

TE Verg Bescheid 2010/7/1 VKS-5746/10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 01.07.2010

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 §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 § 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 *** 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

Dem Eventualantrag auf teilweise Nichtigkeitserklärung einzelner Bestimmungen der Ausschreibung wird gemäß § 26 Abs. 2 WVRG 2007 in der Weise stattgegeben, als die auf Seite 25 von 40 der Ausschreibungsunterlagen angeführten Festlegungen zu den Kriterien „Radial Strength, Crossability und Trackability“ als nichtig gestrichen werden. Dem Eventualantrag auf teilweise Nichtigkeitserklärung einzelner Bestimmungen der Ausschreibung wird gemäß Paragraph 26, Absatz 2, WVRG 2007 in der Weise stattgegeben, als die auf Seite 25 von 40 der Ausschreibungsunterlagen angeführten Festlegungen zu den Kriterien „Radial Strength, Crossability und Trackability“ als nichtig gestrichen werden.

Soweit eine Undeutlichkeit der Mindestkriterien geltend gemacht wird, wird dem Antrag auf Nichtigkeitserklärung nicht Folge gegeben.

1. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 18.5.2010 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 4.Ziffer 4

Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von € 2.490,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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, 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,, 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 mit 20.5.2010, 13.00 Uhr, festgesetzt.

Mit dem am 12.5.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die gesamte Ausschreibungsunterlage für nichtig zu erklären, in eventu näher bezeichnete Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen als rechtswidrig zu streichen, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Die Antragstellerin, die sich im Wesentlichen durch vier näher definierte Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen beschwert erachtete, hat in der mündlichen Verhandlung zwei Anfechtungspunkte zurückgezogen. Eine Anfechtung betraf die Festlegungen zu Punkt 4 der Ausschreibungsunterlagen (Liefer- und Bestellmodalitäten) sowie zu Punkt 9 der Ausschreibungsunterlagen (Zahlung). Diese beiden Anfechtungspunkte (Punkt 7.2.1 und Punkt 7.2.3 des einleitenden Schriftsatzes) sind damit nicht mehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens. Mit dem am 12.5.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die gesamte Ausschreibungsunterlage für nichtig zu erklären, in eventu näher bezeichnete Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen als rechtswidrig zu streichen, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Die Antragstellerin, die sich im Wesentlichen durch vier näher definierte Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen beschwert erachtete, hat in der mündlichen Verhandlung zwei Anfechtungspunkte zurückgezogen. Eine Anfechtung betraf die Festlegungen zu Punkt 4 der Ausschreibungsunterlagen (Liefer- und Bestellmodalitäten) sowie zu Punkt 9 der Ausschreibungsunterlagen (Zahlung). Diese beiden Anfechtungspunkte (Punkt 7.2.1 und Punkt 7.2.3 des einleitenden Schriftsatzes) sind damit nicht mehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens.

Im Wesentlichen führt die Antragstellerin zu den verbliebenen Anfechtungspunkten aus, die von den Antragsgegnern festgelegten Zuschlagskriterien wären intransparent, es sei nicht zu erwarten, dass objektiv nachvollzogen werden könne, wie die Antragsgegner zu ihrer Zuschlagsentscheidung gekommen sind. Nach der Judikatur der Nachprüfungsbehörden sowie des EuGH setze der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung zur Transparenz voraus, da ansonsten nicht geprüft werden könne, ob er eingehalten wurde. Die vorliegende Ausschreibung verstoße gegen diese Grundsätze der Transparenz, da anhand der in Punkt 12 der Besonderen Angebotsbestimmungen getroffenen Festlegungen keine nachvollziehbare Bestbieterermittlung möglich sei. Im Bereich „Expertenbeurteilung“ erfolge die Bewertung durch eine aus an Wiener Kliniken interventionell tätigen Kardiologen bestehende Expertenkommission nach den Kriterien „Crossing Profile, Radial Strength, Crossability, Trackability und Strut-Dicke“. Es sei nicht ersichtlich, unter welchen Voraussetzungen bei diesen Kriterien von den Experten die höchste Punktzahl 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 Strength, 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 objektiv nachvollziehbare Ermittlung des Bestbieters. Obwohl die Antragstellerin die Antragsgegner in ihrem Schreiben vom 11.5.2010 darauf aufmerksam gemacht habe, dass aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich wäre, unter welchen Voraussetzungen die höchste Punktzahl vergeben werde, und daher um nähere Angaben zu den einzelnen Subkriterien ersucht hat, wurde diesem Ersuchen nicht entsprochen. 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.

Auch die Mindestkriterien in den Ausschreibungsunterlagen wären nicht eindeutig definiert. So sei die als Mindestanforderung für alle ausgeschriebenen Lose festgelegten Angaben, wonach nur Stents berücksichtigt werden, für die zumindest eine randomisierte klinische Studie (RCD) mit mindestens 100 Patienten sowie Registerdaten

(mindestens 100 Patienten in einer Studie) mit positivem oder „non-Inferiority“-Ergebnis hinsichtlich des „Test-Stents“ vorliegen, nicht eindeutig, da es sich bei den ausgeschriebenen Stents (insbesondere zu Los 7) um Produkte handle, die neu am Markt wären und für die entsprechende Studien nicht verfügbar seien. Die branchenübliche Möglichkeit, die Studien zum „Vorgängerprodukt“ zum Nachweise beizulegen, seien von der Antragstellerin zwar 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 relevanten Punkt“ vom Vorgängermodell unterscheidet. Es seien auch keine weiteren Angaben in der Fragebeantwortung enthalten gewesen, auf welche Weise der Bieter diesen Nachweis erbringen könne. Die festgelegten Mindestkriterien seien daher undeutlich und würden den Vorgaben des BVergG 2006 widersprechen.

