

TE Verg Bescheid 2010/8/12 VKS-8443/10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.08.2010

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 und 20 litd

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §95 Abs3

BVergG 2006 §96

BVergG 2006 §98

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 § 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 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 95 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 96 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 98 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 98 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden Sen. Präs. des OLG Wien i.R. Mag. *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** Ges.m.b.H., ***, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte 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 15-19, 1100 Wien, beide vertreten durch Dr. Nora Kluger, Rechtsanwältin in Wien, nach mündlicher Verhandlung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die gesamte Ausschreibungsunterlage der Antragsgegnerin für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
1. 2.Ziffer 2
Der Antrag, die Festlegung zu Punkt 12 der Ausschreibungsunterlagen für nichtig zu erklären, sowie die neu festgesetzte Angebotsfrist wegen Unangemessenheit für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
1. 3.Ziffer 3
Die einstweilige Verfügung vom 27.7.2010 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 4.Ziffer 4
Die Antragstellerin hat die von ihre 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 und 20 lit. d, 3 Abs. 1 Z 2, 5, 12 Abs. 1 Z 2, 19 Abs. 1, 95 Abs. 3, 96, 98 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins 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 und 20 Litera d,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 5, 12, Absatz eins, Ziffer 2, 19, Absatz eins, 95, Absatz 3, 96, 98, 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 die 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 und sind im Leistungsverzeichnis näher definiert. 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 zuletzt mit 30.7.2010, 10.00 Uhr, festgesetzt.

Vorauszuschicken ist, dass die gegenständliche Ausschreibung von der Antragstellerin bereits mit Nachprüfungsantrag vom 12.5.2010 angefochten worden ist. Das Nachprüfungsverfahren wurde zu VKS-5746/10 protokolliert. Als wesentliche Gründe für die Anfechtung hat die Antragstellerin damals eine Intransparenz der Zuschlagskriterien geltend gemacht, weil nicht zu erwarten sei, dass objektiv nachvollzogen werden könne, wie die Antragsgegner zu ihrer Zuschlagsentscheidung gekommen seien. Anhand der im Pkt. 12 der besonderen Angebotsbestimmungen getroffenen Festlegungen sei keine nachvollziehbare Bestbieterermittlung möglich. Im Bereich "Expertenbeurteilung" erfolge die Bewertung durch eine aus an Wiener Kliniken interventionell tätigen Kardiologen bestehende Expertenkommission nach den Kriterien "Crossing Profile, Radial Strenght, Crossability, Trackability und Strut-Dicke". Es sei nicht ersichtlich, unter welchen Voraussetzungen bei diesen Kriterien von den Experten die höchste Punkteanzahl vergeben werde, bzw. welcher Stent jeweils "einen Punkt" erhalte. Insbesondere bleibe auch nach der Fragebeantwortung der Antragsgegnerin vom 11.5.2010 unklar, wann die Auftraggeberin bei den Kriterien "Radial Strenght, Crossability und Trackability" davon ausgehe, dass ein Stent im Verhältnis zum Vergleichsstent "bessere Werte" erziele. Insbesondere ermöglichen die Kriterien "lässt sich leicht durch eine Engstelle hindurchführen" (Crossability), "lässt sich leicht durch ein Blutgefäß entlang schieben" (Trackability), keine nachvollziehbare Ermittlung des Bestbieters. Obwohl die Antragstellerin die Antragsgegner in ihrem Schreiben 11.5.2010 darauf aufmerksam gemacht habe, dass aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich wäre, unter welchen Voraussetzungen die höchste Punkteanzahl vergeben werde, und daher um nähere Angaben zu den einzelnen Subkriterien ersucht hat, sei diesem Ersuchen nicht entsprochen worden. Aufgrund der unbestimmten Festlegungen in der Ausschreibung zur Bestbieterermittlung wäre es daher nicht möglich, die Auftraggeberentscheidung zu überprüfen. Da eine nachvollziehbare Bestimmung des Bestbieters nicht möglich sei, wäre die Ausschreibung für nichtig zu erklären. Von der Antragstellerin wurden auch die Mindestkriterien in den Ausschreibungsunterlagen als nicht eindeutig definiert bekämpft. So hat die Antragstellerin in ihrem ersten Nachprüfungsantrag die als Mindestanforderung für alle ausgeschriebenen Lose festgelegten Angaben, wonach nur Stents berücksichtigt werden, für die zumindest eine randomisierte klinische Studie (RCT) mit mindestens 100 Patienten sowie Registerdaten (mindestens 100 Patienten in einer Studie) mit positivem oder "non-Inferiority" Ergebnis hinsichtlich des "Test-Stents" vorliegen als nicht eindeutig bezeichnet, da es sich bei den ausgeschriebenen Stents auch um Produkte handle, die neu am Markt wären und für die entsprechende Studien nicht zur Verfügung stünden. Die branchenübliche Möglichkeit die Studien zum "Vorgängerprodukt" zum Nachweis beizulegen, seien von der Antragstellerin aufgezeigt worden, jedoch von der Auftraggeberin mit der Fragebeantwortung vom 11.5.2010 nur unzulänglich aufgeklärt worden. Die in der Fragebeantwortung enthaltenen Angaben, wonach Studien von "Vorgängermodellen" berücksichtigt werden, sofern sie sich in keinem medizinisch relevanten Punkt von den angebotenen Produkten unterscheiden und dies seitens des Bieters nachgewiesen werde, hätten die bestehenden Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen nicht beseitigen können, da für die Bieter nach wie vor nicht erkennbar sei, wann sich ein Produkt in "keinem medizinisch relevantem Punkt" vom Vorgängermodell unterscheidet. Die festgelegten Mindestkriterien seien daher nicht eindeutig und würden den Vorgaben des BvergG 2006 widersprechen. In diesem (ersten Nachprüfungsverfahren) hat der Senat mit Bescheid vom 1.7.2010 den Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibungsunterlage abgewiesen, hingegen dem Eventualantrag auf teilweise Nichtigerklärung einzelner Bestimmungen der Ausschreibung gemäß § 26 Abs. 2 WVRG 2007 insoweit statt gegeben, als die auf Seite 25 von 40 der Ausschreibungsunterlagen angeführten Festlegungen zu den Kriterien "Radial Strenght, Corssability und Trackability" als nichtig gestrichen wurden. Soweit eine Undeutlichkeit der Mindestkriterien geltend gemacht wurde, ist dem Antrag auf Nichtigerklärung nicht Folge gegeben worden. Dieser Bescheid ist beiden Parteien zugegangen, weshalb auf dessen Inhalt - um Wiederholungen zu vermeiden - verwiesen werden kann. Vorauszuschicken ist, dass die gegenständliche Ausschreibung von der Antragstellerin bereits mit Nachprüfungsantrag vom 12.5.2010 angefochten worden ist. Das Nachprüfungsverfahren wurde zu VKS-5746/10 protokolliert. Als wesentliche Gründe für die Anfechtung hat die Antragstellerin damals eine Intransparenz der Zuschlagskriterien geltend gemacht, weil nicht zu erwarten sei, dass objektiv nachvollzogen werden könne, wie die Antragsgegner zu ihrer Zuschlagsentscheidung gekommen seien. Anhand der im Pkt. 12 der besonderen Angebotsbestimmungen getroffenen Festlegungen sei keine nachvollziehbare Bestbieterermittlung möglich. Im Bereich "Expertenbeurteilung" erfolge die Bewertung durch eine aus an Wiener Kliniken interventionell tätigen Kardiologen bestehende Expertenkommission nach den Kriterien

