jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Verg Bescheid 2009/12/3 VKS-8908/09

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 03.12.2009

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1
WVRG 2007 §2 Abs1
WVRG 2007 §13 Abs3
WVRG 2007 §18
WVRG 2007 §19
WVRG 2007 §20
WVRG 2007 §23 Abs1
WVRG 2007 §24 Abs2 Z2
WVRG 2007 §25 Abs1
WVRG 2007 §31 Abs6
WVRG 2007 §39 in Verbindung mit
BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §5
BVergG 2006 §12 Abs1 Z2
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §79 Abs3
BVergG 2006 §80 Abs3
BVergG 2006 §95 Abs3
BVergG 2006 §96
BVergG 2006 §98
BVergG 2006 §345

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

1. BVergG 2006 § 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 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 80 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 80 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 80 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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

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

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder ***, über den Antrag der *** GmbH, *** , vertreten durch Heid Schiefer, Rechtsanwälte in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages zur „Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme von Langzeitbeatmungsgeräten", Ausschreibungsnummer KAV-GED-A/09/2009/SE, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
   Die Ausschreibung der Antragsgegnerin zur „Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme von Langzeitbeatmungsgeräten" , Ausschreibungsnummer: KAV-GED-A/09/2009/SE, wird für nichtig erklärt.
2. 2.Ziffer 2
   Die einstweilige Verfügung vom 15.10.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
   Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von EUR 2.400,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 13 Abs. 3, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 2 Z 2, 25 Abs. 1, 31 Abs. 6, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 5, 12 Abs. 1 Z 2, 19 Abs. 1, 79 Abs. 3, 80 Abs. 3, 95 Abs. 3, 96, 98, 345 BVergG 2006.Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, 23, Absatz eins, 24, Absatz 2, Ziffer 2, 25,

Absatz eins, 31, Absatz 6, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 5, 12, Absatz eins, Ziffer 2, 19, Absatz eins, 79, Absatz 3, 80, Absatz 3, 95, Absatz 3, 96, 98, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren zum Abschluss eines Rahmenvertrages betreffend die Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme von 10 Stück Langzeitbeatmungsgeräten für das Sozialmedizinisches Zentrum Floridsdorf (SZF). Es handelt sich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich. Die Kundmachung ist am 8.9.2009 im Amtsblatt der EU zur Zl. 2009/S 172 - 248572 ordnungsgemäß erfolgt. Die Zuschlagskriterien sind mit 55% für den Preis, 20% für den technischen Wert – Innovation und 25% für die kommissionelle Bewertung gewichtet. Die in der Ausschreibungsunterlage angegebenen Nutzerkriterien sollen durch eine Kommission bewertet werden. Die Angebotsabgabe war für den 16.10.2009, 10.00 Uhr vorgesehen.

Mit dem am 9.10.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag, begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz.Mit dem am 9.10.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag, begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz.

Im Wesentlichen führt sie aus, die Ausschreibung sei neuerlich in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Entgegen der vergaberechtlich geltenden Verpflichtung zur Transparenz wären die Zuschlagskriterien weitgehend intransparent. Die Ausschreibung verstoße gegen diese Grundsätze, da sie keine nachvollziehbare Bestbieterermittlung ermögliche, da eine willkürliche Anwendbarkeit bei der Beurteilung der Angebote nicht ausgeschlossen werden könne. Die Ausschreibung lege zwar zum Zuschlagskriterium „kommissionelle Bewertung – Nutzerbewertung", die Nutzerkriterien schlagwortartig fest, enthalte aber keinerlei konkrete Beurteilungskriterien, nach denen die Erfüllung der Nutzerkriterien von den Kommissionsmitgliedern an Hand einer zehnstelligen Skala bewertet werden. Die Antragstellerin habe die Auftraggeberin auf diesen Umstand mit Schreiben vom 25.9.2009 aufmerksam gemacht und um nähere Angaben zu den einzelnen Nutzerkriterien ersucht. Diesem Ersuchen sei nicht entsprochen worden. Die Bestimmungen der Ausschreibung würden der Auftraggeberin bei der Wahl des Bestbieters nach wie vor einen unangemessen großen Beurteilungsspielraum offen lassen, wodurch eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet sei. So werde nicht dargelegt was unter „Patientenkomfort" verstanden wird, ebenso nicht was die Auftraggeberin unter dem Nutzerkriterium „Übersichtlichkeit und hervorgehobene Anzeigen wichtiger Parameter und Beatmungsmodi" verstehe. Auf Rückfragen zum Nutzerkriterium „Gerätestörungen – Alarmmeldungen mit Hinweis auf die Störung" habe die Auftraggeberin mitgeteilt, dass „die Realisierung und deren Gestaltung im Detail nicht vorgegeben ist". Dies werde kommissionell durch den Anwender hinsichtlich der Nutzungs-/Handlungsaspekte bewertet. Die konkreten Bewertungskriterien blieben daher völlig offen. Beim Kriterium „Einfachheit und Übersichtlichkeit der Bedienungsmenüfunktionen „würden die Bieter nicht wissen, an welchen Kriterien diese Vorgaben gemessen werden". Es sei unklar worin der Unterschied zwischen dem Nutzerkriterium „Handling des Bedienfeldes und Bedienerergonomie" zu dem zuvor angeführten Nutzerkriterium „Einfachheit und Übersichtlichkeit der Bedienungsmenüfunktionen" besteht. Eine neuerliche Einbeziehung der Bedienerergonomie unter dem Zuschlagskriterium Nutzerbewertung sei daher unsachlich und unzulässig. Auch das Nutzerkriterium „Aufwand bei Patientenwechsel (Neuausrüstung, Reinigung, etc.)" sei unklar und objektiv nicht nachvollziehbar. Es sei nicht ersichtlich, woran der Aufwand gemessen werde. Die Ausschreibung sei auch im Hinblick auf das Zuschlagskriterium „technischer Wert – Innovation (Abfragen laut Leistungsbeschreibung)" intransparent. Der Bieter erhalte für jede mit „ja" beantwortete Frage bzw. bei Mehrfachfragen positiv bewertete Abfrage einen Unterpunkt. Die Abfragen laut Leistungsbeschreibung ließen jedoch mehrere Auslegungsmöglichkeiten zu, so etwa die Frage nach einer „Fernanzeigemöglichkeit für Gerätestatuswerte".

