesondere zu den Anforderungen an die Stents für die einzelnen Lose gekommen sind. Aus den Vergabeakten ist auch eindeutig ersichtlich, dass nach den Erhebungen der Antragsgegner zumindest für die gegenständlichen vier Lose, pro Los ein ausreichender Interessenten- und Bieterkreis gewährleistet ist. Das Vorbringen der Antragsgegner, dass es sich bei dem von der Antragstellerin mehrfach erwähnten Stent Yukon Choice 4 DES um ein „Nischenprodukt" handelt, bezüglich dessen ein größerer Bedarf nicht bestehe, blieb seitens der Antragstellerin unwidersprochen. Insbesondere konnte der Vorwurf der Antragstellerin, Zweck der Formulierung der Festlegungen zu den Losen 4 bis 7 sei die Absicht der Antragsgegner gewesen, sie von der Teilnahme an der Ausschreibung auszuschließen, „da der von uns vertriebene Yukon Choice 4 DES die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllt", nicht erwiesen werden. Die Antragsgegner haben schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, dass Zweck der gegenständlichen Ausschreibung sein soll, eine größere Anzahl von Stents verschiedener Typen, die häufig bei der Behandlung von Patienten benötigt werden, anzuschaffen; zumal Stents der gleichen Type ein und derselben Erzeuger in der Vergangenheit je nach Kardiologie von den Lieferanten zu verschiedenen Preisen angeboten worden seien. Die Antragsgegner haben auch darauf verwiesen, dass die Anschaffung anderer Stents als solcher mit Limus-Beschichtungen und weiterer spezieller Stents, die von der gegenständlichen Ausschreibung nicht umfasst sind, im Bedarfsfall in gesonderten Vergabeverfahren beschafft werden sollen (Beilage 13.01, Seite 2 von 5). Die Antragsgegner haben auch schlüssig und den Erfahrungen des täglichen Lebens entsprechend dargelegt, warum sie eine Lagerung der anzuschaffenden Stents bei Raumtemperaturen festgelegt haben bzw. eine Mindesthaltbarkeit von vier Monaten verlangen. Zutreffend haben sie in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass praktisch alle am Markt befindlichen Stents anderer Erzeuger eine Lagerung ihrer Stents bei 2 bis 8 Grad Celsius, sohin in Kühlgeräten, nicht verlangen. Die Feststellungen, dass von den Kardiologien der sieben Spitäler auch andere Stents, die vom gegenständlichen Vergabevorgang nicht erfasst sind, bei Bedarf beschafft werden können, gründet sich auf das Vorbringen der Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung. Danach war auch festzustellen, dass die Entscheidung, welcher Stent konkret zum Einsatz kommt, vom jeweils behandelnden Arzt getroffen wird, sodass alle ausgeschriebenen Stents auf allen kardiologischen Abteilungen für einen konkreten Behandlungsfall vorhanden sein müssen. Soweit die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat, der Vorstand der Kardiologie im SMZ-Ost habe im Jahr 2007 die Verwendung des Yukon Choice untersagt und zum Beweis dafür die Vernehmung des Zeugen Prof. Dr. Georg Norman begehrt hat, war diesem Antrag ebenso wenig stattzugeben, wie den Anträgen auf Vernehmung der Zeugen Dr. Harald Mayr, Dr. Gerald Zenker, Gerhard Horak und Dr. Martin Harald. Diese Zeugen wurden von der Antragstellerin im Wesentlichen dazu geführt, dass der von ihr angebotene Stent Yukon Choice 4 DES durchaus zahlreich Verwendung auf anderen kardiologischen Abteilungen finde bzw. dass ein Bedarf nach Einsatz dieses Stents gegeben sei. Die Vernehmung dieser Zeugen war schon allein deshalb nicht erforderlich – wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung noch auszuführen sein wird – weil es den Antragsgegnern überlassen bleiben muss, ihren Bedarf festzustellen und dementsprechend eine Ausschreibung zu formulieren. Dass zumindest derzeit ein größerer Bedarf nach dem von der Antragstellerin vertriebenen Stents nicht besteht, hat das Verfahren ergeben. Ebenso aber auch, dass dieser Stent, sofern er von einzelnen Ärzten gewünscht wird, unabhängig vom gegenständlichen Vergabeverfahren beschafft werden kann. Es ist daher die Frage, ob der von der Antragstellerin angebotene Stent „besser geeignet wäre", als die in der Ausschreibung erfassten Stents nicht entscheidungsrelevant. Dass der von der Antragstellerin vertriebene Stent Yukon Choice 4 DES den vorliegenden Ausschreibungsbestimmungen nicht entspricht, ist jedenfalls unstrittig. Es hat sich jedoch kein Hinweis im Nachprüfungsverfahren ergeben, dass irgendwelche Produkte, insbesondere der mehrfach genannte Stent der Antragstellerin, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden sollte.