"Crossing Profile, Radial Strenght, Crossability, Trackability und Strut-Dicke". Es sei nicht ersichtlich, unter welchen Voraussetzungen bei diesen Kriterien von den Experten die höchste Punkteanzahl vergeben werde, bzw. welcher Stent jeweils "einen Punkt" erhalte. Insbesondere bleibe auch nach der Fragebeantwortung der Antragsgegnerin vom 11.5.2010 unklar, wann die Auftraggeberin bei den Kriterien "Radial Strenght, Crossability und Trackability" davon ausgehe, dass ein Stent im Verhältnis zum Vergleichsstent "bessere Werte" erziele. Insbesondere ermöglichen die Kriterien "lässt sich leicht durch eine Engstelle hindurchführen" (Crossability), "lässt sich leicht durch ein Blutgefäß entlang schieben" (Trackability), keine nachvollziehbare Ermittlung des Bestbieters. Obwohl die Antragstellerin die Antragsgegner in ihrem Schreiben 11.5.2010 darauf aufmerksam gemacht habe, dass aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich wäre, unter welchen Voraussetzungen die höchste Punkteanzahl vergeben werde, und daher um nähere Angaben zu den einzelnen Subkriterien ersucht hat, sei diesem Ersuchen nicht entsprochen worden. Aufgrund der unbestimmten Festlegungen in der Ausschreibung zur Bestbieterermittlung wäre es daher nicht möglich, die Auftraggeberentscheidung zu überprüfen. Da eine nachvollziehbare Bestimmung des Bestbieters nicht möglich sei, wäre die Ausschreibung für nichtig zu erklären. Von der Antragstellerin wurden auch die Mindestkriterien in den Ausschreibungsunterlagen als nicht eindeutig definiert bekämpft. So hat die Antragstellerin in ihrem ersten Nachprüfungsantrag die als Mindestanforderung für alle ausgeschriebenen Lose festgelegten Angaben, wonach nur Stents berücksichtigt werden, für die zumindest eine randomisierte klinische Studie (RCT) mit mindestens 100 Patienten sowie Registerdaten (mindestens 100 Patienten in einer Studie) mit positivem oder "non-Inferiority" Ergebnis hinsichtlich des "Test-Stents" vorliegen als nicht eindeutig bezeichnet, da es sich bei den ausgeschriebenen Stents auch um Produkte handle, die neu am Markt wären und für die entsprechende Studien nicht zur Verfügung stünden. Die branchenübliche Möglichkeit die Studien zum "Vorgängerprodukt" zum Nachweis beizulegen, seien von der Antragstellerin aufgezeigt worden, jedoch von der Auftraggeberin mit der Fragebeantwortung vom 11.5.2010 nur unzulänglich aufgeklärt worden. Die in der Fragebeantwortung enthaltenen Angaben, wonach Studien von "Vorgängermodellen" berücksichtigt werden, sofern sie sich in keinem medizinisch relevanten Punkt von den angebotenen Produkten unterscheiden und dies seitens des Bieters nachgewiesen werde, hätten die bestehenden Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen nicht beseitigen können, da für die Bieter nach wie vor nicht erkennbar sei, wann sich ein Produkt in "keinem medizinisch relevantem Punkt" vom Vorgängermodell unterscheidet. Die festgelegten Mindestkriterien seien daher nicht eindeutig und würden den Vorgaben des BvergG 2006 widersprechen. In diesem (ersten Nachprüfungsverfahren) hat der Senat mit Bescheid vom 1.7.2010 den Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibungsunterlage abgewiesen, hingegen dem Eventualantrag auf teilweise Nichtigerklärung einzelner Bestimmungen der Ausschreibung gemäß Paragraph 26, Absatz 2, WVRG 2007 insoweit statt gegeben, als die auf Seite 25 von 40 der Ausschreibungsunterlagen angeführten Festlegungen zu den Kriterien "Radial Strenght, Corssability und Trackability" als nichtig gestrichen wurden. Soweit eine Undeutlichkeit der Mindestkriterien geltend gemacht wurde, ist dem Antrag auf Nichtigerklärung nicht Folge gegeben worden. Dieser Bescheid ist beiden Parteien zugegangen, weshalb auf dessen Inhalt - um Wiederholungen zu vermeiden - verwiesen werden kann.

Aufgrund der Ergebnisse dieses Verfahren haben die Antragsgegner am 16.7.2010 mit ihrer 4. Berichtigung diesem Verfahrensergebnis Rechnung getragen und vor allem in Pkt. 12 der besonderen Angebotsbestimmungen (Zuschlagskriterien) die Festlegungen zu den Kriterien "Radial Strenght, Crossability und Trackability" gestrichen und die zu vergebenden Punkte im Abschnitt Expertenbeurteilung im Hinblick auf den Wegfall dieser drei Kriterien auf die verbliebenen zwei Kriterien neu aufgeteilt. Gleichzeitig wurde die Angebotsfrist bis 30.7.2010, 10.00 Uhr verlängert. Die Bekanntmachung der Berichtigung ist EU-weit ordnungsgemäß vorgenommen und die berichtigte Version der Ausschreibungsunterlage auf der Homepage der Erstantragsgegnerin zur Verfügung gestellt worden.

Mit dem am 22.7.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin neuerlich die gesamte Ausschreibungsunterlage für nichtig zu erklären, in eventu nicht näher bezeichnete Ausschreibungspassagen als rechtswidrig zu streichen, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Mit dem am 22.7.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin neuerlich die gesamte Ausschreibungsunterlage für nichtig zu erklären, in eventu nicht näher bezeichnete Ausschreibungspassagen als rechtswidrig zu streichen, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz.

Im Wesentlichen führt die Antragstellerin neuerlich aus, die Zuschlagskriterien wären intransparent und würden damit

eine nachträgliche Kontrolle durch Nachprüfungsbehörden unmöglich machen. Die vorliegende Ausschreibung verstoße weiterhin gegen die Grundsätze der Transparenz, da anhand der in Pkt. 12 der besonderen Angebotsbestimmungen getroffenen Festlegungen keine nachvollziehbare Bestbieterermittlung möglich sei. Im Bereich "Qualität, Data" erfolge die Bewertung durch eine aus zehn Wiener klinisch interventionell tätigen Kardiologen bestehende Expertenkommission nach den Kriterien unter dem Pkt. "study results". Es sei nach wie vor nicht ersichtlich, unter welchen Voraussetzungen bei diesen Kriterien in der Expertenbeurteilung die höchste Punktzahl gegeben werde, bzw. welcher Stent jeweils die höchste Punktzahl erhalten könne. Die mit der maximalen Bepunktung jeweils vorgesehenen Kriterien (Mortalitätsdaten günstiger als bei Vergleichsprodukt der RCT, Myokardinfarktrate günstiger als bei Vergleichsprodukt RCT) würden keinen Rückschluss darüber erlauben, welcher angebotene Stent nun nach welchen objektiven Gesichtspunkten jener sei, der mit der Höchstpunktzahl zu bewerten ist. Die Mangelhaftigkeit dieser Festlegung ergebe sich insbesondere daraus, dass der Stent mit einer jeweils vom Bieter vorzulegenden Studie verglichen werde und eine objektive Ermittlung des "besten" Stents dadurch verhindert werde. Ungeachtet dessen könne von einem Bieter die jeweils am Markt vorhandene für den Vergleich günstigste Studie beigelegt werden, obwohl am Markt möglicherweise eine größere Anzahl an ungünstigen Studien existiere.

Weiters macht die Antragstellerin geltend, die Zuschlagskriterien wären unsachlich, weil eine Studie mit weniger als 200 Patienten bei der Bewertung 0 Punkte erhalte, während als Mindestkriterium die Vorlage einer Studie mit 100 Patienten gefordert werde. Die Festlegung sei daher unsachlich. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, die (neu) festgesetzte Angebotsfrist mit 14 Tagen sei zu kurz, eine EUweite Bekanntmachung sei nicht erfolgt. Da die Berichtigung der Ausschreibung einen wesentlichen Kern der Ausschreibung, nämlich die Zuschlagskriterien im Pkt. 12 abändere, wäre eine längere Angebotsfrist festzusetzen gewesen.

Die Antragstellerin macht auch eine Undeutlichkeit der Mindestkriterien geltend und bezieht sich dabei auf das Vorverfahren. Zusammenfassend hält sie fest, "dass die mit dem Nachprüfungsantrag vom 12.5.2010 geltend gemachten und in der Verhandlung vor dem Vergabekontrollsenat Wien am 1.7.2010 erörterten Verstöße gegen das BvergG mit der Berichtigung insgesamt nicht behoben wurden. Das Ergebnis der Verhandlung vom 1.7.2010 war, dass das Anbieten von Stents, die "neu" am Markt sind und hinsichtlich der eine Studie im - als KO-Kriterium festgelegten - Umfang nicht vorliegt, unter Berücksichtigung der zum Vorgängermodell erhobenen Studien von der Auftraggeberin zugelassen werden und eine entsprechende Klarstellung in der Berichtigung der Ausschreibungsunterlage getroffen wird. Eine entsprechende Klarstellung, die es der Antragstellerin ermöglicht ein Produkt, das dem Stand der Technik entspricht, anzubieten, ist in der Berichtigung nicht erfolgt".

Durch die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen erachtet sich die Antragstellerin weiterhin in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Verfahrens verletzt. Insbesondere fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf rechtskonforme Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen, auf Übermittlung rechtskonformer Ausschreibungsunterlagen, auf Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote, auf Gleichbehandlung der Bieter (insbesondere unter Wahrung der Transparenz) und Einhaltung eines fairen Wettbewerbes sowie auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens verletzt.

Die Antragstellerin habe als geeignetes Unternehmen Interesse, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Sollte das Vergabeverfahren aufgrund der rechtswidrigen Ausschreibung fortgeführt werden, würde ihr die Möglichkeit auf eine erfolgreiche Beteiligung, somit auch die Möglichkeit auf Zuschlagserteilung und Erzielung eines angemessenen Gewinnes, genommen werden. Dazu käme noch der Verlust der Aufwendungen für die Vorbereitung der Angebotslegung sowie der Verlust eines Referenzprojektes.

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

Mit Bescheid vom 27.7.2010 hat der Vergabekontrollsenat die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen 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 ausgeführt, dass sie mit der 4. Berichtigung vom 16.7.2010 aufgrund der Ergebnisse des Verfahrens VKS-5746/10 die Ausschreibungsunterlagen entsprechend geändert hätten. So seien die Festlegungen zu

den Kriterien "Radial Strenght, Crossability und Trackability" gestrichen und die für diese drei Kriterien vorgesehenen drei Punkte auf die verbliebenen zwei Kriterien aufgeteilt worden. Der nunmehr vorliegende Nichtigerklärungsantrag der Antragstellerin wende sich gegen Punkte der Ausschreibung, die bereits in der ursprünglichen Version der Ausschreibung völlig inhaltsgleich vorhanden gewesen seien. Die ursprüngliche Angebotsfrist habe mit 20.5.2010, 13.00 Uhr geendet, die Anfechtungsfrist sei sohin mit 12.5.2010 (der 13.5.2010 fiel auf einen Feiertag) abgelaufen. Mit diesem Zeitpunkt war die Ausschreibung, soweit nicht in einem Nachprüfungsantrag Teile angefochten worden waren, bestandfest geworden. Darunter fielen auch die nunmehr von der Antragstellerin neu angefochtenen Festlegungen. Da diese Punkte von der Berichtigung nicht betroffen seien, hätte die Antragstellerin die nunmehr angefochtenen Festlegungen bereits innerhalb der "ersten" Anfechtungsfrist bekämpfen müssen. Da sämtliche im gegenständlichen Verfahren von der Antragstellerin angezogenen Argumente sich auf jene Teile der Ausschreibung, welche am 12.5.2010 bestandfest geworden sei bzw. bereits im Verfahren VKS- 5746/10 geltend gemacht worden sind, bezögen, wären die gegenständlichen Anträge wegen Verfristung abzuweisen.