Durch die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen erachtet sich die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Verfahrens verletzt. Insbesondere fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf rechtskonforme Ausschreibungsunterlagen, Gleichbehandlung der Bieter, auf Teilnahme an einem den Grundsätzen eines rechtskonformen Vergabeverfahrens entsprechenden Verfahrens, sowie der Beteiligung an einem fairen und lauteren Verfahren 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 18.5.2010 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 27.5.2010 haben die Antragsgegner in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und nach Darstellung der für sie gegebenen Beschaffungsproblematik ausgeführt, dass auf dem Markt der Bereich der Stents gut entwickelt sei und eine Vielzahl unterschiedlicher Typen bzw. Eigenschaftskombinationen von einer Vielzahl von Herstellern und Lieferanten angeboten werde. Zu dem befände sich die medizinische Technologie in diesem Bereich in einem raschen und steten Wandel. Bei den technischen Spezifikationen werde auf mechanische Eigenschaften bzw. sogenannte „Handlingkriterien“ abgestellt, zumal ein Erfolg eines vorgenommenen medizinischen interventionellen Eingriffes nicht nur von der Verträglichkeit des Produktes beim Patienten, sondern auch im hohen Maße durch die erfolgreiche Einbringung an die Interventionsstelle abhängig sei. Diese Handlingkriterien seien für die erfolgreiche Implantation von Bedeutung, je nach Interventionsfall können die Anforderungen an die Handlingeigenschaften unterschiedlich sein. Durch ihre tägliche klinische Praxis hätten die in den Krankenhäusern tätigen Kardiologen vielfältige Erfahrung hinsichtlich der Handlingeigenschaften von Stents erworben. Die Antragsgegner hätten versucht, diesen Aspekt sachgerecht in das Vergabeverfahren einzubringen. Im Rahmen des Zuschlagskriteriums „Qualität“ seien die verlangten Eigenschaften durch die Experten entsprechend definiert worden.

Die Antragstellerin irre, wenn sie vermeine, es sei nicht ersichtlich unter welchen Voraussetzungen in den Kriterien „Crossing Profile, Radial Strength, Crossability, Trackability und Strut-Dicke“ die höchste Punktzahl vergeben werde. Die Nachvollziehbarkeit des Bewertungssystems gehe aus den Ausschreibungsunterlagen sowie der dazu ergangenen Fragebeantwortung zweifelsfrei hervor. In der Ausschreibung sei für jedes einzelne der fünf Beurteilungskriterien festgelegt, wie viele Punkte maximal erreicht werden könnten und wie es zu dieser Punktezuteilung komme. Im jeweiligen Unterkriterium könne maximal ein Punkt erzielt werden. Im Hinblick auf die KAliquotierung „Crossing Profile“ und „Strut-Dicke“ könne der erreichte Wert zwischen 0 und 1 liegen; bei den Kriterien „Radial Strength“, „Crossability“ und „Trackability“ könne jeweils entweder 0 oder 1 Punkt erzielt werden. Basis der Bewertung hinsichtlich der drei letztgenannten Kriterien seien Studien, in welchen die genannte Kriterien untersucht werden. Es

sei in nachvollziehbarer Weise dargelegt, unter welchen Voraussetzungen bei diesen Kriterien eine Punktezuteilung erfolge. Dazu verweist die Antragsgegnerin auch auf die Beantwortung einer Bieteranfrage vom 11.5.2010.

Nach dem Standpunkt der Antragsgegner sei nicht ersichtlich, worin das von der Antragstellerin behauptete Element der Willkür liegen solle. Die Nachvollziehbarkeit ergebe sich aus dem Umstand, dass nur bestimmte Studien für die Bewertung herangezogen werden dürfen. Die als unbestimmt angegriffenen Beurteilungskriterien „lässt sich leicht durch eine Engstelle hindurchführen“, (Crossability) und „lässt sich leicht durch ein Blutgefäß entlang schieben“ (Trackability) würden durch den Verweis auf die in jeweils veröffentlichten Studien zu dem betreffenden Stent erzielten Ergebnisse objektiviert. Darauf habe die Antragsgegnerin ohnedies in ihrer Antwort vom 11.5.2010 hingewiesen. Die Antragsgegner erachten ihren Bewertungsmodus als „klar nachvollziehbar, objektiviert, frei von subjektiver Beeinflussung und vollinhaltlich transparent“.