Obwohl der VKS Wien in einer Vorentscheidung über eine gleichartige Ausschreibung ausgesprochen habe, dass die Heranziehung von Mindestkriterien als Bewertungskriterien klar dem Verbot der Doppelbewertung widersprechen würde, enthalte die gegenständliche Ausschreibung abermals Doppelbewertungen. Dazu verweist die Antragstellerin auf Punkt 14.1.3., 1.6, 1.4 und Punkt 14.1.2 sowie auf die Mindestanforderungen auf den Seiten 10, 19, 24 von 87. Eine

mangelnde Vergleichbarkeit der Angebote erblickt die Antragstellerin auch darin, dass es auf Seite 9 von 87 der Ausschreibungsunterlagen beim Hinweis zum Ausfüllen der Leistungsbeschreibung Bezug genommen wird auf verschiedene Ausstattungsvarianten, von denen angenommen werde, dass sie auch im Lieferumfang vorhanden seien. Andernfalls wäre diese Ausstattung explizit als kostenpflichtige Option anzugeben. Dazu habe die Antragsgegnerin auf Anfrage der Antragstellerin geantwortet, dass dann „wenn der Preis optional angegeben wird, (...) dieser gegebenenfalls zur Vergleichbarkeit der Angebote herangezogen werden" muss. Um jedoch eine Vergleichbarkeit der Angebote sicher zu stellen, müsse die Auftraggeberin die Preise der Option zwingend und nicht nur „gegebenenfalls" in die Bewertung einbeziehen. Dies entspreche auch der Judikatur der Nachprüfungsbehörden. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass die Mindestkriterien in den Ausschreibungsunterlagen nicht eindeutig definiert wären. Dazu verweist sie auf einzelne auf Seite 10 von 87 der Ausschreibungsunterlagen festgelegte Mindestanforderungen.

Sollte das Vergabeverfahren auf Grundlage der rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen fortgeführt werden, würde der Antragstellerin ein beträchtlicher finanzieller Schaden drohen. Dieser Schade bestehe einerseits aus den bisher aufgewendeten Kosten der Rechtsverfolgung sowie der Teilnahme am Verfahren, andererseits im Verlust eines branchenüblichen Gewinnes von rund 3 % des Auftragswertes. Letztlich würde die Antragstellerin die Chance auf die Erlangung eines für sie wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren verlieren.

Durch die rechtswidrig gestalteten Ausschreibungsunterlagen wäre die Antragstellerin in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter und Einhaltung eines fairen Wettbewerbes, auf Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote sowie auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens verletzt. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig und vollständig von der beabsichtigten Antragstellung unterrichtet worden, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich seien beigebracht worden.

Dem zur Sicherung ihrer Rechtsstellung gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 15.10.2009 entsprochen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 19.10.2009 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und in der Sache ausgeführt, dass der Vorwurf der Doppelbewertung hinsichtlich der Mindestkriterien und Bewertungskriterien bzw. Nutzerbewertung unberechtigt sei, weil „in den Mindestkriterien bzw. technischen Kriterien das Vorhandensein von Funktionen verlangt wird, während bei der Nutzerbewertung die Art der Ausführung bewertet" werde. Dies erkläre auch, warum einige Mindestkriterien nicht genau spezifiziert sind, weil dies zu Firmenlastigkeiten führen könnte. Bezüglich des Vorwurfes der zu allgemein gehaltenen Nutzerbewertungskriterien führt die Antragsgegnerin aus, dass im Hinblick auf die Begründung der Vorentscheidung des VKS-Wien die Nutzerkriterien in der gegenständlichen Ausschreibung „bewusst gegenüber dem vorherigen LV allgemeiner formuliert" wurden. Weiters führt die Antragsgegnerin aus, dass Zuschlagskriterien so gefasst sein müssten, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter die Anwendung in gleicher Weise auslegen könnten. Da die gegenständliche Ausschreibung „ein sehr fachspezifisches Fachgebiet – mit begrenztem Markt – beinhaltet, kann angenommen werden, dass die in Frage kommenden Anbieter dieses durchschnittlich fachkundige Wissen besitzen".

Dazu hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 12.11.2009 Stellung genommen und ausgeführt, dass die in der Ausschreibung angeführten Zuschlagskriterien nicht den Grundsätzen des Vergaberechtes entsprechen würden, wonach die Bewertung der Angebote auf Grund der Kriterien objektiv nachvollziehbar und für den Bieter erkennbar sein müsse, worauf es dem Auftraggeber ankomme. Durch die knappere Formulierung der Nutzerkriterien sei für die Bieter noch unklarer, worauf es der Auftraggeberin ankomme. Weiterhin vertritt die Antragstellerin die Ansicht, dass die gegenständliche Ausschreibung gegen die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung verstoße, da sie auf Grund der mangelnden Konkretisierung der Zuschlagskriterien keine nachvollziehbare Bestbieterermittlung ermögliche. Abermals verweist die Antragstellerin darauf hin, dass die Mindestkriterien undeutlich seien, sodass nicht ersichtlich werde, worin das Mindestmaß an Erfüllung einzelner, näher bezeichneter Kriterien liege. Zusammenfassend führt die Antragstellerin, dass die Zuschlagskriterien nicht transparent und objektiv nicht nachvollziehbar seien, die Mindestanforderungen an den Leistungsgegenstand unpräzise und undeutlich formuliert wären, sodass eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet ist und eine Vergleichbarkeit auch dadurch verhindert werde, dass der Umfang der vom Preis umfassten Ausstattungsvarianten nicht in jedem Fall gleich sei. Darüber hinaus enthalte die Ausschreibung unzulässige Doppelbewertungen.

Mit Schriftsatz vom 20.11.2009 hat die Antragsgegnerin diese Ausführungen bestritten und auf ihr bisheriges Vorbringen verwiesen. Es sei im gegenständlichen Verfahren darauf geachtet worden, alle Anforderungen möglichst allgemein, technisch eindeutig und unter Verwendung marktüblicher Bezeichnungen zu formulieren, um eine Bevorzugung bzw. Benachteiligung präsumtiver Bieter zu vermeiden". Zur Doppelbewertung führt die Antragsgegnerin aus, „dass hier das Vorhandensein einer Funktion als Mindestkriterium anzusehen ist, während die Art der Lösung bzw. die qualitative Ausführung dieser Funktion als Zuschlagskriterium herangezogen wird".