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 KAV entfallende Anteil am Gesamtauftragswert deutlich überwiegt. 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 vormontierter Koronarstents (Implantate der Klasse III nach dem Medizinproduktgesetz) verschiedener Typen. Der Auftrag ist je nach den 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.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 KAV entfallende Anteil am Gesamtauftragswert deutlich überwiegt. 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 vormontierter Koronarstents (Implantate der Klasse römisch drei nach dem Medizinproduktgesetz) verschiedener Typen. Der Auftrag ist je nach den 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 § 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 Auftragsgebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, 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 Ausschreibungsunterlagen 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. Da das zuletzt festgelegte Ende der Angebotsfrist auf den 30.7.2010, 10.00 Uhr, gefallen ist, ist der am 22.5.2010 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 4 WVRG 2007. In ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin auch begehrt ihr „Akteneinsicht in die vorgelegten Unterlagen hinsichtlich der Losbildung und der für die einzelnen Lose in Frage kommenden Firmen" zu gewähren. Dagegen haben sich die Antragsgegner entschieden ausgesprochen.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 Auftragsgebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, 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 Ausschreibungsunterlagen 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. Da das zuletzt festgelegte Ende der Angebotsfrist auf den 30.7.2010, 10.00 Uhr, gefallen ist, ist der am 22.5.2010 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz 4,

WVRG 2007. In ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin auch begehrt ihr „Akteneinsicht in die vorgelegten Unterlagen hinsichtlich der Losbildung und der für die einzelnen Lose in Frage kommenden Firmen" zu gewähren. Dagegen haben sich die Antragsgegner entschieden ausgesprochen.

Da Gegenstand des Verfahrens im Wesentlichen die Lösung von Rechtsfragen, nämlich der Fragen, ob die von der Antragstellerin bekämpften Festlegungen in der Ausschreibung den Bestimmungen des Vergaberechts entsprechen, waren, konnte der Senat auf Grundlage, vor allem des Inhaltes der Vergabeakten sowie des Vorbringens der Parteien in der mündlichen Verhandlung seine Entscheidung treffen. Dem Antrag auf umfassende Akteneinsicht, wie von der Antragstellerin begehrt, konnte daher nicht stattgegeben werden. Welche Aktenbestandteile die Behörde von der Akteneinsicht ausnehmen darf, ist allgemein in § 17 Abs. 3 AVG geregelt, wonach von der Akteneinsicht Aktenbestandteile ausgenommen sind, insoweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde. Für das Vergabeverfahren bestimmt § 23 Abs. 1 BVergG 2006, dass Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller dem Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren haben. Ein Ausfluss dieses Prinzips findet sich in § 128 leg. cit., wonach jedem Bieter Einsicht (nur) in sein eigenes, allenfalls berichtigtes Angebot oder in die Durchrechnung seines Angebotes zu gewähren ist. Nach Abs. 3 dieser Bestimmung ist jedem Bieter Einsicht (nur) in den seiner Angebote betreffenden Teil der Niederschrift über die Angebotsprüfung zu gewähren. Die – das Vergabeverfahren betreffenden - §§ 23 und 128 BVergG 2006 sind für die Beurteilung der Frage, wann eine Schädigung berechtigter Interessen im Sinne des § 17 Abs. 3 AVG vorliegt, maßgeblich und daher bei der Frage der Gewährung von Akteneinsicht zu berücksichtigen. Es war daher dem Antrag der Antragstellerin auf umfassende Akteneinsicht insbesondere in die Unterlagen, die im Zuge der Erstellung der Ausschreibung verfasst wurden, nicht zu gewähren, da dadurch vergleichbare Interessen der Auftraggeber an der Geheimhaltung verletzt werden könnten.Da Gegenstand des Verfahrens im Wesentlichen die Lösung von Rechtsfragen, nämlich der Fragen, ob die von der Antragstellerin bekämpften Festlegungen in der Ausschreibung den Bestimmungen des Vergaberechts entsprechen, waren, konnte der Senat auf Grundlage, vor allem des Inhaltes der Vergabeakten sowie des Vorbringens der Parteien in der mündlichen Verhandlung seine Entscheidung treffen. Dem Antrag auf umfassende Akteneinsicht, wie von der Antragstellerin begehrt, konnte daher nicht stattgegeben werden. Welche Aktenbestandteile die Behörde von der Akteneinsicht ausnehmen darf, ist allgemein in Paragraph 17, Absatz 3, AVG geregelt, wonach von der Akteneinsicht Aktenbestandteile ausgenommen sind, insoweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde. Für das Vergabeverfahren bestimmt Paragraph 23, Absatz eins, BVergG 2006, dass Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller dem Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren haben. Ein Ausfluss dieses Prinzips findet sich in Paragraph 128, leg. cit., wonach jedem Bieter Einsicht (nur) in sein eigenes, allenfalls berichtigtes Angebot oder in die Durchrechnung seines Angebotes zu gewähren ist. Nach Absatz 3, dieser Bestimmung ist jedem Bieter Einsicht (nur) in den seiner Angebote betreffenden Teil der Niederschrift über die Angebotsprüfung zu gewähren. Die – das Vergabeverfahren betreffenden - Paragraphen 23 und 128 BVergG 2006 sind für die Beurteilung der Frage, wann eine Schädigung berechtigter Interessen im Sinne des Paragraph 17, Absatz 3, AVG vorliegt, maßgeblich und daher bei der Frage der Gewährung von Akteneinsicht zu berücksichtigen. Es war daher dem Antrag der Antragstellerin auf umfassende Akteneinsicht insbesondere in die Unterlagen, die im Zuge der Erstellung der Ausschreibung verfasst wurden, nicht zu gewähren, da dadurch vergleichbare Interessen der Auftraggeber an der Geheimhaltung verletzt werden könnten.

Weder der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlage, soweit dieser die Lose 4 bis 7 betrifft, noch der Eventualantrag, die angefochtenen Bestimmungen der Ausschreibung auf Seite 7 der Leistungsbeschreibung sowie die auf den jeweils weiters betroffenen Seiten der Ausschreibungsunterlage angeführten Bestimmungen für nichtig zu erklären, ist berechtigt.