Zu den vermeintlichen Rechtswidrigkeiten bringen die Antragsgegner vor, dass die von der Antragstellerin nunmehr relevanten Punkte im Bereich der Leistungsbeschreibung (Seite 8 von 40 der Ausschreibung) sowie des Punktes "Data" (Seite 24 von 40 der Ausschreibung) von ihr im ersten Verfahren mit keinem Wort erwähnt worden seien und daher auch im ersten Nachprüfungsverfahren nicht geprüft worden seien. Auch die unter dem Punkt "study results" geltend gemachte vermeintliche Rechtswidrigkeit der Kriterien sei im Vorverfahren mangels Anfechtung nicht geprüft worden. Im Übrigen entspreche es seit Jahrzehnten der gängigen Praxis im medizinischen Anwendungsbereich, dass Anwender auf Studienergebnisse zurückgreifen in denen auch häufig vergleichend eine Bewertung vorgenommen werde. Diese Vergleichsstudien seien für den behandelnden Arzt relevant und aussagekräftig und hätten sich daher in der jahrzehntelang existierenden medizinischen Praxis etabliert. In der Ausschreibung sei klar festgelegt, unter welchen Voraussetzungen anhand dieser Studien die Punktevergabe erfolgt. Die Antragstellerin wende sich erstmalig gegen die Festlegungen zur Bepunktung von Studien. Diese Festlegung sei nicht unsachlich da ohnehin nur jene Bieter die Mindestanforderungen erfüllen, und damit zulässige Angebote legen können, die RCT-Studien mit mindestens 100 Patienten bzw. Registerdaten mit zumindest 100 Patienten vorlegen können. Die niedrigste Bewertungsgruppe beteiligungsfähiger Bieter seien jene mit Studien von 100 bis 199 Patienten. In dieser Gruppe werde einheitlich kein Qualitätspunkt vergeben, ab einer Patientenzahl von 200 bis 500 erfolge die Vergabe von Qualitätspunkten. Mit diesem Bewertungssystem würden alle Bieter gleich behandelt, sodass keine Diskriminierung statt findet. Es sei daher sachlich nicht zu beanstanden, all jenen Bietern, die wohl die Mindestanforderungen erfüllen, erst ab einem Quantum von 200 Patienten je Studie weitere Qualitätspunkte zu zugestehen.

Unrichtig sei das Vorbringen, die Berichtigung der Ausschreibung sei nicht ordnungsgemäß kund gemacht worden. Die Informationen zu Berichtigungsgründen stünden auch seit 16.7.2010 den Bietern auf der Homepage der Erstauftraggeberin zur Verfügung. Wenn die Antragstellerin geltend macht, die neu festgelegte Angebotsfrist sei zu kurz bemessen, sei darauf zu verweisen, dass durch die vorgenommene Berichtigung es bei der Angebotsstellung zu keinerlei zusätzlichen Aufwand für die Bieter komme. Weder hinsichtlich beizuschaffender Unterlagen noch hinsichtlich der Kalkulation könne von geänderten Umständen ausgegangen werden. Die Streichungen seien für die Erstellung des Angebotes aufwandneutral. Jedenfalls sei die eingeräumte 14-tägige Frist angemessen und ausreichend.

Soweit die Antragstellerin neuerlich vermeintlich unklare Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen releviert, sei auf das Verfahren VKS-5746/10 zu verweisen. Als Ergebnis dieses Verfahrens habe der Vergabekontrollsenat Wien erkannt, dass kein Anlass zu einer diesbezüglichen Nichtigerklärung gegeben sei. Die Behauptung, die Nachprüfungsbehörde hätte den Antragsgegnern eine "entsprechende Klarstellung in der Berichtigung der Ausschreibungsunterlage" aufgetragen, sei unrichtig.

Dieses Schreiben wurde von der Antragstellerin mit Stellungnahme vom 11.8.2010 beantwortet und geltend gemacht, dass dem Protokoll über die mündliche Verhandlung sowie dem Bescheid vom 1.7.2010 zur GZ VKS-5746/10 klar zu entnehmen sei, "dass anhand der vergleichweisen Heranziehung von Studienergebnissen keine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung im Sinne des BVerG 2006 getroffen werden kann und daher die Ausschreibung hinsichtlich dieser Festlegungen als vergaberechtswidrig einzustufen ist. Diese Vergabewidrigkeit wurde von der Auftraggeberin nicht saniert". Dass die im ersten Nachprüfungsverfahren nicht angefochtenen Festlegungen der Ausschreibung, die auch in der Folgezeit nicht berichtigt worden sind, "bestandfest" geworden wären und daher nicht mehr angefochten werden könnten, wird von der Antragstellerin mit ausführlicher Darlegung ihres Standpunktes

bestritten. Weiterhin hält die Antragstellerin die Verlängerung der Angebotsfrist für unangemessen, weil die Änderungen der Zuschlagskriterien "jedenfalls Auswirkungen auf die von den Bietern zu legenden Angebote" habe. Die angebotenen Produkte "würden ja gerade unter Berücksichtigung der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien ausgewählt". Zusammenfassend hält die Antragstellerin fest, "dass die Bestandskraft der Ausschreibungsunterlagen bis zum jetzigen Zeitpunkt mangels anfechtungsfreien Ablaufs der Angebotsfrist bislang nicht eingetreten ist. Die Präklusion kann nicht dahingehend verstanden werden, die Rechtsschutzmöglichkeiten der Bieter einzuschränken. Auf Seite der Auftraggeberin ist kein schützenswertes Vertrauen auf den Bestand entstanden (Vertrauen auf die Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen durch alle Beteiligten). Selbst wenn von der Bestandskraft der Ausschreibungsunterlagen ausgegangen wird, stößt diese Wirkung jedoch dort an ihre Grenzen, sofern anhand der getroffenen Festlegungen keine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung, die in den Grundsätzen des § 19 BVergG 2006 entspricht, getroffen werden kann". Dieses Schreiben wurde von der Antragstellerin mit Stellungnahme vom 11.8.2010 beantwortet und geltend gemacht, dass dem Protokoll über die mündliche Verhandlung sowie dem Bescheid vom 1.7.2010 zur GZ VKS-5746/10 klar zu entnehmen sei, "dass anhand der vergleichsweisen Heranziehung von Studienergebnissen keine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung im Sinne des BVergG 2006 getroffen werden kann und daher die Ausschreibung hinsichtlich dieser Festlegungen als vergaberechtswidrig einzustufen ist. Diese Vergabewidrigkeit wurde von der Auftraggeberin nicht saniert". Dass die im ersten Nachprüfungsverfahren nicht angefochtenen Festlegungen der Ausschreibung, die auch in der Folgezeit nicht berichtigt worden sind, "bestandfest" geworden wären und daher nicht mehr angefochten werden könnten, wird von der Antragstellerin mit ausführlicher Darlegung ihres Standpunktes bestritten. Weiterhin hält die Antragstellerin die Verlängerung der Angebotsfrist für unangemessen, weil die Änderungen der Zuschlagskriterien "jedenfalls Auswirkungen auf die von den Bietern zu legenden Angebote" habe. Die angebotenen Produkte "würden ja gerade unter Berücksichtigung der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien ausgewählt". Zusammenfassend hält die Antragstellerin fest, "dass die Bestandskraft der Ausschreibungsunterlagen bis zum jetzigen Zeitpunkt mangels anfechtungsfreien Ablaufs der Angebotsfrist bislang nicht eingetreten ist. Die Präklusion kann nicht dahingehend verstanden werden, die Rechtsschutzmöglichkeiten der Bieter einzuschränken. Auf Seite der Auftraggeberin ist kein schützenswertes Vertrauen auf den Bestand entstanden (Vertrauen auf die Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen durch alle Beteiligten). Selbst wenn von der Bestandskraft der Ausschreibungsunterlagen ausgegangen wird, stößt diese Wirkung jedoch dort an ihre Grenzen, sofern anhand der getroffenen Festlegungen keine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung, die in den Grundsätzen des Paragraph 19, BVergG 2006 entspricht, getroffen werden kann".

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite samt Beilagen mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, sowie der Akten zu VKS-5746/10 und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 12.8.2010 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 zuletzt der 30.7.2010, 10.00 Uhr. 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 zuletzt der 30.7.2010, 10.00 Uhr.

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.