Vorauszuschicken ist, dass die Antragsgegnerin im Jahre 2008 ein Verfahren zur Beschaffung von insgesamt 18 Langzeitbeatmungsgeräten ausgeschrieben hat. Die damals ausgeschriebenen Leistungen waren in drei Lose geteilt, wonach der Bedarf einzelner Krankenanstalten jeweils ein Los gebildet hat. Diese damals zusammengefasste Ausschreibung wurde mit ähnlichen Argumenten wie vorliegend von der Antragstellerin rechtzeitig bekämpft. Ihrem Antrag auf Nichtigerklärung dieser Ausschreibung wurde im Verfahren VKS-6968/08 mit Bescheid vom 16.10.2008 stattgegeben und die Ausschreibung damals für nichtig erklärt. Zum Inhalt des Aufhebungsbescheides kann auf die den Parteien zugekommenen Ausfertigungen verwiesen werden.

Nunmehr hat die Antragsgegnerin zwei getrennte Ausschreibungen vorgenommen, wobei die gegenständlich angefochtene den Bedarf der Krankenanstalt SMZ-Floridsdorf mit 10 Stück betrifft, die dem Parallelverfahren zu VKS-8910/09 zu Grunde liegende Ausschreibung hingegen den Bedarf des Wilhelminenspitals mit 8 Stück Langzeitbeatmungsgeräten.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat an Hand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 3.12.2009 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages (§ 5 BVergG 2006), nämlich zur Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme von 10 Stück Langzeitbeatmungsgeräten für die Krankenanstalt SMZ-Floridsdorf. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden. Die Zuschlagskriterien sind mit 55 % für den Preis, 25 % für die kommissionelle Bewertung und 20 % für den technischen Wert gewichtet. Das Ende der Angebotsfrist war der 16.10.2009, 10.00 Uhr.Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages (Paragraph 5, BVergG 2006), nämlich zur Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme von 10 Stück Langzeitbeatmungsgeräten für die Krankenanstalt SMZ-Floridsdorf. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden. Die Zuschlagskriterien sind mit 55 % für den Preis, 25 % für die kommissionelle Bewertung und 20 % für den technischen Wert gewichtet. Das Ende der Angebotsfrist war der 16.10.2009, 10.00 Uhr.

Die für das Nachprüfungsverfahren maßgeblichen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen werden nachstehend wie folgt wiedergegeben:

„Position 1: LANGZEITBEATMUNGSGERÄTE

Ausschreibungsgegenstand, Allgemeine Angabe, Hinweise

Ausschreibungsgegenstand:

Die geforderten Ausstattungen und die Funktionen des Gerätes sind in der vorliegenden Leistungsbeschreibung festgelegt und müssen dieser in den Mindestanforderungen voll entsprechen.

Besonderer Wert wird auf Ergonomie, Bedienungssicherheit und einfache allgemeine Handhabung sowie auf Qualitätskriterien und Ausrichtung auf die medizinischen und hygienischen Anforderungen des Gerätes und deren Einzelteile gelegt."

(Beilage 13.01.1, Seite 2)

„Die folgenden Abfragen sind Mindestanforderungen an das anzuschaffende Gerät.

Nachfolgend angeführte Mindestanforderungen müssen erfüllt werden. Die Angebote die Mindestanforderungen in den einzelnen Komponenten nicht erfüllen, werden von der Bestbieterermittlung ausgeschlossen.

Letztgültige, vom Hersteller offizielle freigegebene Datenblätter sind verpflichtend beizulegen und müssen die ausgefüllten Hard- und Software-technischen Leistungsmerkmale belegen.

Langzeitbeatmungsgerät geeignet für die Beatmung und Entwöhnung

Das Beatmungsgerät muss softwarebasierend, modular aufgebaut sein, sowie dem neuesten Stand der Technik entsprechen.

Softwareweiterentwicklungen müssen aufrüstbar sein.

Es müssen kontrollierte, assistierte und spontane Beatmungsformen möglich sein.

Ein Nicht Invasiver Beatmungsmodus (NIV) für die Beatmung mittels Maske oder Helm, mit getrennt einzustellenden Alarmgrenzen und erhöhter Leckagekompensation muss vorhanden sein.

Der nicht invasive Beatmungsmodus ist durch eine farbliche Änderung des Bildschirms vom invasiven Modus zu unterscheiden.

Die Entwöhnung von kontrolliertem Modus auf assistierten Modus muss interaktiv vom Bedienpersonal gesteuert werden können.

Die Möglichkeit zum Aktivieren dieses Weaningmodus muss mit einem Knopfdruck möglich sein, ohne die Veränderung bestehender Einstellungen.

Es müssen alle Beatmungsformen im fix verorteten Gerät, als auch im krankenhausinternen Transport gewährleistet sein.

Eine Stromnetz unabhängige Betriebszeit von mind. 60 min muss gewährleistet sein.

Die Darstellung und Einstellung der Beatmungsparameter am Bildschirm, mit mindestens drei angezeigten Beatmungskurven sowie Trends muss möglich sein.

Am Bildschirm müssen mindestens drei Beatmungskurven, Loops sowie gemessene Parameter darstellbar sein.

Verstellbarer Haltearm für Beatmungsschläuche.

Im Lieferumfang müssen zwei Expirationsventile und zwei Flowsensoren enthalten sein.

Eine Anbindung an ein Patientendatenmanagementsystem muss möglich sein.

Alarm bei Apnoe

Alarm bei einer Leckage im Beatmungssystem

Geräteselbsttest nach jedem Einschalten

Trendwerte müssen numerisch darstellbar sein.

Eine Angabe über die restliche Akkuleistung muss abrufbar sein.

CE – Konformitätserklärung"

	Ja	Nein
Sind alle Mindestanforderungen erfüllt?	O	O

(Beilage 13.01.1, Seiten 4 u. 5)

Besondere Angebotsbestimmungen:

1. „14.Ziffer 14
   ZUSCHLAGSKRITERIEN

Der Zuschlag wird dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot nach folgenden Zuschlagskriterien erteilt. Die ausschlaggebende Gewichtung der kommissionellen Bewertung ist den einzelnen Punkten zu entnehmen!

Preis	55 %
Technischer Wert – Innovation	20 %
Kommissionelle Bewertung	25 %

Gesamt 100 %

Information:

Die Beilage 13.13 beinhaltet Mustertabellen, welche lediglich das nachfolgend beschriebene Bewertungssystem darstellen

14.1.1 Preis

Der jeweilige Billigstbieter erhält eine maximale Punkteanzahl von 55, die nächstgereihten erhalten aliquote Punkteabzüge. Demnach erhält beispielsweise ein Bieter dessen Angebote um 10 % teurer ist auch um 10 % weniger Punkte, ein Bieter dessen Angebot um 100 % teurer ist, demnach um 100 % weniger Punkte, also 0 Punkte, darüber hinaus erhalten auch alle über 100 % teureren Angebote 0 Punkte. Eine negative Punktevergabe ist daher nicht vorgesehen. Somit können bei diesem Kriterium maximal 55 Punkte (für das billigste Angebot) erreicht werden und schlechtestenfalls 0 Punkte (siehe Beilage 13.13).