Maßgeblich ist zunächst davon auszugehen, dass die Antragsgegner ihre Ausschreibung insgesamt vier Mal berichtigt haben. Das ursprüngliche Ende der Angebotsfrist war der 20.5.2010, 13.00 Uhr, die zuletzt festgelegte Angebotsfrist im Rahmen der vierten Berichtigung vom 16.7.2010 war der 30.7.2010, 10.00 Uhr. Die vierte Berichtigung wurde von den Antragsgegnern im Hinblick auf das Ergebnis des Verfahrens VKS – 5746/10 vorgenommen, weil in diesem Verfahren mit Bescheid vom 1.7.2010 erkannt wurde, dass einige Festlegungen auf Seite 25 von 40 der

Ausschreibungsunterlagen betreffend die Kriterien „Radial Strengths, Crossability und Trackability", als nichtig zu streichen sind. Die Antragsgegner waren daher aufgrund des Ergebnisses dieses Verfahrens genötigt gemäß § 90 BVergG 2006 ihre Ausschreibungsunterlagen zu berichtigen und gemäß § 57 Abs. 2 BVergG 2006 die Angebotsfrist angemessen zu verlängern. Die Antragsgegner haben die Berichtigung ihrer Ausschreibung vergaberechtskonform vorgenommen, was auch von der Antragstellerin nicht bestritten worden ist. Sie haben auch als Ergebnis dieser Berichtigung, die vergaberechtskonform durchgeführt wurde, gemäß § 57 Abs. 2 BVergG 2006 die Angebotsfrist angemessen verlängert, sodass den von der Fristsetzung betroffenen Unternehmen ausreichend Zeit für die Vornahme der entsprechenden Handlungen verblieben ist. Auch dass die von den Antragsgegnern zuletzt festgelegte Angebotsfrist nicht angemessen wäre, hat die Antragstellerin nicht geltend gemacht.Maßgeblich ist zunächst davon auszugehen, dass die Antragsgegner ihre Ausschreibung insgesamt vier Mal berichtigt haben. Das ursprüngliche Ende der Angebotsfrist war der 20.5.2010, 13.00 Uhr, die zuletzt festgelegte Angebotsfrist im Rahmen der vierten Berichtigung vom 16.7.2010 war der 30.7.2010, 10.00 Uhr. Die vierte Berichtigung wurde von den Antragsgegnern im Hinblick auf das Ergebnis des Verfahrens VKS – 5746/10 vorgenommen, weil in diesem Verfahren mit Bescheid vom 1.7.2010 erkannt wurde, dass einige Festlegungen auf Seite 25 von 40 der Ausschreibungsunterlagen betreffend die Kriterien „Radial Strengths, Crossability und Trackability", als nichtig zu streichen sind. Die Antragsgegner waren daher aufgrund des Ergebnisses dieses Verfahrens genötigt gemäß Paragraph 90, BVergG 2006 ihre Ausschreibungsunterlagen zu berichtigen und gemäß Paragraph 57, Absatz 2, BVergG 2006 die Angebotsfrist angemessen zu verlängern. Die Antragsgegner haben die Berichtigung ihrer Ausschreibung vergaberechtskonform vorgenommen, was auch von der Antragstellerin nicht bestritten worden ist. Sie haben auch als Ergebnis dieser Berichtigung, die vergaberechtskonform durchgeführt wurde, gemäß Paragraph 57, Absatz 2, BVergG 2006 die Angebotsfrist angemessen verlängert, sodass den von der Fristsetzung betroffenen Unternehmen ausreichend Zeit für die Vornahme der entsprechenden Handlungen verblieben ist. Auch dass die von den Antragsgegnern zuletzt festgelegte Angebotsfrist nicht angemessen wäre, hat die Antragstellerin nicht geltend gemacht.

Das Verfahren hat ergeben, dass die Antragstellerin mit ihrem vorliegenden Nichtigerklärungsantrag jene von ihr im zurückgezogenen Nichtigerklärungsantrag vom 29. Juni 2010 (VKS – 7392/10) ausgeführten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungsunterlagen nahezu wortwörtlich und nur mit geringfügigen Ergänzungen wiederholt hat. Nach den Ergebnissen des Verfahrens steht weiters fest, dass jene Festlegungen, deren Rechtswidrigkeit die Antragstellerin behauptet, ab Kundmachung weder abgeändert, ergänzt oder sonst berichtigt wären. Die mit der Berichtigung vom 16.7.2010 bekannt gegebenen Änderungen der Ausschreibungsunterlagen haben ausschließlich die Zuschlagskriterien zu Punkt 12 der Besonderen Angebotsbestimmungen betroffen, indem bei den Unterkriterien eine Streichung der Kriterien „Radial Strength, Crossability und Trackability" verfügt worden ist. Die von der Antragstellerin sowohl in ihrem (ersten) Nachprüfungsantrag vom 29. Juni 2010 bzw. im vorliegenden Nachprüfungsantrag vom 21. Juli 2010 behaupteten Rechtswidrigkeiten haben diese Festlegungen nicht betroffen.