Aus der Leistungsbeschreibung (Seite 8 von 40):

"Anforderungen für alle Lose:

Datenlage

Es werden nur Stents berücksichtigt, für die zumindest eine randomisierte klinische Studie (RCT) mit mindestens 100 Patienten sowie Registerdaten (mindestens 100 Patienten in einer Studie) mit positivem oder "non-Inferiority" - Ergebnis hinsichtlich des "Test-Stents" vorliegen".

ZUSCHLAGSKRITERIEN (Pkt. 12, Seite 24 von 40)

Die Zuschlagskriterien lauten: 60 % Preis, 40 % Qualität Verglichen werden jeweils die Angebote über die einzelnen Lose.

zu Preis (max. 60 Preispunkte):

zu Qualität (max. 40 Qualitätspunkte):

Alle für die Beurteilung der angebotenen Produkte relevanten Unterlagen hat der Bieter seinem Angebot beizulegen. Es können nur solche Studien gewertet werden, bei denen eine Publikation als Originalarbeit in einem Peer-Reviewed-Journal (PRJ) erfolgt ist. Als PRJ im Sinne dieser Ausschreibung gelten ausschließlich solche, welche im ISI-Zitationsindex aufscheinen (ISI Journal Citation Reports, <http://isiknowledge.com/jcr>; es handelt sich hier um eine kostenpflichtige Datenbank, die aber beispielsweise an der Bibliothek der Medizinischen Universität Wien im Allgemeinen Krankenhaus kostenlos eingesehen werden kann). Der Qualitätsbeurteilung werden ausschließlich jene Unterlagen zugrunde gelegt, die der Bieter fristgerecht vorlegt.

Ein Qualitätsranking der angebotenen Produkte erfolgt im Bereich "Data" durch eine Auswertung der vorgelegten Studien durch den Auftraggeber. Im Bereich "Expertenbeurteilung" erfolgt die Bewertung durch eine - aus 10 Wiener klinisch interventionell tätigen Kardiologen bestehende - Expertenkommission. Es gilt das nachstehende Bewertungsschema.

Die Vergabe der Qualitätspunkte erfolgt gemäß nachstehenden Verteilungsregeln:

DATA (Gewichtung 60 %)

Ausgewertet werden Studienergebnisse, die - wie oben definiert - als Originalarbeit in einem Peer-Reviewed-Journal (PRJ) veröffentlicht wurden.

DATASET:

RCT: Maximal erreichbare Punkteanzahl: 2

(0) Studie mit weniger als 200 Patienten

(1) mindestens 1 RCT < 200 bis 499 Patienten

(2) mindestens 1 RCT < 500 Patienten

Long term data: Maximal erreichbare Punkteanzahl: 1

Den Langzeit-Daten (Nachbeobachtung < 3 Jahre) zugrunde liegende Studien müssen bei RCTs mind. 200 Patienten, bei Registerdaten mind. 500 Patienten umfassen.

(0) Keine Langzeit-Daten

(1) Langzeit-Daten publiziert

Registerdaten: Maximal erreichbare Punkteanzahl: 1

(0) Keine Registerdaten vorhanden bzw. Daten mit weniger als 500 Patienten in einer Studie

(1) Registerdaten vorhanden (mind. 500 Patienten in einer Studie)

STUDY RESULTS: (hier werden nur RCTs mit einer Mindestanzahl von 200 Patienten berücksichtigt)

Death: Maximal erreichbare Punkteanzahl: 2

(0) Keine Mortalitätsdaten vorhanden

(1) Mortalitätsdaten vorhanden

(2) Mortalitätsdaten günstiger als bei Vergleichsprodukt der RCT

MI: Maximal erreichbare Punkteanzahl: 2

(0) Keine Angabe zur Myokardinfarktrate vorhande

(1) Myokardinfarktrate vorhanden

(2) Myokardinfarktrate günstiger als bei Vergleichsprodukt der RCT

Klinisch induzierte TVR / TLR: Maximal erreichbare Punkteanzahl: 1

(0) Keine Angabe zur TVR /TLR vorhanden

(1) TVR / TLR günstiger als bei Vergleichsprodukt

LLL: Late lumen loss: Maximal erreichbare Punkteanzahl: 1

(0) LLL innerhalb von 6 bis 12 Monaten < 0.3 mm bei DES

(1) LLL innerhalb von 6 bis 12 Monaten < 0.3 mm bei DES

(0) LLL innerhalb von 6 bis 12 Monaten < 0.7 mm bei BMS

(1) LLL innerhalb von 6 bis 12 Monaten < 0.7 mm bei BMS

EXPERTENBEURTEILUNG (Gewichtung 40 %)

Der Expertenbeurteilung werden zugrunde gelegt:

1. a)Litera a
alle Prüfberichte, die der CE-Zertifizierung zugrunde gelegt wurden
2. b)Litera b
publizierte Studien wie oben definiert (nur solche Studienergebnisse werden berücksichtigt, bei welchen die Vergleichsprodukte den Anforderungen des jeweiligen Loses entsprechen, innerhalb dessen zu bewertende Stent angeboten wird)
3. c)Litera c
die Werte für crossing profile" müssen an Stents mit einem Durchmesser von 3 mm erhoben worden sein.

Nachdem während der Angebotsfrist mehrere Bieter, darunter auch die Antragstellerin, Anfragen zu einzelnen Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen an die Antragsgegner gerichtet haben, haben sie diese mit Schreiben vom 11.5.2010 beantwortet. Davon betrifft eine Frage und deren Beantwortung Festlegungen, die auch Gegenstand des nunmehrigen Nachprüfungsverfahrens sind. Sie wird wie folgt wiedergegeben:

"Frage:

Werden für die Prüfung bzw. Bewertung der angebotenen Produkte auch Studien berücksichtigt, die für das jeweilige "Vorgängermodell" erstellt wurden?

Antwort:

Es können grundsätzlich nur solche Studien berücksichtigt und der Prüfung bzw. Bewertung zugrunde gelegt werden, die unter Heranziehung der angebotenen Produkte erstellt wurden. Unter der Voraussetzung, dass für eine Studie ein "Vorgängermodell" herangezogen wurde, das sich in keinem medizinisch potentiell relevanten Punkt vom angebotenen Produkt unterscheidet, und dies seitens des Bieters nachgewiesen wird, so wird die entsprechende Studie in der Prüfung bzw. Bewertung berücksichtigt."

In der mündlichen Verhandlung zu VKS-5746/10 haben die Antragsgegner vorgebracht, es sei ihr Bemühen gewesen, im größtmöglichen Umfang eine subjektive Bewertung aller angebotenen Stents durch die Mitglieder der Bewertungskommission auszuschließen. Deshalb sei auf Studien abgestellt worden. Diese Studien betreffen vor allem die drei Kriterien "Radial Strength, Crossability und Trackability", und sind von den Bietern vorzulegen. Bezüglich dieser drei Kriterien werden in Studien regelmäßige Erhebungen durchgeführt. Wenn ein Bieter eine Studie vorlegt, in der nachgewiesen wird, dass sein Stent besser ist als der Vergleichsstent, der in der Studie genannt wird, dann erhält er Punkte. Der Vergleichsstent muss jedoch ebenfalls im betreffenden Los angeboten werden und alle Mindestkriterien dieses Loses erfüllen. Die Kommission prüft nun diese Studien, die von den Bietern vorgelegt werden, und wenn aus ihnen hervorgeht, dass der angebotene Stent des Bieters bessere Werte erzielt als ein anderer Stent eines anderen Bieters, der ebenfalls im gleichen Los angeboten hat, so erhält er einen Punkt (Protokoll Seite 2).

In der mündlichen Verhandlung vom 1.7.2010 im Verfahren VKS - 5746/10 habe die Antragsgegnerin weiters vorgebracht, wenn Änderungen bei einem Produkt stattgefunden haben, wird von der Kommission beurteilt, ob diese Änderungen so massiv sind, dass ein neues Produkt vorhanden ist. Dabei wird sich die Kommission am Standard der amerikanisch-medizinischen Zulassungsbehörde orientieren. Dabei wird beurteilt, ob das Datenmaterial, das am Vorgängerprodukt erhoben wurde, beim fortentwickelten Produkt weiter verwendet werden kann. Die Frage der Übernahme der bisher gewonnenen Daten auf das neue Produkt ist letztlich eine Frage, die von der Expertenkommission jeweils im Einzelfall geklärt werden muss. Dabei wendet die Fachkommission, wenn ein fortentwickeltes Produkt angeboten wird, alle zur Verfügung stehenden, auch internationalen Erfahrungswerte an und bewertet selbst, ob es sich um ein Nachfolgeprodukt, das dem früheren Produkt entspricht, handelt oder nicht. Die Gleichwertigkeit zwischen einem Nachfolgeprodukt und einem bisher verwendeten Produkt wird jedenfalls von der Bewertungskommission unter Berücksichtigung aller verfügbaren Daten beurteilt (Protokoll zu VKS-5746/10 Seite 8f).