14.1.2. Technischer Wert – Innovation (Abfragen lt. Leistungsbeschreibung) Jede mit Ja beantwortete bzw. bei Mehrfachfragen positiv bewertete Abfrage erhält einen UP (Unterpunkt).

Eine mit nein bzw. bei Mehrfachfragen negativ bewertete Abfrage erhält keinen UP.

Bei 1.4 Transport und Ergonomie – Maximal mögliche integrierbare Akkuversorgung in Minuten und bei 1.8 Instandhaltung, Wartung und Service - Bereitschaftsdienst über das Wochenende bzw. Feiertage und Anzahl der auf diesen Geräten eingeschulten Servicetechnikern an der oben genannten Servicestelle, können mehrere UP erzielt werden.

Aus der von den Bietern so erreichten UP-Zahl ergibt sich eine Reihenfolge. Das Angebot mit der höchsten UP-Zahl nach dieser Bewertung erhält schließlich die maximale Punkteanzahl von 20. Die nachfolgenden erhalten aliquot d.h. im Verhältnis des Abstandes zum Besten entsprechend weniger Punkte. Somit können bei diesem Kriterium maximal 20 Punkte erreicht werden.

14.1.3. Kommissionelle Bewertung – Nutzerbewertung

Jedes Kommissionsmitglied bewertet die nachfolgenden Nutzerkriterien für jedes Kriterium separat anhand einer zehnstelligen Skala von 1 – 10 UP. Die OP Zahl „1" steht für minderentsprechend, die UP Zahl „10" für sehr gut entsprechend.

Aus den von den Kommissionsmitgliedern vergebenen UP wird die Summe gebildet. Aus den Summen der Kommissionsmitglieder wird der Mittelwert gebildet und entsprechend den zugehörigen Mustertabellen (Beilage 13.13) gewichtet. Die so erzielten UP der einzelnen Kriterien werden summiert und ergeben die vom Bieter erreichten UP.

Aus den von den Bietern so erreichten UP ergibt sich eine Reihenfolge. Das Angebot mit der höchsten UP-Zahl nach dieser Bewertung erhält schließlich die maximale Punkteanzahl von 20. Die Nachfolgenden erhalten aliquot d.h. im Verhältnis des Abstandes zum Besten entsprechend weniger Punkte. Somit können bei diesem Kriterium maximal 20 Punkte erreicht werden.

Im Zuge der Angebotsprüfung wird das System von einem 3-köpfigen Team des Auftraggebers, anhand der unten angeführten Kriterien bewertet.

14.1.3.1 Nutzerkriterien (Langtext):

Die nachfolgend in diesem Punkt angeführten Gewichtungsprozente, gewichten nur die Nutzerkriterien zueinander.

Nutzerkriterien:

Patientenkomfort 10 UP

Übersichtlichkeit und hervorgehobene Anzeigen wichtiger Parameter und Beatmungsmodi 10 UP

Gerätestörungen – Alarmmeldungen mit Hinweis auf die Störung 10 UP

Einfachheit und Übersichtlichkeit der Bedienungsmenüfunktionen 10 UP

Handling des Bedienfeldes und Bedienergonomie 10 UP

Aufwand bei einem Patientenwechsel (Neuaufrüstung, Reinigung, etc.) 10 UP

25 Punkte = 60 UP

14.2. Bestbieterermittlung

die vom Bieter erreichten Punkte pro Kriterium werden in die Beilage 13.13 Seite 4 übertragen und dort summiert. Jener Bieter dessen Angebot die meisten Punkte erhalten hat, gilt als Bestbieter. Die maximal erreichbare Punkteanzahl beträgt 100."

(Beilage 13.08, Seiten 3 bis 5)

Mit dem in den Vergabeakten erliegenden Schreiben vom 25.9.2009 hat die Antragstellerin auf 5 Seiten detaillierte Fragen an die Antragsgegnerin gerichtet. Insbesondere hat die Antragstellerin versucht Erläuterungen zu den unter Punkt

14.1.3 und 14.1.3.1 angeführten Nutzerkriterien zu erhalten. Die diesbezüglichen Anfragen werden nachstehend wiedergegeben:

„6. S. 50/87

14.1.3 Kommissionelle Bewertung – Nutzerbewertung

Wer ist das 3-köpfige Team, besteht es aus Technikern, Schwestern oder Ärzten?

Es ist nicht ersichtlich, unter welchen Voraussetzungen die höchste Punkteanzahl vergeben wird, d.h. wann den Erwartungen des Auftraggebers sehr gut entsprochen wird. Wir ersuchen daher um nähere Angaben zu den einzelnen Nutzerkriterien:

14.1.3.1 Nutzerkriterien Langtext

Patientenkomfort

Das Nutzerkriterium ist absolut unzulänglich spezifiziert. Was wird unter Patientenkomfort verstanden?

Übersichtlichkeit und hervorgehobene Anzeigen wichtiger Parameter und Beatmungsmodi

Was ist unter Übersichtlichkeit zu verstehen? Welche Anzeigen müssen in welcher Art und Weise hervorgehoben sein, um positiv bewertet zu werden. In der vorliegenden Form handelt es sich um ein absolut willkürliches Kriterium, das keine objektiv nachvollziehbare Bewertung zulässt.

Gerätestörung – Alarmmeldung mit Hinweis auf Störung

Das Bewertungskriterium ist unklar und nicht objektiv nachvollziehbar. Handelt es sich hierbei um das Merkmal eines Mitbewerbergerätes? Wir gehen von einer Produktqualität aus, die solche (absolut ungenau spezifizierten) Abfragen nicht erforderlich macht.

Einfachheit und Übersichtlichkeit der Bedienungsmenüfunktionen

Geht es bei diesem Kriterium, welches wiederum nicht eindeutig objektiv nachvollziehbar ist, um die Einfachheit und Übersichtlichkeit in der Bedienung oder geht es um die Übersichtlichkeit in den Menüs? An welchen Kriterien wird die Einfachheit und Übersichtlichkeit gemessen?

Handling des Bedienfeldes und Bedienergonomie

Worin besteht der Unterschied zum zuvor angeführten Nutzerkriterium? Kommt es dem Auftraggeber darauf an, wie gut das Bedienfeld zu handeln / tragen ist oder geht es hier wiederum um die Möglichkeiten der einfachen Bedienung? Es ist nicht ersichtlich, was bei der Bedienergonomie bewertet wird. Geht es etwas darum, in welcher Höhe das Bedienpanel ist, oder ob der Anwender gleichzeitig mit zwei Händen am Display arbeiten kann oder ob es ein Touchscreen ist (was bereits abgefragt war und eine Doppelbewertung wäre)?