Soweit die Antragstellerin die Mindestanforderung an alle angebotenen Produkte, nämlich das Vorliegen zumindest einer randomisierten klinischen Studie (RCD) mit mindestens 100 Patienten sowie Registerdaten (mindestens 100 Patienten in einer Studie) mit positiven oder „non-Inferiority“-Ergebnis bekämpft, hält die Antragsgegnerin dieses Erfordernis im Sinne der Patientensicherheit für sachlich begründet und klar dargestellt. Selbst wenn für vereinzelte Produkte gegebenenfalls Studien nicht verfügbar sein mögen, weil diese erst neu auf den Markt gekommen wären, wäre die Antragsgegnerin bereit, Studien zu den „Vorgängerprodukten“ zu akzeptieren, wobei seitens des Bieters nachgewiesen werden müsste, dass die Studien der Vorgängerprodukte aussagekräftig auch für die Nachfolgemodelle sind. In diesem Sinne habe die Antragsgegnerin auch eine Anfragebeantwortung mit Schreiben vom 11.5.2010 vorgenommen. Die Gleichwertigkeit des Nachfolgeproduktes mit dem Vorgängerprodukt habe der Bieter nachzuweisen, zumal dieser selbst die Unterschiede in den Konstruktionsformen und die Hintergründe der neuen Produkte kenne. Die Heranziehung von Studien zu Vorgängermodellen sei aus Sicht der Auftraggeber sinnvoll, zumal sich Nachfolgemodelle häufig nur geringfügig und in medizinisch nicht relevanten Punkten vom Vorgängermodell unterscheiden würden. In diesem Zusammenhang geben die Antragsgegner die Erklärung ab, dass sie mit den Angeboten vorgelegte Studien, die anhand von „Vorgängerprodukten“ erstellt wurden, in puncto Gleichwertigkeit der beiden Produkte (Vorgänger - gegenüber Nachfolgeprodukt) sachverständig und sorgfältig prüfen und nach Möglichkeit berücksichtigen würden. Dies hätten sie auch bereits mit der Anfragebeantwortung vom 11.5.2010 zum Ausdruck gebracht. Zusammenfassend halten die Antragsgegner die gestellten Nachprüfungsanträge für nicht berechtigt.

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 und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 1.7.2010 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 20.5.2010, 13.00 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 20.5.2010, 13.00 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.

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

Zellzirkumferenz: Dieses Kriterium gibt Auskunft über den Umfang einer Stentzelle bei maximaler Aufdehnung [mm]

Crossing Profile: Dieses Kriterium beschreibt den Durchmesser des auf dem Delivery System aufgebrauchten Stents in nicht entfalteter Form (unfolded balloon) an seiner dicksten Stelle

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

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

Strut-Dicke: Hier wird die Dicke der Streben des Stent-Geflechts betrachtet

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

Anforderungen für alle Lose:

Zulassung

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

Haltbarkeit

Plattformmaterial

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.

Anzubietende Größen, Durchmesser

Spezielle Anforderungen an die einzelnen Lose:

Anforderungen an das Los Nr. 1

Bare Metal Stent

Zellzirkumferenz: beliebig

Beschichtung: keine

Anforderungen an das Los Nr. 2

Bare Metal Stent

Zellzirkumferenz: mindestens 14 mm

Beschichtung: passiv

Anforderungen an das Los Nr. 3

Bare Metal Stent

Zellzirkumferenz: beliebig

Beschichtung: passiv

Anforderungen an das Los Nr. 4

Drug Eluting Stent

Strutdicke: beliebig

Zellzirkumferenz: beliebig

Crossing profile: beliebig

Polymer: biodegradierbar

Beschichtung: Limus-Gruppe

Anforderungen an das Los Nr. 5

Drug Eluting Stent

Strutdicke: beliebig

Zellzirkumferenz: mindestens 14 mm

Crossing profile: beliebig

Polymer: stabil

Beschichtung: Limus-Gruppe

Anforderungen an das Los Nr. 6

Drug Eluting Stent

Strutdicke: mindestens 100µm

Zellzirkumferenz: beliebig

Crossing profile: beliebig

Polymer: stabil

Beschichtung: Limus-Gruppe

Anforderungen an das Los Nr. 7

Drug Eluting Stent

Strutdicke: beliebig

Zellzirkumferenz: beliebig

Crossing profile: maximal 1,1 mm

Polymer: stabil

Beschichtung: Limus-Gruppe

ZUSCHLAGSKRITERIEN

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.

DATA (60 %) max. 10 Punkte Maximal zu vergebende

Bewertungspunkte

	RCT	2
Dataset (quantity and quality)	Long term data	1
Register		1
	Death	2
	MI	2
Study-Results	TVR / TLR	1
	LLL	1
Bewertungsergebnis	Max Bewertungspkte.	10
	(data)	
	Max. gewichtete Bewertungspunkte (data)	60

EXPERTENBEURTEILUNG (40 %);

max. 5 Punkte

	Crossing Profile	1
	Radial Strength	1
Kriterien	Crossability	1
	Trackability	1
	Strut-Dicke	1
Bewertungsergebnis	Max Bewertungspkte.	
	(Expertenbeurteilung)	5
	Max. gewichtete Be-	

wertungspunkte	
(Expertenbeurteilung)	40
Summe der ge-	
wichteten Bewertungs-	max. 100
punkte	

Abkürzungen:

RCT: randomisierte klinische Studie

MI: Myokardinfarkt

TLR: Revaskularisierung der Zielläsion

TVR: Revaskularisierung des Zielgefäßes

LLL: Late Lumen Loss

Das Angebot mit der höchsten Bewertung im Qualitätsranking (d.h. mit den meisten gewichteten Bewertungspunkten) erhält die maximal zu vergebenden Qualitätspunkte (40 Punkte). Die Zuordnung der Qualitätspunkte zu den nachgereichten Angeboten erfolgt aliquot entsprechend den Abständen im Qualitätsranking. Null Punkte stellen somit das Minimum dar.

Die Gesamtbewertung ergibt sich durch Addition von Preis- und Qualitätspunkten.

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 vorhanden

(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.

Im Kriterium „Crossing Profile" wird der Durchmesser des auf dem Delivery System montierten Stents in nicht entfalteter Form beurteilt. Die Durchmesser der angebotenen Stents je Los werden gereiht, der Stent mit dem geringsten Durchmesser erhält 1 Punkt, der mit dem größten Durchmesser 0 Punkte, dazwischen wird aliquotiert.