Auch im gegenständlichen Verfahren haben die Antragsgegner zur Frage der Beurteilung der Gleichwertigkeit eines Nachfolgeprodukts zum bisher verwendeten Produkt ausgeführt, dass dann, wenn sich beim Aufbau eines Stents hinsichtlich der Plattform und des Handlings nichts Wesentliches geändert hat und die neue Studie auch das Handling untersucht, von der Kommission diese neue Studie zur Prüfung der Gleichwertigkeit herangezogen werden wird. In der Studie müsse jedoch nachgewiesen werden, dass an den relevanten Umständen für den Einsatz des Stents keine wesentlichen Änderungen eingetreten sind. Die durchgeführten Änderungen müssten mit dem Endergebnis der Studie in Zusammenhang gebracht werden können. Eine Vorwegdefinition, nach welchen Kriterien die Vergleichsstudien bewertet werden, könne nicht festgelegt werden, da vorweg nicht bekannt ist, was die neue Studie eigentlich untersucht (Seite 4 des Protokolls). Wenn das fortentwickelte Produkt als gleichwertig zum Vorprodukt gewertet werden könne, so würden die Daten, die für das Vorgängermodell vorhanden sind, bei diesem Vergleich verwendet werden (Protokoll Seite 6). Jedenfalls werde die Expertenkommission darüber zu entscheiden haben, ob es sich bei einem fortentwickelten Stent um einen dem Vorgängermodell gleichwertigen Stent handelt. Nur dann werde man die Daten des Vorgängerstents diesbezüglich auf den Nachfolgestent anwenden können (Seite 6 des Protokolls).

Im Verfahren VKS - 5746/10 hat die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen als rechtswidrig mit den Vorbringen bekämpft, die Mindestkriterien seien diskriminierend, weil im Los sieben neue Produkte erfasst würden und kein Bieter die geforderten Studien vorlegen könne und nicht eindeutig formuliert sei, wann Studien über Vorgängermodelle akzeptiert würden. Weiters hat die Antragstellerin im Bereich Expertenbeurteilung geltend gemacht, es sei nicht ersichtlich unter welchen Voraussetzungen bei den Kriterien " Radial Strength, Crossability und Trackability" die höchste Punktzahl vergeben würde. Schließlich hat sie vorgebracht, das Angebot sei unkalkulierbar

im Hinblick auf das Zahlungsziel von 60 Tagen sowie wegen der vorbehaltenen Anpassungsmöglichkeiten der Liefer- und Bestellmodalitäten im Konsignationslagervertrag. Diese beiden letzteren Anfechtungspunkte wurden im Vorverfahren in der Verhandlung vom 1.7.2010 zurückgezogen. Hinsichtlich der Anfechtungen betreffend die Festlegungen zu den Kriterien "Radial Strength, Crossability und Trackability" hat der Senat diese als nichtig erkannt und deren Streichung verfügt. Weiters hat der Senat in seinem Bescheid vom 1.7.2010 zu den Anfechtungspunkten erkannt, dass der Antrag der Antragstellerin die gesamte Ausschreibungsunterlage der Antragsgegner für nichtig zu erklären, abgewiesen wird und soweit von der Antragstellerin "eine Undeutlichkeit der Mindestkriterien geltend gemacht wird, ihrem Antrag auf Nichtigerklärung nicht Folge gegeben wird" (Spruchpunkte 1 und 2 des Bescheides vom 1.7.2010 zu VKS - 5746/10). In der Begründung dieses Bescheides hat die Nachprüfungsbehörde zur geltend gemachten Undeutlichkeit der Mindestkriterien ausgeführt: "Diesbezüglich ist auf die Erklärung der Antragsgegner in ihrem Schreiben vom 11.5.2010 und die Ausführungen in der mündlichen Verhandlung zu verweisen, wonach die Antragsgegner bei der Bewertung der angebotenen Produkte auch bei weiter entwickelten Produkten bezüglich derer aktuelle Studien nicht vorliegen, die Verwendung früherer Studien betreffen das Vorgängerprodukt zugrunde legen werden. Es werde dabei die Frage, ob dieses Datenmaterial des Vorgängerproduktes beim fortentwickelten Produkt weiter verwendet werden kann, sehr eingehend geprüft werden, dabei handle es sich jedoch um eine Frage, die von der Expertenkommission jeweils im Einzelfall geklärt werden müsse. Dies sei ein international übliches Vorgehen, wobei die Fachkommission "wenn ein neues Produkt angeboten werden sollte, auf internationale Erfahrungen zurückgreife und selbst bewerte, ob es sich um ein Nachfolgeprodukt, das den früheren Daten entspricht, handelt oder nicht" (Protokoll Seite 10). Im Übrigen haben die Antragsgegner zu dieser Frage zutreffend darauf verwiesen, dass nur solche Produkte angeboten werden dürfen, die eine entsprechende CE-Zertifizierung aufweisen. Abschließend hat der Senat im zitierten Bescheid festgehalten, dass nach Aufhebung der drei Unterkriterien beim Kriterium Qualität "die übrigen Festlegungen in der Ausschreibung durchaus vergleichbare Angebote erwarten lassen, weshalb der Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung abzuweisen" gewesen sei (Seite 30 f des mehrfach genannten Bescheides).

Die nunmehr von der Antragstellerin vorgebrachten Rechtswidrigkeiten im Bereich der Leistungsbeschreibung (Datenlage; Seite 8 von 40) sowie der Festlegungen zum Punkt "Data" des Punktes 12 der Zuschlagskriterien (Seite 24 von 40) sind von ihr im Vorverfahren VKS - 5746/10 nicht geltend gemacht worden. Insbesondere die von ihr geltend gemachten Rechtswidrigkeiten bezüglich des Punktes "Study Results" wurden von ihr im Vorverfahren nicht aufgegriffen. Dazu kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den im Vorverfahren ergangenen Bescheid vom 1.7.2010, VKS - 5746/10, verwiesen werden.

Dem Protokoll über die mündliche Verhandlung vom 1.7.2010 zur GZ VKS - 5746/10 ist lediglich zu entnehmen, dass auch Gegenstand der Erörterung war, inwiefern die beim Kriterium Qualität genannten Unterkriterien "Radial Strength, Crossability und Trackability" zu einer objektiven Bewertung geeignet sind. Nur in diesem Zusammenhang wurde die vergleichsweise Heranziehung von Studienergebnissen erörtert. Insbesondere ist - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin - dem Protokoll über diese Verhandlung nicht zu entnehmen, dass sich die Antragsgegner verpflichtet hätten hinsichtlich der Studienproblematik "eine entsprechende Klarstellung durch Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen" vorzunehmen (Protokoll vom 1.7.2010, VKS - 5746/10, das gleichfalls beiden Parteien vorliegt). Eine derartige Verpflichtung ist auch nicht der Ausfertigung des mündlich verkündeten Bescheides zu entnehmen.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der sorgfältig geführten Vergabeakten sowie die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 12.8.2010 und insbesondere auf den Inhalt des Voraktes VKS - 5746/10. Bei Gegenüberstellung des einleitenden Schriftsatzes zum Vorakt VKS - 5746/10 vom 12. Mai 2010 mit dem vorliegenden, einleitenden Schriftsatz im gegenständlichen Verfahren ergibt sich eindeutig, dass jene Anfechtungspunkte soweit sie die Intransparenz der Zuschlagskriterien und die Unsachlichkeit der Zuschlagskriterien betreffen, bereits Gegenstand des Vorverfahrens gewesen sind. Hingegen hat die Antragstellerin in ihrem gegenständlichen Antrag geltend gemacht, dass die Art und Weise der Auswertung von Studienergebnissen (Study-Results), wie es in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen sei, rechtswidrig wäre. Diesen Anfechtungspunkt hat die Antragstellerin erstmals im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren erhoben, obwohl diesbezüglich eine Berichtigung der Ausschreibungsbedingungen durch die Antragsgegner hier nicht erfolgt ist. Ebenso wurde von ihr im Vorverfahren die nunmehr bemängelte Festlegung zur Bepunktung von Studien im Vorverfahren nicht geltend