Im Hinblick auf das ursprünglich mit 20.5.2010, 13.00 Uhr festgelegte Ende der Angebotsfrist hat die Frist zur Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen gemäß § 24 Abs. 4 WVRG 2007 sieben Tage vorher, das ist am 13.5.2010, geendet. Mit der dritten Berichtigung vom 20.5.2010 haben die Antragsgegner die Angebotsfrist vom gleichen Tage 13.00 Uhr, um fünf Tage verlängert und die neue Angebotsfrist mit 25.5.2010, 13.00 Uhr bekannt gemacht. Der (erste) Nachprüfungsantrag zu VKS – 7392/10 ist jedoch erst am 29.6.2010 eingelangt, er wurde von der Antragstellerin in der Folge offenkundig wegen Verspätung zurückgezogen.Im Hinblick auf das ursprünglich mit 20.5.2010, 13.00 Uhr festgelegte Ende der Angebotsfrist hat die Frist zur Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen gemäß Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007 sieben Tage vorher, das ist am 13.5.2010, geendet. Mit der dritten Berichtigung vom 20.5.2010 haben die Antragsgegner die Angebotsfrist vom gleichen Tage 13.00 Uhr, um fünf Tage verlängert und die neue Angebotsfrist mit 25.5.2010, 13.00 Uhr bekannt gemacht. Der (erste) Nachprüfungsantrag zu VKS – 7392/10 ist jedoch erst am 29.6.2010 eingelangt, er wurde von der Antragstellerin in der Folge offenkundig wegen Verspätung zurückgezogen.

Der angerufene Senat hält den am 22. Juli 2010 eingebrachten (zweiten) Nachprüfungsantrag, in dem weder die von den Antragsgegnern vorgenommene Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen noch das Ende der Angebotsfrist bekämpft werden, sondern im Wesentlichen jene Gründe wiederholt werden, die im zurückgezogenen (ersten) Nachprüfungsantrag vom 29.6.2010 enthalten waren, für verfristet. Die nicht geänderten oder berichtigten Festlegungen der Ausschreibungsunterlage, die nunmehr von der Antragstellerin bekämpft werden, hätten von dieser

innerhalb der zunächst geltenden Anfechtungsfrist, abgestellt auf das Angebotsende 20.5.2010, rechtzeitig bekämpft werden müssen. Da innerhalb dieser Anfechtungsfrist eine Bekämpfung der von der Antragstellerin als rechtswidrig angesehenen Festlegungen nicht erfolgte, sind diese nach Ansicht des Senates „bestandfest" geworden und können daher mit dem nunmehr vorliegenden, innerhalb der verlängerten Angebotsfrist eingebrachten Nachprüfungsantrag nicht mehr angefochten werden.

Nach § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 sind unter anderem folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen im offenen Verfahren anfechtbar und zwar (soweit hier interessierend) die Ausschreibung und sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist. Nach Ansicht des Senates handelt es sich bei der von den Antragsgegnern vorgenommenen Berichtigung vom 16.7.2010 mit der neu festgelegten Angebotsfrist vom 30.7.2010 nicht um eine Erneuerung oder Neufassung der gesamten Ausschreibung, sondern um eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist, nämlich welche Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen im Hinblick auf die Entscheidung des Vergabekontrollsenates als nichtig zu streichen sind. Die Antragstellerin, war – wie ihre erste Antragstellung zu VKS – 7392/10 hinlänglich erwiesen hat – durchaus in der Lage, die ihr zur Verfügung stehende Frist zur Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen in ihrer ursprünglichen Fassung zu verwenden. Sie hat dies auch (wenn auch verspätet) mit ihrem ersten Antrag getan. Die Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen, wie sie von den Antragsgegnern am 16.7.2010 vorgenommen worden ist, stellt sich nach Ansicht des Senates als "sonstige Festlegung" während der Angebotsfrist, und damit als gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeber dar, weshalb auch nur diese Berichtigung mit Nichtigerklärungsantrag, nicht aber die von der Berichtigung unberührt gebliebenen Teile der Ausschreibungsunterlage innerhalb der erstreckten Angebotsfrist angefochten werden können. Hinsichtlich dieser von der Berichtigung nicht betroffenen Teile der Ausschreibung ist das Anfechtungsrecht erloschen und kann nicht wieder aufleben, wenn der Auftraggeber ein neues Ende der Angebotsfrist bekannt gegeben hat.Nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 sind unter anderem folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen im offenen Verfahren anfechtbar und zwar (soweit hier interessierend) die Ausschreibung und sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist. Nach Ansicht des Senates handelt es sich bei der von den Antragsgegnern vorgenommenen Berichtigung vom 16.7.2010 mit der neu festgelegten Angebotsfrist vom 30.7.2010 nicht um eine Erneuerung oder Neufassung der gesamten Ausschreibung, sondern um eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist, nämlich welche Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen im Hinblick auf die Entscheidung des Vergabekontrollsenates als nichtig zu streichen sind. Die Antragstellerin, war – wie ihre erste Antragstellung zu VKS – 7392/10 hinlänglich erwiesen hat – durchaus in der Lage, die ihr zur Verfügung stehende Frist zur Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen in ihrer ursprünglichen Fassung zu verwenden. Sie hat dies auch (wenn auch verspätet) mit ihrem ersten Antrag getan. Die Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen, wie sie von den Antragsgegnern am 16.7.2010 vorgenommen worden ist, stellt sich nach Ansicht des Senates als "sonstige Festlegung" während der Angebotsfrist, und damit als gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeber dar, weshalb auch nur diese Berichtigung mit Nichtigerklärungsantrag, nicht aber die von der Berichtigung unberührt gebliebenen Teile der Ausschreibungsunterlage innerhalb der erstreckten Angebotsfrist angefochten werden können. Hinsichtlich dieser von der Berichtigung nicht betroffenen Teile der Ausschreibung ist das Anfechtungsrecht erloschen und kann nicht wieder aufleben, wenn der Auftraggeber ein neues Ende der Angebotsfrist bekannt gegeben hat.