Aufwand bei Patientenwechsel (Neuaufrüstung, Reinigung, etc.)

Es ist nicht ersichtlich, woran der Aufwand gemessen wird. Solle sich der Aufwand an den notwendigen Schritten zu hygienischen Aufbereitung des Gerätes orientieren, sollte genau eingegrenzt werden, welche hygienischen Maßnahmen im Rahmen des krankenhausweiten standardisierten Hygieneprogrammes erforderlich sind. Basierend auf dieser Klarlegung ist es sicherlich möglich, mathematisch zu erheben, wie viele Teile bei welchem Gerät aufbereitet werden müssen und welcher Aufwand damit verbunden ist. Wir möchten darauf hinweisen, dass Empfehlungen von Geräteherstellern hinsichtlich der Verwendung von Filtern etc. richtig bewertet werden müssen: Wenn auch der Aufwand der Aufbereitung der Geräte so reduziert werden kann, ist er im Sinne der Kostenbetrachtung über einen Anwendungszeitraum von 10 Jahren sicherlich nicht zu verachten.

7. S. 10/87 uns S. 50/87

Es bestehen Überschneidungen zwischen den Mindestanforderungen auf S 10/87 der Beilage 13.01.1 „Leistungsverzeichnis" und den Nutzerkriterien auf S 50/87, Punkt 14.1.3.1 der Beilage 13.03 „Besondere Angebotsbestimmungen".

Das Leistungsverzeichnis sieht die Mindestanforderung „Die Darstellung und Einstellung der Beatmungsparameter am Bildschirm, mit mindestens drei angezeigten Beatmungskurven sowie Trends muss möglich sein" vor. Gleichzeitig werden die Anzeigen wichtiger Parameter und Beatmungsmodi als Nutzerkriterien bewertet. Ähnlich sind „Alarm bei Apnoe" und „Alarm bei einer Leckage im Beatmungssystem" Mindestkriterien und „Gerätestörungen – Alarmmeldungen mit Hinweis auf die Störung" ein zu bewertendes Nutzerkriterium. Wie ersuchen um nähere Erläuterungen, worin die Mindestanforderung besteht und in welcher Hinsicht dieses Kriterium darüber hinaus bewertet wird."

Dazu hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 5. Oktober 2009 wie folgt Stellung genommen:

„Zu 6. S. 50/87

14.1.3 Kommissionelle Bewertung – Nutzerbewertung

Es handelt sich um unabhängige Nutzer, deren Namen dem Wiener Krankenanstaltenverbund vorliegen, die aber keinem Bieter bekannt gegeben werden.

Bezüglich der Ausformulierung der Nutzerkriterien (14.1.3.1) wird angemerkt, dass eine kommissionelle Nutzerbewertung hinsichtlich Nutzungs-/Handlingsaspekte in Hinblick auf Bedienergonomie, Bedienführung, Bedienkomfort stattfindet, um diese nicht operationalisierbaren Aspekte in nachvollziehbarer Form berücksichtigen zu können.

Würde man zB den „Patientenkomfort" näher spezifizieren, wäre dieser als Mindestkriterium anzuführen – was allerdings eher zu einer Firmenlastigkeit führen würde als eine kommissionelle Bewertung von mehreren unabhängigen Nutzern.

Zu 7. S. 10/87 und S. 50/87

„Die Darstellung und Einstellung der Beatmungsparameter am Bildschirm, mit mindestens drei angezeigten Beatmungskurven sowie Trends muss möglich sein."

Mindestanforderung: Ist die Darstellung und Einstellung der Beatmungsparameter am Schirm mit mindestens 3 angezeigten Beatmungskurven sowie Trends.

Bewertung: „Übersichtlichkeit und hervorgehobene Anzeigen wichtiger Parameter und Beatmungsmodi" Es handelt sich um die kommissionelle Bewertung hinsichtlich Nutzungs-/Handlingsaspekte, wie oben beschrieben.

Ähnlich ist es bei den angeführten Alarmmeldungen, welche vorhanden sein müssen, jedoch die Realisierung und deren Gestaltung im Detail nicht vorgegeben ist (Firmenlastigkeit). Dies wird kommissionell durch den Anwender hinsichtlich Nutzungs-/Handlingsaspekte bewertet."

In den Vergabeakten findet sich sodann ein mit 27.12.2007 datiertes Schreiben des Wiener Krankenanstaltenverbundes – Generaldirektion, wonach im Rahmen des Investitionsplanes 2008 Investitionsmittel für insgesamt 16 Beatmungsgeräte für 3 Krankenanstalten berücksichtigt wurden. Weiters sind in den Vergabeakten

namentlich festgehalten die Kommissionsmitglieder sowie die Projektverantwortlichen für das Krankenhaus Floridsdorf.

In der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter der Antragsgegnerin die Trennung der beiden Ausschreibungen damit begründet, dass eine gemeinsame Ausschreibung für die Krankenanstalt SMZ-Floridsdorf und Wilhelminenspital nicht möglich gewesen sei, weil „es sich dabei um die Erfüllung zweier völlig unterschiedlicher Anforderungen handelt" (***).

Die von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten beinhalten die Ausschreibungsunterlagen, Ausdrucke der Vorinformation und der Bekanntmachung im EU-Amtsblatt. Im Akt enthalten ist eine Unterlage über die Schätzung des Auftragswertes, jedoch nicht Ausführungen über die getrennte Ausschreibung der 18 Stück Langzeitbeatmungsgeräte für zwei Krankenanstalten, wohl aber eine knapp gefasste Zusammenstellung über Nutzerwünsche und – wie oben dargestellt – die Zusammensetzung der Bewertungskommission.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der Vergabeakten, dessen Richtigkeit nicht bestritten wurde sowie auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung. Im Hinblick auf die Erklärungen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung war davon auszugehen, dass sie trotz der umfangreichen Erklärungsversuche in der mündlichen Verhandlung nach wie vor die Ansicht vertritt, „mit der Formulierung der Mindestkriterien, wie in der Ausschreibung enthalten, eine vertretbare Zuschlagsentscheidung finden zu können" (***). So haben die Vorhalte in der mündlichen Verhandlung deutlich ergeben, dass hinsichtlich der Nutzerkriterien die Antragsgegnerin doch konkrete Vorstellungen über die Definition dieser Festlegungen geben kann, die jedoch aus den Festlegungen in der Ausschreibung in keiner Weise abgeleitet werden können. Warum die Antragsgegnerin diese in der mündlichen Verhandlung gegebenen Erklärungen nicht in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen hat, wurde von ihr so erklärt, dass sie eine „klarere" Formulierung nicht für notwendig erachtet hat (***). Zur Frage des Hygienestandards hat das Verfahren ergeben, dass für alle Wiener Spitäler zwar ein Mindeststandard gilt, dieser jedoch geringfügig von Spital zu Spital verschieden sein kann. Obwohl die Antragsgegnerin von diesem Umstand Kenntnis hat, hat sie der gegenständlichen Ausschreibungen etwa den Hygienestandard des SMZ-Floridsdorf nicht beigelegt. Die Frage der jeweilig geltenden Hygienevorschrift ist, wie das Verfahren ergeben hat, auch von Bedeutung für die Preiskalkulation (z.B.: wie häufig müssen Einzelteile ausgetauscht werden?).