gemacht. Diese beiden Problemkreise wurden daher - worauf die Antragsgegner zutreffend verweisen - im Vorverfahren daher auch nicht einer Prüfung unterzogen. Soweit in den Feststellungen Zitate aus dem Bescheid des Vorverfahrens wiedergegeben werden, ist die jeweilige Fundstelle angeführt. Der Inhalt sowohl des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 1.7.2010 als auch der Bescheid, jeweils aus dem Verfahren VKS - 5746/10 wurden in der mündlichen Verhandlung vom 12. August 2010 verlesen (Protokoll Seite 7), im Übrigen liegen beide Dokumente den Parteien als Parteien des Vorverfahrens vor, weshalb auf deren Inhalt verwiesen werden kann (vgl. etwa Hengstschläger/Leeb, Kommentar zum AVG, Rz 15 zu § 60 und die dort zitierte höchstgerichtliche Judikatur). Das Vorbringen der Antragstellerin, das Ergebnis der Verhandlung im Vorverfahren vom 1.7.2010 sei gewesen, dass das Anbieten von Stents, die "neu" am Markt sind und hinsichtlich der eine Studie im - als KO Kriterium festgelegten - Umfang nicht vorliegt, unter Berücksichtigung der zum Vorgängermodell erhobenen Studien von der Auftraggeberin zugelassen werde und eine entsprechende Klarstellung in der Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen getroffen wird (Seite 15 des einleitenden Schriftsatzes), konnte in dieser Eindeutigkeit aus den Akten des Vorverfahrens nicht erschlossen werden. Zutreffend ist, dass sowohl im Vorverfahren als auch im gegenständlichen Verfahren die Antragsgegner erklärt haben, dass bei der Prüfung der Gleichwertigkeit dann, "wenn das fortentwickelte Produkt als gleichwertig gewertet werden kann zum Vorprodukt", die Daten die für das Vorgängermodell vorhanden sind, bei diesem Vergleich auch verwendet werden sollen (Protokoll Seite 5 f). Dass sich die Antragsgegner verpflichtet hätten, eine derartige Formulierung in die Ausschreibungsunterlagen in Form einer Berichtigung aufzunehmen, hat das Verfahren hingegen nicht erwiesen. Hingegen konnte aus dem Vorverfahren festgestellt werden, insbesondere auch aus dem Spruch des dieses Verfahren beendenden Bescheides vom 1.7.2010, dass dem Antrag der Antragstellerin auf Nichtigkeitsklärung nicht Folge gegeben wurde, soweit eine Undeutlichkeit der Mindestkriterien geltend gemacht wurde. Im Übrigen ist aus der Begründung des Bescheides im Vorverfahren klar ersichtlich, dass der Senat seinerzeit bereits die Ansicht vertreten hat, dass die Ausschreibungsunterlagen, nach Wegfall der drei Subkriterien beim Kriterium Qualität, durchaus geeignet sind, eine vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechende Zuschlagsentscheidung zu treffen. Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der sorgfältig geführten Vergabeakten sowie die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 12.8.2010 und insbesondere auf den Inhalt des Voraktes VKS - 5746/10. Bei Gegenüberstellung des einleitenden Schriftsatzes zum Vorakt VKS - 5746/10 vom 12. Mai 2010 mit dem vorliegenden, einleitenden Schriftsatz im gegenständlichen Verfahren ergibt sich eindeutig, dass jene Anfechtungspunkte soweit sie die Intransparenz der Zuschlagskriterien und die Unsachlichkeit der Zuschlagskriterien betreffen, bereits Gegenstand des Vorverfahrens gewesen sind. Hingegen hat die Antragstellerin in ihrem gegenständlichen Antrag geltend gemacht, dass die Art und Weise der Auswertung von Studienergebnissen (Study-Results), wie es in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen sei, rechtswidrig wäre. Diesen Anfechtungspunkt hat die Antragstellerin erstmals im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren erhoben, obwohl diesbezüglich eine Berichtigung der Ausschreibungsbedingungen durch die Antragsgegner hier nicht erfolgt ist. Ebenso wurde von ihr im Vorverfahren die nunmehr bemängelte Festlegung zur Bepunktung von Studien im Vorverfahren nicht geltend gemacht. Diese beiden Problemkreise wurden daher - worauf die Antragsgegner zutreffend verweisen - im Vorverfahren daher auch nicht einer Prüfung unterzogen. Soweit in den Feststellungen Zitate aus dem Bescheid des Vorverfahrens wiedergegeben werden, ist die jeweilige Fundstelle angeführt. Der Inhalt sowohl des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 1.7.2010 als auch der Bescheid, jeweils aus dem Verfahren VKS - 5746/10 wurden in der mündlichen Verhandlung vom 12. August 2010 verlesen (Protokoll Seite 7), im Übrigen liegen beide Dokumente den Parteien als Parteien des Vorverfahrens vor, weshalb auf deren Inhalt verwiesen werden kann vergleiche etwa Hengstschläger/Leeb, Kommentar zum AVG, Rz 15 zu Paragraph 60 und die dort zitierte höchstgerichtliche Judikatur). Das Vorbringen der Antragstellerin, das Ergebnis der Verhandlung im Vorverfahren vom 1.7.2010 sei gewesen, dass das Anbieten von Stents, die "neu" am Markt sind und hinsichtlich der eine Studie im - als KO Kriterium festgelegten - Umfang nicht vorliegt, unter Berücksichtigung der zum Vorgängermodell erhobenen Studien von der Auftraggeberin zugelassen werde und eine entsprechende Klarstellung in der Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen getroffen wird (Seite 15 des einleitenden Schriftsatzes), konnte in dieser Eindeutigkeit aus den Akten des Vorverfahrens nicht erschlossen werden. Zutreffend ist, dass sowohl im Vorverfahren als auch im gegenständlichen Verfahren die Antragsgegner erklärt haben, dass bei der Prüfung der Gleichwertigkeit dann, "wenn das fortentwickelte Produkt als gleichwertig gewertet werden kann zum Vorprodukt", die Daten die für das Vorgängermodell vorhanden sind, bei diesem Vergleich auch verwendet werden sollen (Protokoll Seite 5 f). Dass sich die Antragsgegner verpflichtet hätten, eine derartige Formulierung in die Ausschreibungsunterlagen in Form einer Berichtigung aufzunehmen, hat das

Verfahren hingegen nicht erwiesen. Hingegen konnte aus dem Vorverfahren festgestellt werden, insbesondere auch aus dem Spruch des dieses Verfahren beendenden Bescheides vom 1.7.2010, dass dem Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung nicht Folge gegeben wurde, soweit eine Undeutlichkeit der Mindestkriterien geltend gemacht wurde. Im Übrigen ist aus der Begründung des Bescheides im Vorverfahren klar ersichtlich, dass der Senat seinerzeit bereits die Ansicht vertreten hat, dass die Ausschreibungsunterlagen, nach Wegfall der drei Subkriterien beim Kriterium Qualität, durchaus geeignet sind, eine vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechende Zuschlagsentscheidung zu treffen.

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 entfallen 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 entfallen 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 Ende der Angebotsfrist zuletzt auf den 30.7.2010, 10.00 Uhr, gefallen ist, ist der am 29.7.2010 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 4 WVRG 2007. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des 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 Nichtigkeitsklage 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 Ende der Angebotsfrist zuletzt auf den 30.7.2010, 10.00 Uhr, gefallen ist, ist der am 29.7.2010 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigkeitsklage der Ausschreibung der Antragsgegnerin ist ebenso nicht berechtigt, wie der Eventualantrag, "die oben angeführten Ausschreibungspassagen als rechtswidrig zu streichen".

Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, insbesondere durch Vergleich des einleitenden Schriftsatzes im Vorverfahren mit dem einleitenden Schriftsatz im gegenständlichen Verfahren, dass der Antragsteller nunmehr einen Teil seiner Anfechtungsgründe aus dem Vorverfahren wiederholt, einen Teil von Anfechtungen neu und erstmalig erhebt, ohne dass diese auf den Inhalt insbesondere der vierten Berichtigung Bezug nehmen.

Aufgrund der Ergebnisse des Vorverfahrens zu VKS - 5746/10 haben die Antragsgegner am 16.7.2010 eine entsprechende Berichtigung (vierte Berichtigung) der Ausschreibungsunterlagen vorgenommen, insbesondere die für nichtig erklärten drei Subkriterien in den Ausschreibungsunterlagen gestrichen und die beim Kriterium Qualität vorgesehene Vergabe von Punkten neu geregelt. Gleichzeitig haben sie die Angebotsfrist bis 30.7.2010, 10.00 Uhr verlängert. Mit der Entscheidung im Vorverfahren wurde dem Begehren der Antragstellerin hinsichtlich der Nichtigkeit dreier Kriterien überwiegend Rechnung getragen. Ihrem gleichzeitig im Vorverfahren erhobenen Vorwurf, wann Studien über Vorgängermodelle akzeptiert würden sowie ihrem Vorwurf, es sei eine Undeutlichkeit der Mindestkriterien gegeben, die deren Nichtigkeitsklärung zur Folge haben müssten, wurde jedoch nicht stattgegeben. Wenn nunmehr die Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren geltend macht die Mindestkriterien seien undeutlich, ist sie auf diese Entscheidung des Senates zu verweisen.

Die nunmehr von ihr relevierten Punkte im Bereich der Leistungsbeschreibung (Seite 8 von 40) betreffend die Festlegung zu Anforderungen für alle Lose, wonach Stents nur berücksichtigt werden, für die zumindest eine randomisierte klinische Studie (RCT) mit mindest 100 Patienten sowie Registerdaten (mindestens 100 Patienten in einer Studie) mit positivem oder "non inferiority" - Ergebnis hinsichtlich des "Test Stents" vorliegen, wurden von ihr im ersten Nachprüfungsverfahren nicht geltend gemacht. Ebenso hat sie die Festlegungen zu Punkt 12 Zuschlagskriterien (Seite 24 von 40) soweit sie das Kapitel "Data (Gewichtung 60 %)" betreffen, im ersten Verfahren nicht als rechtswidrig bekämpft. Sowohl hinsichtlich der Anforderung für alle Lose (Datenlage) als auch hinsichtlich des Kapitels "Data (Gewichtung 60 %)" haben die Antragsgegner eine Änderung der Ausschreibungsbestimmungen nicht vorgenommen. Auch die in der Ausschreibung vorgesehene Auswertung von Studienergebnissen ("Study-Results") wurden von der Antragstellerin im ersten Anfechtungsantrag nicht bekämpft, eine Berichtigung dieser Festlegungen in der Ausschreibung ist seitens der Antragsgegner nicht erfolgt.