Wenn auch – soweit für den Senat überblickbar – zu diesem Problem weder eine fundierte Lehrmeinung noch eine gesicherte Judikatur bestehen dürfte, vermeint er, dass sich seine Auslegung durchaus im Rahmen der Strukturierung des Vergabeverfahrens und einer effizienten Abwicklung von Rechtsschutzverfahren hält. Dazu dienen die Bestimmungen betreffend die Fristen und die Präklusionsregelungen in den einzelnen Verfahrensordnungen, so auch im WVRG 2007. Diese Regelungen sind auch vom EuGH in verschiedenen Verfahren für zulässig erkannt worden (vgl. EuGH RsC-470/99, Universalbau, RsC-327/00, Santex u. a.). Durch das Institut der Präklusion soll ein rasches und effizientes Rechtsschutzverfahren sicher gestellt werden. Das Vergabeverfahren soll nicht durch willkürliche Einsprüche von Bietern verzögert werden, muss jedoch gleichzeitig dem Rechtsschutzinteresse der Bieter Rechnung tragen (vgl. RZ 32 zu § 2 Z 16 BVergG 2006). Dies hält der Senat im Hinblick auf die europarechtlich unbedenkliche Anfechtungsfrist im WVRG 2007 für gewährleistet.Wenn auch – soweit für den Senat überblickbar – zu diesem Problem weder eine fundierte Lehrmeinung noch eine gesicherte Judikatur bestehen dürfte, vermeint er, dass sich seine Auslegung durchaus im Rahmen der Strukturierung des Vergabeverfahrens und einer effizienten Abwicklung von Rechtsschutzverfahren hält. Dazu dienen die Bestimmungen betreffend die Fristen und die Präklusionsregelungen in den einzelnen Verfahrensordnungen, so auch im WVRG 2007. Diese Regelungen sind auch vom EuGH in verschiedenen

Verfahren für zulässig erkannt worden vergleiche EuGH RsC-470/99, Universalbau, RsC-327/00, Santex u. a.). Durch das Institut der Präklusion soll ein rasches und effizientes Rechtsschutzverfahren sicher gestellt werden. Das Vergabeverfahren soll nicht durch willkürliche Einsprüche von Bietern verzögert werden, muss jedoch gleichzeitig dem Rechtsschutzinteresse der Bieter Rechnung tragen vergleiche RZ 32 zu Paragraph 2, Ziffer 16, BVergG 2006). Dies hält der Senat im Hinblick auf die europarechtlich unbedenkliche Anfechtungsfrist im WVRG 2007 für gewährleistet.

Wollte man der Rechtsansicht der Antragstellerin folgen, würde dies bedeuten, dass jede Berichtigung einer Ausschreibung und jede Verlängerung oder Neufestlegung des Endes der Angebotsfrist die Möglichkeit zur Bekämpfung der gesamten, von der Berichtigung nicht betroffenen Teile der Ausschreibung ermöglicht. Dies würde nicht nur zu einer weiteren Verzögerung des Vergabeverfahrens führen, sondern würde es auch Bietern ermöglichen, ursprünglich verspätet vorgebrachte Anfechtungspunkte im Hinblick auf die neue festgelegte Angebotsfrist zu wiederholen und damit eine im Einzelfall nicht unwesentliche Verzögerung des Beschaffungsvorganges zu bewirken. Ein derartiger Umstand würde nicht nur zum Nachteil des Auftraggebers gehen, der in aller Regel an einer raschen Auftragsterteilung interessiert ist, sondern auch der übrigen am Vergabeverfahren beteiligten Bieter. Da nach § 90 Abs. 1 BVergG 2006 im Falle einer Berichtigung der Ausschreibung „die Angebotsfrist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern" ist, diese Verlängerung jedenfalls vorzunehmen ist (§ 57 Abs. 2 BVergG 2006), wenn „die Berichtigung auf die Erstellung der Angebote wesentlichen Einfluss hat", würde die Ermöglichung der Anfechtung der von einer Berichtigung nicht betroffenen Festlegung einer Ausschreibung immer dann zu einer wesentlichen Verzögerung des Beschaffungsvorganges führen, wenn die Anfechtung erfolgreich ist und zu einer Streichung von Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen führt. Dies hätte eine neuerliche Festlegung einer Angebotsfrist zur Folge was wiederum zur Anfechtung aller Bestimmungen der Ausschreibung genutzt werden könnte.Wollte man der Rechtsansicht der Antragstellerin folgen, würde dies bedeuten, dass jede Berichtigung einer Ausschreibung und jede Verlängerung oder Neufestlegung des Endes der Angebotsfrist die Möglichkeit zur Bekämpfung der gesamten, von der Berichtigung nicht betroffenen Teile der Ausschreibung ermöglicht. Dies würde nicht nur zu einer weiteren Verzögerung des Vergabeverfahrens führen, sondern würde es auch Bietern ermöglichen, ursprünglich verspätet vorgebrachte Anfechtungspunkte im Hinblick auf die neue festgelegte Angebotsfrist zu wiederholen und damit eine im Einzelfall nicht unwesentliche Verzögerung des Beschaffungsvorganges zu bewirken. Ein derartiger Umstand würde nicht nur zum Nachteil des Auftraggebers gehen, der in aller Regel an einer raschen Auftragsterteilung interessiert ist, sondern auch der übrigen am Vergabeverfahren beteiligten Bieter. Da nach Paragraph 90, Absatz eins, BVergG 2006 im Falle einer Berichtigung der Ausschreibung „die Angebotsfrist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern" ist, diese Verlängerung jedenfalls vorzunehmen ist (Paragraph 57, Absatz 2, BVergG 2006), wenn „die Berichtigung auf die Erstellung der Angebote wesentlichen Einfluss hat", würde die Ermöglichung der Anfechtung der von einer Berichtigung nicht betroffenen Festlegung einer Ausschreibung immer dann zu einer wesentlichen Verzögerung des Beschaffungsvorganges führen, wenn die Anfechtung erfolgreich ist und zu einer Streichung von Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen führt. Dies hätte eine neuerliche Festlegung einer Angebotsfrist zur Folge was wiederum zur Anfechtung aller Bestimmungen der Ausschreibung genutzt werden könnte.