Im Kriterium „Strut-Dicke" wird die Dicke der Streben des Stent-Geflechts betrachtet. Grundsätzlich gilt, dass ein Stent besser beurteilt wird, je geringer die Strut-Dicke ist. Die Strut-Dicken der angebotenen Stents je Los werden gereiht, der Stent mit der geringsten Strut-Dicke erhält 1 Punkt, der mit der größten Strut-Dicke 0 Punkte, dazwischen wird aliquotiert. Dies gilt auch für das Los 6 mit der Einschränkung, dass die Strut-Dicke nicht geringer als 100 µm sein darf."

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 betreffen zwei Fragen und deren Beantwortung auch Festlegungen, die Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sind. Sie werden wie folgt wiedergegeben:

„Frage:

Unter welcher Voraussetzung wird bei der Expertenbeurteilung die höchste Punkteanzahl vergeben bzw. welcher Stent erhält jeweils einen Punkt?

Antwort:

Geht aus einer seitens des Bieters vorgelegten Studie hervor, dass der angebotene Stent bessere Werte in puncto „Radial Strength", und/oder „Crossability" und/oder „Trackability" erzielt als der Vergleichsstent, der ebenfalls innerhalb des betreffenden Loses angeboten und bewertet wird, so erhält er in diesem Kriterium einen Punkt, was zugleich die höchste Punkteanzahl je Kriterium darstellt.

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 Punkte 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 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 diese Losen 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 andere Stent eines anderen Bieters, der ebenfalls im gleichen Los angeboten hat, so erhält er einen Punkt (Protokoll Seite 2).

Das Verfahren hat ergeben, dass grundsätzlich alle Typen von Stents in allen kardiologischen Abteilungen der sieben Spitäler zum Einsatz kommen. Der Einsatz eines bestimmten Stents richtet sich nach den medizinischen Gegebenheiten, insbesondere dem Zustand des Patienten, aber letztlich auch nach der Erfahrung des behandelnden Arztes.

In den Ausschreibungsunterlagen ist ein „Vergleichsstent“ nicht definiert, vielmehr wird auf Studien abgestellt, in denen zwei Stents miteinander verglichen werden. Bei der Beurteilung hat sich die Bewertungskommission allein auf das Ergebnis dieser Studien zu stützen. Ihr Fachwissen hat lediglich die Bedeutung, zu beurteilen, ob die verglichenen Stents die Anforderungen in den einzelnen Losen erfüllen (Protokoll Seite 6).

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 amerikanischmedizinischen 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 Seite 8f).

Aus den Vergabeakten ist feststellbar, dass sich die Antragsgegnerin eingehend damit befasst hat, welche Stents mit welchen Anforderungen ausgeschrieben werden sollen. Dazu finden sich in den Vergabeakten sogenannte „Entscheidungsbäume“ und zwar sowohl für kardiologische Bare Metal Stents als auch für kardiologische Drug Eluting Stents mit Limus-Beschichtung. Als Ausgangslage für die Beratungen wird in den Vergabeakten festgehalten, dass die Implantierungen von Koronar Stents zwei grundsätzliche Gefahrenmomente bergen. Einerseits könne nach erfolgter Stentsimplantation aufgrund überschießender Wundheilungsreaktionen eine Hyperplasie oder Neointima und somit ein Wiederverschluss der Zilläsion bzw. des Zielgefäßes erfolgen (= Restenose, künftig RS), andererseits stellt die durch den Stent verursachte Gefahr einer Thrombusbildung einen Risikofaktor für eine seltene, aber lebensbedrohliche Komplikation dar (Stentthrombose). Ausgehend von dieser Problematik werden sodann in mehrfachen Fragestellungen die Probleme mit verschiedenen, zum Einsatz kommenden Stents erörtert, insbesondere Risikofaktoren für das Auftreten einer Restenose sowie einer Stentthrombose im Detail dargestellt. Entsprechend den verschiedenen festgestellten Risikolagen, wobei auch der Gesundheitszustand eines betroffenen Patienten jeweils mit erörtert wurde, werden sodann jene sieben Lose, die der Ausschreibung zugrunde liegen, gebildet, in denen jeweils die Mindestanforderungen an den einzelnen Stent pro Los definiert werden. Aus den sorgfältig geführten Vergabeakten ist auch ersichtlich, dass die Antragsgegner dabei berücksichtigt haben, ob pro Los eine entsprechende Anzahl von Bietern vorhanden ist, die in der Lage sind, Stents nach den für die einzelnen Lose festgelegten Anforderungen zu liefern.

Die Angebotsfrist war ursprünglich mit 20.5.2010, 13.00 Uhr festgelegt, sie wurde mit der dritten Berichtigung auf 25.5.2010, 13.00 Uhr, verlängert. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 12.5.2010 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pausschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der sorgfältig geführten Vergabeakten, sowie auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 1.7.2010. Aus den Vergabeakten ist eindeutig belegt, aufgrund welcher Problemstellung die Antragsgegner zu den Festlegungen in der Ausschreibung, insbesondere zu den Anforderungen an die Stents für die einzelnen Lose gekommen sind. Aus den Vergabeakten ist auch eindeutig ersichtlich, dass für zumindest sechs Lose ein ausreichender Interessenten- und Bieterkreis gewährleistet ist. Das Verfahren hat auch ergeben, dass alle ausgeschriebenen Stents in allen kardiologischen Abteilungen der sieben Spitäler zum Einsatz kommen, wobei sich die konkrete Verwendung eines bestimmten Stents aus der Diagnose und der Verfassung des betroffenen Patienten ergibt und letztlich eine ärztliche Entscheidung ist. Aufgrund der Erklärungen der Antragsgegner, insbesondere des von ihr beigezogenen ärztlichen Experten war festzustellen, dass bei der Beurteilung und Bewertung der „Handlingkriterien (Radial Strength, Crossability und Trackability)" nicht gewährleistet werden kann, dass hier nach einer einheitlichen Bewertungsmethode vorgegangen wird. Insbesondere habe sich der Vergleich zweier Stents, die im selben Los angeboten werden, nur aufgrund von Studien, die von den Bietern vorgelegt werden, in mehrfacher Weise als problematisch erwiesen. Allein das von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung (Seite 7) dargestellte Problem des Vorliegens von einander widersprechenden Studien zeigt die Problematik eindeutig auf. Soweit die Feststellungen den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen wiedergeben, sind die Belegstellen zitiert.