Die Antragsgegner waren aufgrund des Ergebnisses des Verfahrens VKS - 5746/10 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 dem Grunde nach nicht bestritten worden ist (das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass auch die Bekanntmachung der vierten Berichtigung ordnungsgemäß und europaweit erfolgt ist). Sie haben auch als Ergebnis dieser Berichtigung 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. Wenn die Antragstellerin im Zusammenhang geltend macht, die zuletzt festgelegte Angebotsfrist wäre nicht angemessen, kann dieser Standpunkt vom Senat nicht geteilt werden. Die Berichtigung hatte wesentlich dem Wegfall von drei Subkriterien und eine Neuverteilung der Bewertungs-Punkte zum Gegenstand. Diese Änderungen bedeuten für die Angebotserstellung keinerlei zusätzlichen Aufwand, da weder weitere Unterlagen beizuschaffen sind, noch hinsichtlich der Kalkulation von geänderten Umständen ausgegangen werden muss. Damit erweisen sich die Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen im Ergebnis für die Erstellung eines Angebotes als aufwandsneutral. Dass die Antragsgegner dennoch eine zweiwöchige Angebotsfrist eingeräumt haben, wird von ihnen durchaus nachvollziehbar damit erklärt, den Bietern die Möglichkeit der Bekämpfung der berichtigten Festlegungen zu geben. Der Senat hält daher eine unangemessen kurze Angebotsfrist durch die Verlängerung auf 30. Juli 2010 für nicht

gegeben. Die Antragsgegner waren aufgrund des Ergebnisses des Verfahrens VKS - 5746/10 genötigt, gemäß Paragraph 90, BVerfG 2006 ihre Ausschreibungsunterlagen zu berichtigen und gemäß Paragraph 57, Absatz 2, BVerfG 2006 die Angebotsfrist angemessen zu verlängern. Die Antragsgegner haben die Berichtigung ihrer Ausschreibung vergaberechtskonform vorgenommen, was auch von der Antragstellerin dem Grunde nach nicht bestritten worden ist (das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass auch die Bekanntmachung der vierten Berichtigung ordnungsgemäß und europaweit erfolgt ist). Sie haben auch als Ergebnis dieser Berichtigung gemäß Paragraph 57, Absatz 2, BVerfG 2006 die Angebotsfrist angemessen verlängert, sodass den von der Fristsetzung betroffenen Unternehmen ausreichend Zeit für die Vornahme der entsprechenden Handlungen verblieben ist. Wenn die Antragstellerin im Zusammenhang geltend macht, die zuletzt festgelegte Angebotsfrist wäre nicht angemessen, kann dieser Standpunkt vom Senat nicht geteilt werden. Die Berichtigung hatte wesentlich dem Wegfall von drei Subkriterien und eine Neuverteilung der Bewertungs-Punkte zum Gegenstand. Diese Änderungen bedeuten für die Angebotserstellung keinerlei zusätzlichen Aufwand, da weder weitere Unterlagen beizuschaffen sind, noch hinsichtlich der Kalkulation von geänderten Umständen ausgegangen werden muss. Damit erweisen sich die Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen im Ergebnis für die Erstellung eines Angebotes als aufwandsneutral. Dass die Antragsgegner dennoch eine zweiwöchige Angebotsfrist eingeräumt haben, wird von ihnen durchaus nachvollziehbar damit erklärt, den Bietern die Möglichkeit der Bekämpfung der berichtigten Festlegungen zu geben. Der Senat hält daher eine unangemessen kurze Angebotsfrist durch die Verlängerung auf 30. Juli 2010 für nicht gegeben.

Das Verfahren hat ergeben, dass die Antragstellerin mit ihrem vorliegenden Nichtigkeitsantrag nunmehr erstmals einige seit Kundmachung der Ausschreibungsunterlagen unverändert gebliebene Bestimmungen bekämpft, soweit sie die Auswertung von Studienergebnissen ("Study-Results") und eine Unsachlichkeit der Zuschlagskriterien, in Bezug auf Festlegungen zur Punkteverteilung im Punkt 12 Zuschlagskriterien, Kapitel "Data" betreffen. Dazu hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass diese Festlegungen weder im ersten Nachprüfungsverfahren bekämpft wurden, noch diesbezüglich eine Änderung in den Ausschreibungsunterlagen von den Antragsgegnern vorgenommen worden ist. Die von der Antragstellerin in ihrem ersten Nachprüfungsantrag behaupteten Rechtswidrigkeiten haben diese Festlegungen jedenfalls 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 vierten Berichtigung haben die Antragsgegner die Angebotsfrist zuletzt auf 30.7.2010, 10.00 Uhr, verlängert und entsprechend bekannt gemacht. Das Verfahren hat ergeben, dass die Antragstellerin mit ihrem vorliegenden Nichtigkeitsantrag nunmehr erstmals einige seit Kundmachung der Ausschreibungsunterlagen unverändert gebliebene Bestimmungen bekämpft, soweit sie die Auswertung von Studienergebnissen ("Study-Results") und eine Unsachlichkeit der Zuschlagskriterien, in Bezug auf Festlegungen zur Punkteverteilung im Punkt 12 Zuschlagskriterien, Kapitel "Data" betreffen. Dazu hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass diese Festlegungen weder im ersten Nachprüfungsverfahren bekämpft wurden, noch diesbezüglich eine Änderung in den Ausschreibungsunterlagen von den Antragsgegnern vorgenommen worden ist. Die von der Antragstellerin in ihrem ersten Nachprüfungsantrag behaupteten Rechtswidrigkeiten haben diese Festlegungen jedenfalls 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 Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007 sieben Tage vorher, das ist am 13.5.2010, geendet. Mit der vierten Berichtigung haben die Antragsgegner die Angebotsfrist zuletzt auf 30.7.2010, 10.00 Uhr, verlängert und entsprechend bekannt gemacht.

Der angerufene Senat hält den am 22.7.2010 eingebrachten (zweiten) Nachprüfungsantrag, in dem die von den Antragsgegnern vorgenommene vierte Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen nicht bekämpft wird, für verfristet. Die nicht geänderten oder berichtigten Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen, 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, die in der Folgezeit auch nicht geändert wurden, nicht erfolgte, sind - worauf die Antragsgegner zutreffend verweisen - 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 BVerfG 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 Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen im Hinblick auf die Entscheidung des Vergabekontrollsenates als nichtig zu streichen sind. Die Antragstellerin war - wie ihre erste Antragstellung zu VKS - 5746/10 hinlänglich erwiesen hat - durchaus in der Lage, die ihr zur Verfügung stehende Frist zur Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen in ihrer ursprünglichen Fassung zu nützen. Sie hat dies auch, wenn auch hinsichtlich anderer Anfechtungspunkte, 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 "sonstiges Festlegung während der Angebotsfrist" dar und damit als gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeber, weshalb auch nur diese Berichtigung mit Nichtigkeitsklärungsantrag, 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 - aus welchen Gründen immer - ein neues Ende der Angebotsfrist bekannt gegeben hat (vgl. VKS Wien vom 17.8.2010, VKS - 8435/10). Nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVerG 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 Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen im Hinblick auf die Entscheidung des Vergabekontrollsenates als nichtig zu streichen sind. Die Antragstellerin war - wie ihre erste Antragstellung zu VKS - 5746/10 hinlänglich erwiesen hat - durchaus in der Lage, die ihr zur Verfügung stehende Frist zur Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen in ihrer ursprünglichen Fassung zu nützen. Sie hat dies auch, wenn auch hinsichtlich anderer Anfechtungspunkte, 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 "sonstiges Festlegung während der Angebotsfrist" dar und damit als gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeber, weshalb auch nur diese Berichtigung mit Nichtigkeitsklärungsantrag, 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 - aus welchen Gründen immer - ein neues Ende der Angebotsfrist bekannt gegeben hat vergleiche VKS Wien vom 17.8.2010, VKS - 8435/10).

Wenn auch - soweit für den Senat überblickbar - zu diesem Problem weder fundierte Meinungen in der Literatur noch eine gesicherte Judikatur bestehen dürften, 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 sichergestellt werden. Das Vergabeverfahren soll nicht durch willkürliche Einsprüche von Bietern verzögert werden. Willkürliche Einsprüche von Bietern, die das Vergabeverfahren verzögern und damit sowohl Ressourcen von Auftragnehmern als auch Auftraggebern belasten, sollten weitgehend zurückgedrängt werden (vgl. Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Rz 32 zu § 2 Z 16). Diese Grundsätze hält der Senat im Hinblick auf die europarechtlich unbedenklichen Anfechtungsfristen im WVRG 2007 für gewährleistet. Wenn auch - soweit für den Senat überblickbar - zu diesem Problem weder fundierte Meinungen in der Literatur noch eine gesicherte Judikatur bestehen dürften, 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 sichergestellt werden. Das Vergabeverfahren soll nicht durch willkürliche Einsprüche von Bietern verzögert werden. Willkürliche Einsprüche von Bietern, die das Vergabeverfahren verzögern