Auch die Bestimmung des § 57 Abs. 2 BVergG 2006 sieht eine zwingende Fristverlängerung nur dann vor, wenn eine Berichtigung der Bekanntmachung auf die Erstellung der Angebote einen wesentlichen Einfluss hat. Für welchen Zeitraum (wie lange) die Angebotsfrist zu verlängern ist, ist im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass wiederum eine angemessene Frist (Abs. 1 „soAuch die Bestimmung des Paragraph 57, Absatz 2, BVergG 2006 sieht eine zwingende Fristverlängerung nur dann vor, wenn eine Berichtigung der Bekanntmachung auf die Erstellung der Angebote einen wesentlichen Einfluss hat. Für welchen Zeitraum (wie lange) die Angebotsfrist zu verlängern ist, ist im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass wiederum eine angemessene Frist (Absatz eins, „so

zu bemessen, dass ausreichend Zeit... verbleibt") vom Auftraggeber festzusetzen ist

(vgl. Haid / Presselmayer Handbuch Vergaberecht2, 366). Aus diesen Bestimmungen vermeint der Senat auch ableiten zu können, dass die Verlängerung der Angebotsfrist und ihr Ausmaß jedenfalls davon abhängt, ob die Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen auf die Erstellung der Angebote von wesentlichen Einfluss sind. Handelt es sich um umfangreiche Berichtigungen, die Kernelemente der Ausschreibung betreffen, wird die Angebotsfrist entsprechend länger zu verlängern sein, als bei weniger bedeutsamen Berichtigungen bzw. kann eine Verlängerung ganz unterbleiben, wenn die Berichtigung nicht von wesentlichem Einfluss ist. Dies spricht nach Ansicht des Senates dafür,

dass die Verlängerung der Angebotsfrist, im wesentlichen dazu dienen soll, Bietern und Interessenten die Bekämpfung des Inhaltes der Berichtigung zu ermöglichen, zumal die Berichtigung als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist als gesondert anfechtbare Entscheidung zu werten ist. Eine Anfechtung der von der Berichtigung nicht betroffenen Teile der Ausschreibung ist damit nicht mehr möglich.vergleiche Haid / Presselmayer Handbuch Vergaberecht2, 366). Aus diesen Bestimmungen vermeint der Senat auch ableiten zu können, dass die Verlängerung der Angebotsfrist und ihr Ausmaß jedenfalls davon abhängt, ob die Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen auf die Erstellung der Angebote von wesentlichen Einfluss sind. Handelt es sich um umfangreiche Berichtigungen, die Kernelemente der Ausschreibung betreffen, wird die Angebotsfrist entsprechend länger zu verlängern sein, als bei weniger bedeutsamen Berichtigungen bzw. kann eine Verlängerung ganz unterbleiben, wenn die Berichtigung nicht von wesentlichem Einfluss ist. Dies spricht nach Ansicht des Senates dafür, dass die Verlängerung der Angebotsfrist, im wesentlichen dazu dienen soll, Bietern und Interessenten die Bekämpfung des Inhaltes der Berichtigung zu ermöglichen, zumal die Berichtigung als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist als gesondert anfechtbare Entscheidung zu werten ist. Eine Anfechtung der von der Berichtigung nicht betroffenen Teile der Ausschreibung ist damit nicht mehr möglich.