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurden als Lieferauftrag im Sinne des § 5 BVergG 2006 ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrags im Oberschwellenbereich. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurden als Lieferauftrag im Sinne des Paragraph 5, BVergG 2006 ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrags im Oberschwellenbereich. 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 den Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrags behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zu 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 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.Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden

Vertrags behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zu 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 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 16.10.2009 gefallen ist, ist der am 9.10.2009 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007.Da das ursprünglich festgelegte Ende der Angebotsfrist auf den 16.10.2009 gefallen ist, ist der am 9.10.2009 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung der Antragsgegnerin ist im Ergebnis auch berechtigt.

Gegenüber dem Vorverfahren VKS – 6968/08 enthalten die Vergabeakten nunmehr als Grundlage der Leistungsbeschreibung „eine Anforderung von ärztlicher Seite". Ebenso ist den Vergabeakten ein geschätzter Auftragswert sowie Unterlagen zur Ermittlung des Bedarfes zu entnehmen. Insoweit hat die Antragsgegnerin offenbar den Ausführungen des Vergabekontrollsenates Wien bezüglich der Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz im Vorbescheid vom 16.10.2008 Rechnung getragen.

Ungeachtet dessen erweist sich die angefochtene Ausschreibung abermals als mangelhaft.

Nach § 79 Abs. 3 BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Richtung ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Der gegenständlichen Ausschreibung liegt eine funktionale Leistungsbeschreibung im Sinne des § 95 Abs. 3 BVergG 2006 zugrunde. Nach § 96 Abs. 2 BVergG 2006 haben bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung die technischen Spezifikationen gemäß § 98 BVergG 2006 das Leistungsziel so hinreichend genau und neutral zu beschreiben, dass alle für die Erstellung des Angebotes maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennbar sind. Aus der Beschreibung der Leistung muss sowohl der Zweck der fertigen Leistung als auch die an die Leistung gestellten Anforderungen in technischer, wirtschaftlicher, gestalterischer und funktionsbedingter Hinsicht soweit erkennbar sein, dass die Vergleichbarkeit der Angebote im Hinblick auf die vom Auftraggeber vorgegebenen Leistungs- oder Funktionsanforderung gewährleistet ist. Leistungs- und Funktionsanforderungen müssen so ausreichend definiert werden, dass sie den Bewerbern und Bietern eine klare Vorstellung über den Auftragsgegenstand vermitteln und dem Auftraggeber die Vergabe des Auftrages ermöglichen. Nach Abs. 3 leg. cit. darf die Leistung und die Aufgabenstellung nicht so umschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen (vgl. VKS Wien vom 16.10.2008, VKS – 6968/08 u.a.).Nach Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Richtung ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Der gegenständlichen Ausschreibung liegt eine funktionale Leistungsbeschreibung im Sinne des Paragraph 95, Absatz 3, BVergG 2006 zugrunde. Nach Paragraph 96, Absatz 2, BVergG 2006 haben bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung die technischen Spezifikationen gemäß Paragraph 98, BVergG 2006 das Leistungsziel so hinreichend genau und neutral zu beschreiben, dass alle für die Erstellung des Angebotes maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennbar sind. Aus der Beschreibung der Leistung muss sowohl der Zweck der fertigen Leistung als auch die an die Leistung gestellten Anforderungen in technischer, wirtschaftlicher, gestalterischer und funktionsbedingter Hinsicht soweit erkennbar sein, dass die Vergleichbarkeit der Angebote im Hinblick auf die vom Auftraggeber vorgegebenen Leistungs- oder Funktionsanforderung gewährleistet ist. Leistungs- und Funktionsanforderungen müssen so ausreichend definiert werden, dass sie den Bewerbern und Bietern eine klare Vorstellung über den Auftragsgegenstand vermitteln und dem Auftraggeber die Vergabe des Auftrages ermöglichen. Nach Absatz 3, leg. cit. darf die Leistung und die Aufgabenstellung nicht so umschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen vergleiche VKS Wien vom 16.10.2008, VKS – 6968/08 u.a.).

Diesen Anforderungen wird die gegenständliche Ausschreibung weitgehend nicht gerecht, weil tatsächlich sowohl Teil der Mindestanforderungen als auch der festgelegten Nutzerkriterien so wenig präzisiert sind, dass eine willkürliche Anwendbarkeit bei der Beurteilung der Angebote nicht ausgeschlossen werden kann.

Zutreffend verweist die Antragstellerin darauf, dass die Ausschreibung zum Zuschlagskriterium „kommissionelle Bewertung – Nutzerbewertung" die Nutzerkriterien ausschließlich schlagwortartig festlegt, ohne darzustellen nach welchen konkreten Beurteilungskriterien die Erfüllung der Nutzerkriterien von den Kommissionsmitgliedern anhand der 10-stelligen Skala bewertet werden sollen. So soll nach Pkt. 14.1.3.1 der als Nutzerkriterium angeführte „Patientenkomfort" mit zehn UP bewertet werden. Was von der Antragsgegnerin unter „Patientenkomfort" verstanden oder erwartet wird und nach welchen Gesichtspunkten dieses Kriterium von der Kommission bewertet werden soll, ist den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen. Dazu hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass von ihr darunter verstanden wird „ob die Beeinflussung der Beatmung beim Patienten während der Beatmung und während der Entwöhnung Stress verursacht bzw. verursachen kann, was sich im Patientenzustand bzw. in den Vitalparametern widerspiegelt. Wenn es für den Patienten weniger Stress bedeutet, ist damit seine Situation komfortabler als im anderen Fall" (***). Diese Anforderungen sind den Festlegungen in der Ausschreibung jedenfalls nicht zu entnehmen, womit schon objektiv gesehen durchaus angenommen werden kann, dass von verschiedenen Bietern dieser Begriff verschieden ausgelegt wird.