Die Feststellungen, wie die Antragsgegner bei der Bewertung der Angebote vorzugehen gedenken, gründen sich auf das Vorbringen der Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung. Dabei hat der ärztliche Vertreter der Antragsgegner, der nach den Vergabeakten wesentlich an der Ausarbeitung der Ausschreibung beteiligt gewesen ist, durchaus schlüssig und nachvollziehbar erklärt, wie insbesondere bei der Bewertung von „Nachfolgeprodukten", bezüglich derer aktuelle Studien noch nicht vorliegen, auf der Grundlage der Studien, die die Vorgängerprodukte betreffen, vorgegangen werden soll.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei den Antragsgegnern handelt es sich unstrittig um öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Insgesamt beabsichtigen die Auftraggeber 2460 Stück Stents für ihre Anstalten zu beschaffen. Rund 405 Stents fallen davon auf das Krankenhaus der Wiener Gebietskrankenkasse. Deren Anteil am Gesamtbeschaffungsvolumen beträgt sohin rund 16,5 %, sodass der auf die Stadt Wien, Unternehmung KAV entfallende Anteil am Gesamtauftragswert deutlich überwiegt. Damit ist die Zuständigkeit des angerufenen Senates nach § 1 Abs. 2 Z 7 und Abs. 3 WVRG 2007 zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens gegeben. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurde als Lieferauftrag im Sinne des § 5 BVergG 2006 ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich, nämlich zur Beschaffung vormontierter Koronarstents (Implantate der Klasse III nach dem Medizinproduktgesetz) verschiedener Typen. Der Auftrag ist je nach den Anforderungen an die zu liefernden Stents in sieben Lose geteilt. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei den Antragsgegnern handelt es sich unstrittig um öffentliche Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Insgesamt beabsichtigen die Auftraggeber 2460 Stück Stents für ihre Anstalten zu beschaffen. Rund 405 Stents fallen davon auf das Krankenhaus der Wiener Gebietskrankenkasse. Deren Anteil am Gesamtbeschaffungsvolumen beträgt sohin rund 16,5 %, sodass der auf die Stadt Wien, Unternehmung KAV entfallende Anteil am Gesamtauftragswert deutlich überwiegt. Damit ist die Zuständigkeit des angerufenen Senates nach Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 7 und Absatz 3, WVRG 2007 zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens gegeben. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurde als Lieferauftrag im Sinne des Paragraph 5, BVergG 2006 ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich, nämlich zur Beschaffung vormontierter Koronarstents (Implantate der Klasse römisch drei nach dem Medizinproduktgesetz) verschiedener Typen. Der Auftrag ist je nach den Anforderungen an die zu liefernden Stents in sieben Lose geteilt. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftragsgebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren, die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungsunterlagen wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da das ursprünglich festgelegte Ende der Angebotsfrist auf den 20.5.2010, 13.00 Uhr, gefallen ist, ist der am 12.5.2010 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 Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da das ursprünglich festgelegte Ende der Angebotsfrist auf den 20.5.2010, 13.00 Uhr, gefallen ist, ist der am 12.5.2010 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007.

In ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin auch begehrt ihr „Akteneinsicht gemäß § 17 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz BGBl. Nr. 51/1991, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009, in alle von der Antragsgegnerin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeaktes zu gewähren“. Dagegen haben sich die Antragsgegner entschieden ausgesprochen und darauf hingewiesen, dass alle jene Bestandteile des Vergabeaktes, die Informationen zu Ergebnissen der Datenerhebung und –ermittlung beinhalten, und die in der Aktenübersicht als „vertraulich“ bezeichnet wurden, von einer Akteneinsicht durch die Antragstellerin auszunehmen wären. Bei der Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen seien umfangreiche Datenerhebungen durchgeführt und Informationen ausgewertet sowie Bedarfskategorien ermittelt worden. Dabei handelt es sich um Unterlagen, die erhebliches „Know how“ beinhalten und Grundlage für die wirtschaftlichen Entscheidungen darstellen würden. In ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin auch begehrt ihr „Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz Bundesgesetzblatt Nr. 51 aus 1991, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 135 aus 2009, in alle von der Antragsgegnerin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeaktes zu gewähren“. Dagegen haben sich die Antragsgegner entschieden ausgesprochen und darauf hingewiesen, dass alle jene Bestandteile des Vergabeaktes, die Informationen zu Ergebnissen der Datenerhebung und –ermittlung beinhalten, und die in der Aktenübersicht als „vertraulich“ bezeichnet wurden, von einer Akteneinsicht durch die Antragstellerin auszunehmen wären. Bei der Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen seien umfangreiche Datenerhebungen durchgeführt und Informationen ausgewertet sowie Bedarfskategorien ermittelt worden. Dabei handelt es sich um Unterlagen, die erhebliches „Know how“ beinhalten und Grundlage für die wirtschaftlichen Entscheidungen darstellen würden.