und damit sowohl Ressourcen von Auftragnehmern als auch Auftraggebern belasten, sollten weitgehend zurückgedrängt werden (vergleiche Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Rz 32 zu Paragraph 2, Ziffer 16.). Diese Grundsätze hält der Senat im Hinblick auf die europarechtlich unbedenklichen Anfechtungsfristen 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, eröffnet. Dies würde nicht nur zu einer weiteren Verzögerung des Vergabeverfahrens führen, sondern würde es auch Bietern ermöglichen, etwa ursprünglich verspätet vorgebrachte Anfechtungspunkte im Hinblick auf die neu festgelegte Angebotsfrist zu wiederholen und damit eine im Einzelfall nicht unwesentliche Verzögerung des Beschaffungsvorganges herbeizuführen. Ein derartiger Umstand würde nicht nur zum Nachteil des Auftraggebers gehen, der in aller Regel an einer raschen Auftragserteilung 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 Festlegungen einer Ausschreibung immer dann zu einer wesentlichen Verzögerung des Beschaffungsvorganges führen, wenn die Anfechtung erfolgreich ist und zu einer weiteren Streichung von Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen führt. Dies hätte eine neuerliche Festlegung der Angebotsfrist zur Folge, was wiederum zur Anfechtung aller Bestimmungen der Ausschreibung genutzt werden könnte (vgl. VKS Wien vom 17.8.2010, VKS - 8435/10). 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, eröffnet. Dies würde nicht nur zu einer weiteren Verzögerung des Vergabeverfahrens führen, sondern würde es auch Bietern ermöglichen, etwa ursprünglich verspätet vorgebrachte Anfechtungspunkte im Hinblick auf die neu festgelegte Angebotsfrist zu wiederholen und damit eine im Einzelfall nicht unwesentliche Verzögerung des Beschaffungsvorganges herbeizuführen. Ein derartiger Umstand würde nicht nur zum Nachteil des Auftraggebers gehen, der in aller Regel an einer raschen Auftragserteilung 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 Festlegungen einer Ausschreibung immer dann zu einer wesentlichen Verzögerung des Beschaffungsvorganges führen, wenn die Anfechtung erfolgreich ist und zu einer weiteren Streichung von Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen führt. Dies hätte eine neuerliche Festlegung der Angebotsfrist zur Folge, was wiederum zur Anfechtung aller Bestimmungen der Ausschreibung genutzt werden könnte (vergleiche VKS Wien vom 17.8.2010, VKS - 8435/10).

Auch in der Bestimmung des § 57 Abs. 2 BVergG 2006, wonach eine zwingende Fristverlängerung nur dann vorgesehen ist, wenn eine Berichtigung der Bekanntmachung auf die Erstellung der Angebote einen wesentlichen Einfluss hat, vermeint der Senat eine - wenn auch nicht ausdrückliche - Grundlage für die von ihm vertretene Ansicht zu finden. 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 "so zu

Auch in der Bestimmung des Paragraph 57, Absatz 2, BVergG 2006, wonach eine zwingende Fristverlängerung nur dann vorgesehen ist, wenn eine Berichtigung der Bekanntmachung auf die Erstellung der Angebote einen wesentlichen Einfluss hat, vermeint der Senat eine - wenn auch nicht ausdrückliche - Grundlage für die von ihm vertretene Ansicht zu finden. 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 ... verbleibt") vom Auftraggeber festzusetzen ist, um

allenfalls eine Anfechtung der Berichtigung zu ermöglichen (vgl. Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht², 366). Daraus kann abgeleitet werden, dass die Verlängerung der Angebotsfrist und ihr Ausmaß jedenfalls davon abhängt, ob die Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen auf die Erstellung der Angebote von wesentlichem Einfluss ist. Handelt

es sich um eine umfangreiche Berichtigung, die Kernelemente der Ausschreibung betrifft, 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, Bieter 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. allenfalls eine Anfechtung der Berichtigung zu ermöglichen vergleiche Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht², 366). Daraus kann abgeleitet werden, dass die Verlängerung der Angebotsfrist und ihr Ausmaß jedenfalls davon abhängt, ob die Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen auf die Erstellung der Angebote von wesentlichem Einfluss ist. Handelt es sich um eine umfangreiche Berichtigung, die Kernelemente der Ausschreibung betrifft, 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, Bieter 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 neu 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, bei einer Verlängerung der Angebotsfrist ebenfalls nicht mehr die Möglichkeit, die gesamten Ausschreibungsunterlagen zu bekämpfen, sondern nur jene Festlegungen, die im Rahmen der Berichtigung erfolgt sind. 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 neu 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, bei einer Verlängerung der Angebotsfrist ebenfalls nicht mehr die Möglichkeit, die gesamten Ausschreibungsunterlagen zu bekämpfen, sondern nur jene Festlegungen, die im Rahmen der Berichtigung erfolgt sind.

Da jene Rechtswidrigkeiten, die die Antragstellerin nunmehr gegen von den Berichtigungen der Antragsgegner nicht betroffene Teile der Ausschreibung geltend macht und sie nicht den Inhalt der Berichtigung vom 16.7.2010 bekämpft, erweist sich ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen betreffend die Leistungsbeschreibung auf Seite 8 von 40, und die Ausführungen zur "Datenlage" sowie zu Punkt 12 Zuschlagskriterien (Seite 24 von 40, soweit sie den Abschnitt "Data (Gewichtung 60 %)" betrifft, als verspätet. Ebenso präkludiert ist der Eventualantrag "die oben angeführten Ausschreibungspassagen gemäß § 26 Abs. 2 WVRG als rechtswidrig zu streichen". Dazu kommt, dass jene behaupteten Rechtswidrigkeiten, soweit sie im Zusammenhang mit einer Intransparenz der Zuschlagskriterien bzw. und der Undeutlichkeit der Mindestkriterien geltend gemacht werden, bereits Gegenstand des Vorverfahrens gewesen sind und der Senat im Vorverfahren darüber rechtskräftig abgesprochen hat. Damit liegt bezüglich dieser

Anfechtungspunkte entschiedene Sache vor, weshalb die im gegenständlichen Antrag wiederholten Anfechtungen als dem Wiederholungsverbot ("ne bis in idem") widersprechend nicht Folge zu geben waren. Das Wiederholungsverbot schließt eine neuerliche Entscheidung in der selben Sache aus (vgl. z.B. VwGH 15.9.1992, 88/04/0182). Da jene Rechtswidrigkeiten, die die Antragstellerin nunmehr gegen von den Berichtigungen der Antragsgegner nicht betroffene Teile der Ausschreibung geltend macht und sie nicht den Inhalt der Berichtigung vom 16.7.2010 bekämpft, erweist sich ihr Antrag auf Nichtigklärung der Ausschreibungsunterlagen betreffend die Leistungsbeschreibung auf Seite 8 von 40, und die Ausführungen zur "Datenlage" sowie zu Punkt 12 Zuschlagskriterien (Seite 24 von 40, soweit sie den Abschnitt "Data (Gewichtung 60 %)" betrifft, als verspätet. Ebenso präkludiert ist der Eventualantrag "die oben angeführten Ausschreibungspassagen gemäß Paragraph 26, Absatz 2, WVRG als rechtswidrig zu streichen". Dazu kommt, dass jene behaupteten Rechtswidrigkeiten, soweit sie im Zusammenhang mit einer Intransparenz der Zuschlagskriterien bzw. und der Undeutlichkeit der Mindestkriterien geltend gemacht werden, bereits Gegenstand des Vorverfahrens gewesen sind und der Senat im Vorverfahren darüber rechtskräftig abgesprochen hat. Damit liegt bezüglich dieser Anfechtungspunkte entschiedene Sache vor, weshalb die im gegenständlichen Antrag wiederholten Anfechtungen als dem Wiederholungsverbot ("ne bis in idem") widersprechend nicht Folge zu geben waren. Das Wiederholungsverbot schließt eine neuerliche Entscheidung in der selben Sache aus vergleiche z.B. VwGH 15.9.1992, 88/04/0182).

Soweit die Antragstellerin allgemein eine Undeutlichkeit der Mindestkriterien geltend gemacht hat, war ihrem Begehren auf Nichtigklärung nicht Folge zu geben. Diesbezüglich ist auf die Erklärungen der Antragsgegner in ihrem Schreiben vom 11.5.2010 und die Ausführungen in der mündlichen Verhandlung zu verweisen, wonach die Antragsgegner bei der Bewertung der angebotenen Produkte auch bei weiter entwickelten Produkten bezüglich derer aktuelle Studien nicht vorliegen, die Verwendung früherer Studien betreffend das Vorgängerprodukt zugrunde legen werden. Es werde dabei die Frage, ob dieses Datenmaterial des Vorgängerproduktes beim fortentwickelten Produkt weiter verwendet werden kann, sehr eingehend geprüft werden, dabei handle es sich jedoch um eine Frage, die von der Expertenkommission jeweils im Einzelfall geklärt werden müsse. Dies sei ein international übliches Vorgehen, wobei die Fachkommission "wenn ein neues Produkt angeboten werden sollte, auf internationale Erfahrungen zurück greife und selbst bewertet, ob es sich um ein Nachfolgeprodukt, das den früheren Daten entspricht, handelt oder nicht" (Protokoll Seite 10). Im Übrigen haben die Antragsgegner zu dieser Frage zutreffend darauf verwiesen, dass nur solche Produkte angeboten werden dürfen, die eine entsprechende CE-Zertifizierung aufweisen.

Aus all diesen Gründen war dem Antrag auf Nichtigklärung der Ausschreibung, bzw. einzelner Bestimmungen derselben nicht Folge zu geben.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 27.7.2010 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 27.7.2010 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 nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 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

Anfechtung der Ausschreibung; "bestandfeste" Festlegung; Präklusion; Berichtigung der Ausschreibung; Anfechtbar trotz Verlängerung der Angebotsfrist nur jene Festlegungen, die in der Berichtigung enthalten sind; Abweisung;

Zuletzt aktualisiert am

23.02.2011

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