Zum Nutzerkriterium „Übersichtlichkeit und hervorgehobene Anzeigen wichtiger Parameter und Beatmungsmodi" ist der Ausschreibung nicht zu entnehmen, nach welchen Gesichtspunkten der Begriff „Übersichtlichkeit" beurteilt wird bzw. welche Anzeigen in welcher Art und Weise hervorgehoben sein müssen, um entsprechend bewertet zu werden.

Wie Gerätestörungen und Alarmmeldungen erfolgen sollen, ist dem diesbezüglichen Nutzerkriterium nicht eindeutig zu entnehmen. Insbesondere ist nicht klar, nach welchem Gesichtspunkt ein Bieter die höchste Punkteanzahl erreichen kann. Überdies zählt dieses Kriterium auch zu den Mindestanforderungen. (***).

Zu Recht bemängelt die Antragstellerin auch, dass beim Nutzerkriterium „Handling des Bedienfeldes und Bedienerergonomie" von der Antragsgegnerin in keiner Weise festgelegt wurde, was darunter von ihr verstanden wird, nach welchen Gesichtspunkten auch hier die höchste Punkteanzahl erreicht werden kann, wozu noch kommt, dass dieses Nutzerkriterium auch beim Zuschlagskriterium „technischer Wert - Innovation (Pkt. 14.1.2.)", bewertet wird. Damit wird ein und dasselbe Kriterium einer doppelten Bewertung zugeführt.

Unklar ist auch, was unter dem Nutzerkriterium „Aufwand bei einem Patientenwechsel (Neuausrüstung, Reinigung, etc.)" angeboten werden soll. Dazu hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass unter

„Aufwand bei einem Patientenwechsel ... etwa alles was mit einer Neuinstallierung

des Gerätes verbunden ist, wie dem Wechsel bestimmter Geräteteile, etwa jener Teile, die mit dem Patienten in Berührung kommen", zu verstehen sei. Es komme der Antragsgegnerin sowohl auf den materiellen als auch auf den zeitlichen Aufwand an. Den Aufwand beim Patientenwechsel hat die Beurteilungskommission zu beurteilen. Es sei richtig, dass im Leistungsverzeichnis diesbezüglich keine Festlegungen enthalten sind, beim Aufwand „hat die Kommission sicher zur berücksichtigen, die Angaben in der Gerätebeschreibung, die Ergebnisse einer allfälligen Probestellung und die eigenen Erfahrungen mit einem bestimmten Gerät" (***). Stellt man diese Ausführungen den Festlegungen in der angebotenen Ausschreibung gegenüber, ergibt sich, dass aus der Fassung des Nutzerkriteriums „Aufwand bei einem Patientenwechsel (Neuaufrüstung, Reinigung, etc.)" diese Interpretation des Auftraggebers nicht abgeleitet werden können.

Unter dem Zuschlagskriterium „technischer Wert – Innovation (Abfragen laut Leistungsbeschreibung)" ist nicht erkennbar, welche Form einer Fernanzeige von der Auftraggeberin gewünscht wird. Zutreffend verweist die Antragstellerin dazu auf Pkt. 1.2 auf Seite 14 von 87, wo im Zusammenhang mit diesem Kriterium gefragt wird, ob eine Fernanzeigemöglichkeit für Gerätestatuswerte, optische und akustische Alarme vorhanden sind. Wenn auch die Auftraggeber auf Anfrage der Antragstellerin hiezu eine Erläuterung gegeben hat, dass mit dieser Forderung „nicht gemeint ist eine Datenschnittstelle, wie z.B. „Patientendatenmanagementsystem". Diese Schnittstelle wird in den Mindestkriterien auch gefordert. Es ist nach der Aktenlage diese Auskunft nur der Antragstellerin erteilt worden, nicht aber eine Berichtigung der Ausschreibung erfolgt. Es besteht sohin weiterhin die Möglichkeit, dass präsumtive Bieter die Frage der Fernanzeige anders auslegen, als dies die Antragsgegnerin aufgrund ihrer Auskunft vom 5. Oktober 2009 tut. Auch hier wäre festzulegen gewesen, wohin diese Fernanzeige und auf welchem Wege sie erfolgen soll, um eine

einheitliche Bewertung der Angebote zu ermöglichen.

Nach wie vor weist die gegenständliche Ausschreibung unzulässige Doppelbewertungen auf. Zu diesem Problem kann zunächst auf die Vorentscheidung vom 16.11.2008, VKS – 6968/08 verwiesen werden. Dazu verweist die Antragstellerin zutreffend darauf, dass im Leistungsverzeichnis die Mindestanforderung „die Darstellung und Einstellung der Beatmungsparameter am Bildschirm, mit mindestens drei angezeigten Beatmungskurven sowie Trends muss möglich sein", sich mit dem Nutzerkriterium „Übersichtlichkeit und hervorgehobene Anzeigen wichtiger Parameter und Beatmungsmodi" weitgehend deckt. Dabei handelt es sich um eine unzulässige Doppelbewertung, weil die Darstellung und Einstellung der Beatmungsparameter sowie die Darstellung einer Mindestanzahl an Kurven bereits als Mindestforderung verlangt wird.

Auch unter dem Zuschlagskriterium „technischer Wert – Innovation (Abfrage laut Leistungsbeschreibung)" werden Mindestkriterien wiederholt als Zuschlagskriterien bewertet. So muss nach den Mindestanforderungen ein nicht invasiver Beatmungsmodus (NIV) vorhanden sein und müssen alle Beatmungsformen im krankenhausinternen Transport gewährleistet werden. Das Vorhandensein eines NIV wird gleichzeitig unter Pkt. 1.6 auf Seite 24 abgefragt. Unter Pkt. 1.4 auf Seite 19 wird abgefragt, ob das Beatmungsgerät für den krankenhausinternen Transport zugelassen und zertifiziert ist. Gemäß Pkt. 1.2 werden diese technischen Abfragen laut Leistungsbeschreibung in die Zuschlagsbewertung ebenfalls miteinbezogen, da

„jede mit Ja beantwortete bzw. Mehrfachfragen positiv bewertete Abfrage ... einen

UP (Unterpunkt) erhält. Eine mit nein bzw. bei Mehrfachfragen negativ bewertete Abfrage erhält keinen UP". Damit sieht die Antragsgegnerin die geforderten Mindestkriterien auch als Bewertungskriterien vor. Ein Angebot, welches die Mindestkriterien nicht erfüllt, ist allerdings zwingend auszuscheiden und kann nicht bloß eine geringere Punktebewertung erhalten (vgl. BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20).UP (Unterpunkt) erhält. Eine mit nein bzw. bei Mehrfachfragen negativ bewertete Abfrage erhält keinen UP". Damit sieht die Antragsgegnerin die geforderten Mindestkriterien auch als Bewertungskriterien vor. Ein Angebot, welches die Mindestkriterien nicht erfüllt, ist allerdings zwingend auszuscheiden und kann nicht bloß eine geringere Punktebewertung erhalten vergleiche BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20).