Einem derartigen Verhalten eines Bieters, das einem raschen, effizienten und damit ökonomischen Beschaffungsvorgang nicht förderlich ist, kann nach Ansicht des Senates nur dadurch begegnet werden, dass eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen, die auch eine neue Festsetzung der Angebotsfrist bedingt, als „sonstige Festlegung während der Angebotsfrist" und damit als gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers gewertet wird. Damit kann nur mehr der Inhalt der Berichtigung und allenfalls die neue festgelegte Angebotsfrist als gesondert anfechtbare Entscheidung angefochten werden, nicht aber jene Teile der Ausschreibung, die bis dahin nicht innerhalb der Frist des § 24 Abs. 4 WVRG 2007 angefochten worden sind. Diese Bestimmungen sind, mangels rechtzeitiger Anfechtung, als „bestandfest" geworden anzusehen. Alle am Beschaffungsvorgang interessierten Unternehmer hatten innerhalb der Frist des § 24 Abs. 4 WVRG 2007 gleichermaßen die Möglichkeit, die Ausschreibungsunterlagen zu prüfen und gegebenenfalls anzufechten. Es hätte daher auch ein Unternehmer, der am Vergabeverfahren bis zur Berichtigung nicht interessiert war, ebenfalls nicht die Möglichkeit die gesamten Ausschreibungsunterlagen zu bekämpfen, sondern nur jene Festlegungen, die im Rahmen der Berichtigung bekannt gemacht worden sind. Im Hinblick auf jene Rechtswidrigkeiten, wenn die Antragstellerin von den Berichtigungen der Antragsgegner nicht betroffene Teile der Ausschreibung geltend macht und damit der Inhalt der Berichtigung vom 16.7.2010 von der gegenständlichen Anfechtung nicht berührt wird, erweist sich der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlage, soweit dieser die Lose 4-7 betrifft, ebenso als präkludiert, wie der Eventualantrag „die angefochtenen (nicht näher bezeichneten) Bestimmungen der Ausschreibung auf Seite 7 der Leistungsbeschreibung sowie die auf den jeweils weiteren betroffenen Seiten der Ausschreibung angeführten Bestimmungen" für nichtig zu erklären. Sowohl der Hauptantrag als auch der Eventualantrag war daher aus diesen Überlegungen als nicht innerhalb der Frist des § 24 Abs. 4 WVRG 2007 gestellt, abzuweisen.Einem derartigen Verhalten eines Bieters, das einem raschen, effizienten und damit ökonomischen Beschaffungsvorgang nicht förderlich ist, kann nach Ansicht des Senates nur dadurch begegnet werden, dass eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen, die auch eine neue Festsetzung der Angebotsfrist bedingt, als „sonstige Festlegung während der Angebotsfrist" und damit als gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers gewertet wird. Damit kann nur mehr der Inhalt der Berichtigung und allenfalls die neue festgelegte Angebotsfrist als gesondert anfechtbare Entscheidung angefochten werden, nicht aber jene Teile der Ausschreibung, die bis dahin nicht innerhalb der Frist des Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007 angefochten worden sind. Diese Bestimmungen sind, mangels rechtzeitiger Anfechtung, als „bestandfest" geworden anzusehen. Alle am Beschaffungsvorgang interessierten Unternehmer hatten innerhalb der Frist des Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007 gleichermaßen die Möglichkeit, die Ausschreibungsunterlagen zu prüfen und gegebenenfalls anzufechten. Es hätte daher auch ein Unternehmer, der am Vergabeverfahren bis zur Berichtigung nicht interessiert war, ebenfalls nicht die Möglichkeit die gesamten Ausschreibungsunterlagen zu bekämpfen, sondern nur jene Festlegungen, die im Rahmen der Berichtigung bekannt gemacht worden sind. Im Hinblick auf jene Rechtswidrigkeiten, wenn die Antragstellerin von den Berichtigungen der Antragsgegner nicht betroffene Teile der Ausschreibung geltend macht und damit der Inhalt der Berichtigung vom 16.7.2010 von der gegenständlichen Anfechtung nicht berührt wird, erweist sich der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlage, soweit dieser die Lose 4-7 betrifft, ebenso als präkludiert, wie der Eventualantrag „die angefochtenen (nicht näher bezeichneten) Bestimmungen der Ausschreibung auf Seite 7 der

Leistungsbeschreibung sowie die auf den jeweils weiteren betroffenen Seiten der Ausschreibung angeführten Bestimmungen" für nichtig zu erklären. Sowohl der Hauptantrag als auch der Eventualantrag war daher aus diesen Überlegungen als nicht innerhalb der Frist des Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007 gestellt, abzuweisen.