Da Gegenstand des Verfahrens im Wesentlichen die Lösung von Rechtsfragen, nämlich der Fragen, ob die von der Antragstellerin bekämpften Festlegungen in der Ausschreibung den Bestimmungen des Vergaberechts entsprechen, waren, konnte der Senat auf Grundlage, vor allem des Inhaltes der Vergabeakten sowie des Vorbringens der Parteien in der mündlichen Verhandlung seine Entscheidung treffen. Dem Antrag auf umfassende Akteneinsicht, wie von der Antragstellerin begehrt, konnte daher nicht stattgegeben werden. Welche Aktenbestandteile die Behörde von der Akteneinsicht ausnehmen darf, ist allgemein in § 17 Abs. 3 AVG geregelt, wonach von der Akteneinsicht

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

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung der Antragsgegnerin ist nur im Umfange des § 26 Abs. 2 WVRG 2007 teilweise berechtigt. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung der Antragsgegnerin ist nur im Umfange des Paragraph 26, Absatz 2, WVRG 2007 teilweise berechtigt.

Nach § 79 Abs. 3 BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und damit ein den Grundsätzen des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 entsprechendes Ergebnis gewährleistet werden kann. Die Antragsgegner haben für ihr Vergabeverfahren das Bestbieterprinzip gewählt und dabei für jedes Los gesonderte technische Spezifikationen festgelegt. Darüber hinaus sind in der Leistungsbeschreibung noch Anforderungen definiert, die von allen angebotenen Produkten erfüllt werden müssen. Dabei wurden als Zuschlagskriterium der Preis mit 60 % und die Qualität mit 40 % gewichtet. Das Zuschlagskriterium Qualität ist wiederum in die Subkriterien „Data“ (Auswertung der vom Bieter vorgelegten Studien) und „Expertenbeurteilung“ (Bewertung durch eine Expertenkommission) gegliedert. Zu den einzelnen zu bewertenden Kriterien sind maximal zu erreichende Punkte sowie eine Gewichtung angegeben. Nach Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und damit ein den Grundsätzen des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 entsprechendes Ergebnis gewährleistet werden kann. Die Antragsgegner haben für ihr Vergabeverfahren das Bestbieterprinzip gewählt und dabei für jedes Los gesonderte technische Spezifikationen festgelegt. Darüber hinaus sind in der Leistungsbeschreibung noch Anforderungen definiert, die von allen angebotenen Produkten erfüllt werden müssen. Dabei wurden als Zuschlagskriterium der Preis mit 60 % und die Qualität mit 40 % gewichtet. Das Zuschlagskriterium Qualität ist

wiederum in die Subkriterien „Data“ (Auswertung der vom Bieter vorgelegten Studien) und „Expertenbeurteilung“ (Bewertung durch eine Expertenkommission) gegliedert. Zu den einzelnen zu bewertenden Kriterien sind maximal zu erreichende Punkte sowie eine Gewichtung angegeben.

Die Antragstellerin wendet sich nun gegen die Festlegungen im Punkt 12 der Besonderen Angebotsbestimmungen soweit sie das Zuschlagskriterium Qualität betreffen. Sie macht dazu geltend, dass trotz der Fragebeantwortung vom 11.5.2010 unklar bleibe, wann die Auftraggeber insbesondere bei den Kriterien „Radial Strength, Crossability und Trackability“ davon ausgehen, dass ein Stent im Verhältnis zum Vergleichsstent „bessere Werte“ erzielt.

Es trifft zu, dass diese drei Kriterien, die zusammengefasst als „Handlingkriterien“ bezeichnet werden können, Begriffe enthalten, die nicht näher definiert sind. So wird beim Kriterium „Crossability“ angeführt, dass es „darum geht, ob sich der Stent leicht durch eine Engstelle hindurchführen lässt“. Eine nähere Definition, wann sich ein Stent im Verhältnis zu einem anderen angebotenen Stent „leichter durch eine Engstelle führen lässt“, ist in den Ausschreibungsunterlagen nicht angegeben. Gleicher Art verhält es sich beim Kriterium „Trackability“, wo beurteilt werden soll, wie leicht sich ein Stent durch ein Blutgefäß entlang schieben lässt“. Beim Kriterium „Radial Strength“ wird die Radialkraft eines Stents bewertet. Bei allen drei Subkriterien wird jeweils angeführt, dass dann, wenn aus einer Studie hervorgeht, dass der zu bewertende Stent bessere Werte erzielt als der Vergleichsstent, der angebotene Stent einen Punkt erhält.