Unabhängig von dieser Entscheidung sei bemerkt, dass die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht gegeben sind. Es muss der Auftraggeberin grundsätzlich überlassen bleiben, ihren Bedarf festzustellen und im Rahmen der Bestimmungen der §§ 96 f BVergG 2006 ihre Ausschreibungsunterlagen nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und der Sparsamkeit zu formulieren. Das Verfahren hat hinsichtlich der Lose 4-7 eindeutig ergeben, dass die Antragsgegner, ausgehend von der Verwendung von Stents in den letzten drei Jahren ihren zukünftigen Bedarf an häufig verwendeten Stents zweier bestimmter Gruppen ermittelt und definiert haben. Das Verfahren hat auch ergeben, dass die Antragsgegner sich dabei gründlich mit der Frage der Anzahl der für die Belieferung in Frage kommenden Unternehmen eingehend beschäftigt haben, sodass der Vorwurf der Antragstellerin, es sollen für einzelne Lose bestimmte Lieferanten bevorzugt werden, nicht erwiesen ist. Wenn nun die Antragsgegner zum Ergebnis gekommen sind, dass sie in den Losen 4-7 polymerbeschichtete Stents in größerer Anzahl benötigen, wobei diese Stents bei Raumtemperatur gelagert werden können und eine bestimmte Mindesthaltbarkeit aufweisen müssen, kann dies nicht als unsachlich erkannt werden. Auch diesen Umstand haben die Auftraggeber bereits eingangs ihres Leistungsverzeichnisses verwiesen und definiert, dass in den Losen 4-7 Stents mit Limusbeschichtung, deren Oberfläche mit immunsupräsiven und/oder antiproliferativ wirkenden Medikamenten beschichtet sind, beschafft werden sollen. Gleichzeitig haben die Auftraggeber darauf verwiesen, dass DES mit anderen als Limus-Beschichtungen und weitere spezielle Stents, die von der gegenständlichen Ausschreibung nicht erfasst sind, im Bedarfsfall in gesonderten Vergabeverfahren, beschafft werden. Damit steht fest – wie dies auch das Nachprüfungsverfahren eindeutig erheben hat – dass die Beschaffung von Stents, die mit dem gegenständlichen Beschaffungsvorgang nicht erfasst werden, bei entsprechender medizinischer Indikation über ärztliches Verlangen jederzeit und uneingeschränkt möglich ist. Selbst wenn der von der Antragstellerin bevorzugte DES wie von ihr behauptet „eine sehr sinnvolle Alternative für die Behandlung der Patienten" darstellt ist dieser Umstand nicht geeignet die Antragsgegner dazu zu verhalten, diesen von ihnen als „Nischenprodukt" bezeichneten Stent bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen zu berücksichtigen. Tatsache ist, dass die Antragsgegner kein Los für polymerfreie DES vorgesehen haben, weil sie für die derartigen Stents derzeit keinen größeren Bedarf haben. Diese Festlegung ist von den Antragsgegner nicht willkürlich getroffen worden, insbesondere nicht – wie das Nachprüfungsverfahren ergeben hat – um die Antragstellerin mit ihrem DES vom Beschaffungsvorgang auszuschließen, sodass kein Anlass besteht, im Wege des gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die Antragsgegner dazu zu verhalten ihre Ausschreibungsunterlagen entsprechend den Wünschen der Antragstellerin zu erweitern.Unabhängig von dieser Entscheidung sei bemerkt, dass die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht gegeben sind. Es muss der Auftraggeberin grundsätzlich überlassen bleiben, ihren Bedarf festzustellen und im Rahmen der Bestimmungen der Paragraphen 96, f BVergG 2006 ihre Ausschreibungsunterlagen nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und der Sparsamkeit zu formulieren. Das Verfahren hat hinsichtlich der Lose 4-7 eindeutig ergeben, dass die Antragsgegner, ausgehend von der Verwendung von Stents in den letzten drei Jahren ihren zukünftigen Bedarf an häufig verwendeten Stents zweier bestimmter Gruppen ermittelt und definiert haben. Das Verfahren hat auch ergeben, dass die Antragsgegner sich dabei gründlich mit der Frage der Anzahl der für die Belieferung in Frage kommenden Unternehmen eingehend beschäftigt haben, sodass der Vorwurf der Antragstellerin, es sollen für einzelne Lose bestimmte Lieferanten bevorzugt werden, nicht erwiesen ist. Wenn nun die Antragsgegner zum Ergebnis gekommen sind, dass sie in den Losen 4-7 polymerbeschichtete Stents in größerer Anzahl benötigen, wobei diese Stents bei Raumtemperatur gelagert werden können und eine bestimmte Mindesthaltbarkeit aufweisen müssen, kann dies nicht als unsachlich erkannt werden. Auch diesen Umstand haben die Auftraggeber bereits eingangs ihres Leistungsverzeichnisses verwiesen und definiert, dass in den Losen 4-7 Stents mit Limusbeschichtung, deren Oberfläche mit immunsupräsiven und/oder antiproliferativ wirkenden Medikamenten beschichtet sind, beschafft werden sollen. Gleichzeitig haben die Auftraggeber darauf verwiesen, dass DES mit anderen als Limus-Beschichtungen und weitere spezielle Stents, die von der gegenständlichen Ausschreibung nicht erfasst sind, im Bedarfsfall in gesonderten Vergabeverfahren, beschafft werden. Damit steht fest – wie dies auch das Nachprüfungsverfahren eindeutig erheben hat – dass die Beschaffung von Stents, die mit dem gegenständlichen Beschaffungsvorgang nicht erfasst werden, bei entsprechender medizinischer Indikation über ärztliches Verlangen jederzeit und uneingeschränkt möglich ist. Selbst wenn der von der Antragstellerin bevorzugte DES wie von ihr behauptet „eine sehr sinnvolle Alternative für die Behandlung der Patienten" darstellt ist dieser

Umstand nicht geeignet die Antragsgegner dazu zu verhalten, diesen von ihnen als „Nischenprodukt" bezeichneten Stent bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen zu berücksichtigen. Tatsache ist, dass die Antragsgegner kein Los für polymerfreie DES vorgesehen haben, weil sie für die derartigen Stents derzeit keinen größeren Bedarf haben. Diese Festlegung ist von den Antragsgegner nicht willkürlich getroffen worden, insbesondere nicht – wie das Nachprüfungsverfahren ergeben hat – um die Antragstellerin mit ihrem DES vom Beschaffungsvorgang auszuschließen, sodass kein Anlass besteht, im Wege des gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die Antragsgegner dazu zu verhalten ihre Ausschreibungsunterlagen entsprechend den Wünschen der Antragstellerin zu erweitern.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 26.7.2010 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 26.7.2010 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

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

Ausschreibung; Berichtigungen mit neuer Angebotsfrist berechtigen nicht zur Anfechtung von nicht berichtigten Teilen der Ausschreibung; Diese sind „bestandfest" geworden; Angefochten können die Berichtigungen nur als „sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist" und allenfalls das neue Angebotsende; AG bestimmt Inhalt und Umfang der ausgeschriebenen Leistungen:

Zuletzt aktualisiert am

16.09.2010

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