Zunächst ist festzustellen, dass in den Ausschreibungsunterlagen nicht festgelegt ist, was unter „Vergleichsstent“ zu verstehen ist. Ein Vergleichsstent ist jedenfalls nicht definiert. Im Zusammenhang mit den übrigen Festlegungen und den Ausführungen der Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung ist davon auszugehen, dass als Vergleichsstent ein Stent herangezogen werden soll, der von einem anderen Bieter im betreffenden Los gleichfalls angeboten wird und bezüglich dessen vom Bieter eine Studie vorgelegt wird, in der die beiden Stents einen Vergleich hinsichtlich ihrer Handlingeigenschaften unterzogen wurden. Studien, die keinen Vergleich zu den drei Handlingkriterien mit anderen Stents enthalten, sollen bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden. „Nur dann, wenn dieser Stent auch von einem anderen Bieter angeboten wird, wird diese Studie der Bewertung zugrunde gelegt. Wenn aus dieser Studie hervorgeht, dass dieser angebotene Stent besser ist als ein anderer angebotener Stent, dann erhält der bessere angebotene Stent Punkte“ (Protokoll Seite 4). Wenn auch die Antragsgegner damit argumentieren, auf diese Art und Weise versucht zu haben, subjektive Beurteilungen durch die Mitglieder der Kommission auszuschalten, entspricht die Festlegung dieser Kriterien nicht den Anforderungen an Kriterien im Sinne des § 2 Z 20 BVergG 2006. Wie insbesondere die mündliche Verhandlung gezeigt hat, sind die drei genannten Subkriterien nicht geeignet, eine nachvollziehbare und unzweideutige Angebotsprüfung zu ermöglichen. Allein die von der Antragstellerin aufgezeigte Möglichkeit, dass der Bieter A eine Studie vorlegt, die sein Produkt besser als das Produkt B bewertet und gleichzeitig der Bieter B eine Studie vorlegt, die sein Produkt besser darstellt als das Produkt A, muss im Ergebnis zu willkürlichen Bewertungen führen. Dazu kommt, dass es völlig in der Hand der Bieter bleibt, welche Studien sie vorlegen und die Bewertung ihrer Produkte im Ergebnis von zufälligen Umständen abhängt, nämlich ob das in der von ihnen vorgelegten Studie angeführte Produkt eines Mitbewerbers auch tatsächlich im Vergabeverfahren angeboten wird. Nach den Ausführungen der Antragsgegner werden Studien, die zwar eine positive Bewertung eines angebotenen Stents beinhalten nicht berücksichtigt, wenn in dem betreffenden Los der in der Studie erwähnte Vergleichsstent nicht angeboten wird. Zunächst ist festzustellen, dass in den Ausschreibungsunterlagen nicht festgelegt ist, was unter „Vergleichsstent“ zu verstehen ist. Ein Vergleichsstent ist jedenfalls nicht definiert. Im Zusammenhang mit den übrigen Festlegungen und den Ausführungen der Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung ist davon auszugehen, dass als Vergleichsstent ein Stent herangezogen werden soll, der von einem anderen Bieter im betreffenden Los gleichfalls angeboten wird und bezüglich dessen vom Bieter eine Studie vorgelegt wird, in der die beiden Stents einen Vergleich hinsichtlich ihrer Handlingeigenschaften unterzogen wurden. Studien, die keinen Vergleich zu den drei Handlingkriterien mit anderen Stents enthalten, sollen bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden. „Nur dann, wenn dieser Stent auch von einem anderen Bieter angeboten wird, wird diese Studie der Bewertung zugrunde gelegt. Wenn aus dieser Studie hervorgeht, dass dieser angebotene Stent besser ist als ein anderer angebotener Stent, dann erhält der bessere angebotene Stent Punkte“ (Protokoll Seite 4). Wenn auch die Antragsgegner damit argumentieren, auf diese Art und Weise versucht zu haben, subjektive Beurteilungen durch die Mitglieder der Kommission auszuschalten, entspricht die Festlegung dieser Kriterien nicht den Anforderungen an Kriterien im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 20, BVergG 2006. Wie insbesondere die mündliche Verhandlung gezeigt hat, sind die drei genannten Subkriterien nicht geeignet, eine nachvollziehbare und unzweideutige Angebotsprüfung zu ermöglichen. Allein die von

der Antragstellerin aufgezeigte Möglichkeit, dass der Bieter A eine Studie vorlegt, die sein Produkt besser als das Produkt B bewertet und gleichzeitig der Bieter B eine Studie vorlegt, die sein Produkt besser darstellt als das Produkt A, muss im Ergebnis zu willkürlichen Bewertungen führen. Dazu kommt, dass es völlig in der Hand der Bieter bleibt, welche Studien sie vorlegen und die Bewertung ihrer Produkte im Ergebnis von zufälligen Umständen abhängt, nämlich ob das in der von ihnen vorgelegten Studie angeführte Produkt eines Mitbewerbers auch tatsächlich im Vergabeverfahren angeboten wird. Nach den Ausführungen der Antragsgegner werden Studien, die zwar eine positive Bewertung eines angebotenen Stents beinhalten nicht berücksichtigt, wenn in dem betreffenden Los der in der Studie erwähnte Vergleichsstent nicht angeboten wird.

Nach § 2 Z 20 lit. d sublit. aa BVergG 2006 sind Zuschlagskriterien bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die vom Auftraggeber im Verhältnis ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird. Nach der Judikatur der Nachprüfungsbehörden sowie des EuGH ist der Auftraggeber, sofern das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gewählt werden soll, grundsätzlich frei, die Kriterien für die Zuschlagserteilung festzulegen. Sie dürfen dem Auftraggeber jedoch keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen. Sie müssen eine Ausübung des dem Auftraggeber zustehenden Beurteilungsermessens nach objektiven Gesichtspunkten ermöglichen und dürfen kein willkürliches Auswahllement enthalten. Sie müssen auch so unzweideutig festgelegt sein, „dass die Zuschlagskriterien in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung so gefasst werden müssen, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei der Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können“ (vgl. EuGH 18.10.2001, RsC-19/00 ua). Da nach der Rechtsprechung des EuGH der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung zur Transparenz voraussetzt, da ansonsten im Zuge eines nachfolgenden Verfahrens nicht geprüft werden kann, ob er eingehalten wurde, muss die Bewertbarkeit von Zuschlagskriterien zum Zeitpunkt der Angebotsprüfung nachvollziehbar und eindeutig möglich sein. Nach Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 sind Zuschlagskriterien bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die vom Auftraggeber im Verhältnis ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird. Nach der Judikatur der Nachprüfungsbehörden sowie des EuGH ist der Auftraggeber, sofern das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gewählt werden soll, grundsätzlich frei, die Kriterien für die Zuschlagserteilung festzulegen. Sie dürfen dem Auftraggeber jedoch keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen. Sie müssen eine Ausübung des dem Auftraggeber zustehenden Beurteilungsermessens nach objektiven Gesichtspunkten ermöglichen und dürfen kein willkürliches Auswahllement enthalten. Sie müssen auch so unzweideutig festgelegt sein, „dass die Zuschlagskriterien in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung so gefasst werden müssen, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei der Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können“ (vergleiche EuGH 18.10.2001, RsC-19/00 ua). Da nach der Rechtsprechung des EuGH der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung zur Transparenz voraussetzt, da ansonsten im Zuge eines nachfolgenden Verfahrens nicht geprüft werden kann, ob er eingehalten wurde, muss die Bewertbarkeit von Zuschlagskriterien zum Zeitpunkt der Angebotsprüfung nachvollziehbar und eindeutig möglich sein.

Diesen Anforderungen werden Festlegungen zu den drei „Handlingkriterien“ nach Ansicht des Senates nicht gerecht. Nicht nur dass die Möglichkeit für die Auftraggeber besteht, von mehreren Studien, die von Bietern vorgelegt werden und die einen Vergleich mit anderen Produkten enthalten, die jeweils günstigste (?) für ihre Bewertung heranzuziehen, bleibt es, wie oben dargestellt, dem Zufall überlassen, ob Vergleichsstudien überhaupt zur Bewertung herangezogen werden können. Da ein Vergleichsstent in den Ausschreibungsunterlagen nicht eindeutig definiert ist, welche Radialkraft der Bewertung beim Kriterium „Radial Strength“ zugrunde gelegt wird, sowie wann ein Stent bei den Kriterien „Crossability“ und „Trackability“ leichter durch eine Engstelle bzw. durch ein Blutgefäß entlang geschoben werden kann, waren diese drei Festlegungen gemäß § 26 Abs. 2 WVRG 2007 als nichtig zu streichen. Die Streichung dieser Bestimmungen erachtet der Senat deshalb als möglich, weil nach Wegfall dieser drei Subkriterien nach Ansicht des Senates die Ausschreibungsunterlagen weiterhin durchaus geeignet sind, vergaberechtskonforme Angebote zu legen. Hinsichtlich der Subkriterien „Crossing Profile“ und „Strut-Dicke“ ist der Senat der Ansicht, dass es sich dabei um die Ermittlung messbarer Größen handelt, sodass es sich diesbezüglich um objektiv überprüfbare ausreichend definierte Festlegungen handelt, sie waren daher nicht als rechtswidrig zu streichen. Diesen Anforderungen werden Festlegungen zu den drei „Handlingkriterien“ nach Ansicht des Senates nicht gerecht. Nicht nur dass die Möglichkeit

für die Auftraggeber besteht, von mehreren Studien, die von Bietern vorgelegt werden und die einen Vergleich mit anderen Produkten enthalten, die jeweils günstigste (?) für ihre Bewertung heranzuziehen, bleibt es, wie oben dargestellt, dem Zufall überlassen, ob Vergleichsstudien überhaupt zur Bewertung herangezogen werden können. Da ein Vergleichsstent in den Ausschreibungsunterlagen nicht eindeutig definiert ist, welche Radialkraft der Bewertung beim Kriterium „Radial Strength“ zugrunde gelegt wird, sowie wann ein Stent bei den Kriterien „Crossability“ und „Trackability“ leichter durch eine Engstelle bzw. durch ein Blutgefäß entlang geschoben werden kann, waren diese drei Festlegungen gemäß Paragraph 26, Absatz 2, WVRG 2007 als nichtig zu streichen. Die Streichung dieser Bestimmungen erachtet der Senat deshalb als möglich, weil nach Wegfall dieser drei Subkriterien nach Ansicht des Senates die Ausschreibungsunterlagen weiterhin durchaus geeignet sind, vergaberechtskonforme Angebote zu legen. Hinsichtlich der Subkriterien „Crossing Profile“ und „Strut-Dicke“ ist der Senat der Ansicht, dass es sich dabei um die Ermittlung messbarer Größen handelt, sodass es sich diesbezüglich um objektiv überprüfbare ausreichend definierte Festlegungen handelt, sie waren daher nicht als rechtswidrig zu streichen.

Soweit die Antragstellerin allgemein eine Undeutlichkeit der Mindestkriterien geltend gemacht hat, war ihrem Begehren auf Nichtigerklärung 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.

Nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden sind die Zuschlagskriterien so zu konkretisieren, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können. Diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf Subzuschlagskriterien, die einschließlich ihrer Reihung und Gewichtung in gleicher Weise wie die Oberkriterien bekannt zu geben sind. Die in der Angebotsunterlage festgelegten „Unterkriterien“ beim Kriterium Qualität entsprechend dieser vergaberechtlichen Konkretisierungspflicht nicht (Heid Preslmayr, Handbuch Vergaberecht², 352ff) soweit sie die drei „Handlingkriterien“ betreffen. In diesem Umfang war daher der Anfechtung statt zu geben und die drei Unterkriterien als nichtig zu streichen. Da die übrigen Festlegungen in der Ausschreibung durchaus vergleichbare Angebote erwarten lassen, war der Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung abzuweisen.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 18.5.2010 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 18.5.2010 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

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

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

Schlagworte

Ausschreibung; Teilweise Nichtigerklärung von Festlegungen; Auftraggeber hat nach sachlichen Gesichtspunkten die Ausschreibungsunterlagen zu erstellen; Definition von Kriterien;

Zuletzt aktualisiert am

15.09.2010

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at