Soweit die Antragstellerin keine Eindeutlichkeit der Mindestkriterien geltend macht und dazu auf die Vorentscheidung vom 10.11.2008, VKS – 6968/08 verweist, ist ihr grundsätzlich beizupflichten. So hält die Antragstellerin weiterhin die Festlegung für unklar und nicht nachvollziehbar, dass „die Möglichkeit zum Aktivieren eines

Weaningmodus ... mit einem Knopfdruck möglich sein (muss), ohne die Veränderung

der bestehenden Einstellungen". Dazu hat die Antragsgegnerin auf Anfrage der Antragsstellerin, auf welchen „Weaningmodus" sich diese Mindestanforderung bezieht, und welche Anforderungen zu erfüllen sind, damit der Modus als „Weaningmodus" anerkannt wird, geantwortet, dass die Mindestanforderungen durch die von der Antragstellerin auf ihrer Internetseite beschriebene Funktion erfüllt wird. Dazu führt die Antragstellerin aus, dass die Antragsgegnerin zur Erfüllung der Mindestanforderung ein bestimmtes, hoch spezialisierte, exklusives Produkt der Antragstellerin „vorschreibe, anstatt ihre Mindestanforderung hinlänglich zu spezifizieren". Auch dieser Umstand müsse im Ergebnis zu nicht vergleichbaren Angeboten führen, zumal die Antragsgegnerin diese inhaltlich eine Erweiterung der Ausschreibungsunterlagen darstellenden Erklärungen nicht im Wege einer Berichtigung der Ausschreibung allen möglichen Bietern mitgeteilt hat. Auch diese Bemängelung erweist sich nach der Aktenlage als berechtigt.

Eine weitere unklare Mindestanforderung erblickt die Antragstellerin darin, dass „eine stromnetzunabhängige Betriebszeit von mindestens 60 Minuten gewährleistet sein" muss. Dazu habe ihr die Antragsgegnerin auf Anfrage mitgeteilt, dass diese Mindestanforderung als erfüllt gelte, „wenn die innerhalb des Gesamtsystems verortete Akkuversorgung für eine Betriebszeit des Gesamtsystems von 60 Minuten ausreicht". Zutreffend verweist die Antragstellerin darauf, dass sich die Antragsgegnerin dabei auf ein „Gesamtsystem", welches nicht näher spezifiziert ist bezieht, so dass weiterhin unklar sei, ob die Mindestanforderung bei vorhandener Batterieversorgung von mehr als 60 Minuten im Fahrgestell erfüllt ist.

Unter den Mindestanforderungen verlangt die Auftraggeberin weiters, dass „kontrollierte, assistierte und spontane Beatmungsformen möglich sein „müssen und weiters" ein nicht invasiver Beatmungsmodus (NIV) für die Beatmung

mittels Maske oder Helm, mit getrennt einzustellenden Alarmgrenzen und erhöhter Leckagekompensation" muss vorhanden sein. Auch dazu bezieht sich die Antragstellerin auf eine Fragebeantwortung durch die Antragsgegnerin, wonach „aus

den Mindestanforderungen ... eindeutig zu entnehmen (ist), dass kontrollierte,

assistierte und spontane Beatmungsformen verlangt werden. Weiters ist in den Bewertungskriterien (Seite 24/87, Pkt. 1.6 Beatmungsverfahren) eine detaillierte Angabe über Beatmungsformen abgefragt". Damit ist die Anfrage der Antragstellerin in keiner Weise beantwortet und im Ergebnis einem Anbieter überlassen, welche Funktionalitäten er zu den Beatmungsformen anbieten möchte. Die Antragsgegnerin unterlässt es, die erforderlichen Beatmungsformen zu spezifizieren und verwendet stattdessen den Überbegriff „kontrollierte" und „assistierte" Beatmungsformen, ohne festzulegen, welche Beatmungsform sie mit welchem Ergebnis bevorzugt.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin darauf verwiesen, dass bei einem Patientenwechsel ein entscheidendes Kriterium sei, ob einzelne Geräteteile einmal – oder mehrfach verwendbar sind. Wenn der Bieter wisse, dass Geräteteile mehrfach verwendet werden können, könne das ‚Angebot entsprechend ausgerichtet werden. Der Hersteller selbst schreibt nur geringe oder wenige Teile, die bei einem Patientenwechsel auszutauschen sind, vor. Wie viele Teile tatsächlich auszuwechseln sind unterliegt den jeweiligen Hygienevorschriften des Anwenderspitals. Je nach dem Standard des Hauses ist etwa ein Beatmungsschlauch bei einer Langzeitbeatmung alle drei Tage, sieben Tage oder in noch größeren Intervallen auszuwechseln. Es ist aber jedenfalls der Beatmungsschlauch bei einem Patientenwechsel auszutauschen. Diese Umstände hätten auch Auswirkungen auf die Preisgestaltung. Die Antragsgegnerin hat dieser Darstellung in der mündlichen Verhandlung nicht widersprochen sondern ausgeführt, es sei ihr nicht bekannt, ob die Antragstellerin bzw. allfällige Interessenten an der gegenständlichen Ausschreibung den Hygienestandard SMZ -Ost kennen. Der Hygienestandard der Wiener Spitäler sei als Mindeststandard für alle Spitäler gleich, er könne jedoch geringfügig von Spital zu Spital verschieden sein. Der Ausschreibung sei der Hygienestandard des SMZ – Floridsdorf jedoch nicht beigelegt worden (Seite 4/5 des Protokolls). Warum die Hygienevorschriften gegenständlich der Ausschreibung nicht beigelegt wurden, obwohl sie doch von einigem Gewicht für die Preisgestaltung sein können, hat die Antragsgegnerin nicht dargelegt.

Der Vorwurf der Antragstellerin, dass die oben dargestellten Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen nur unzureichend beschrieben sind, trifft daher zu. Da es sich bei diesen Anforderungen teilweise um Mindestkriterien, teilweise um Zuschlagskriterien handelt, wären sie in den Ausschreibungsunterlagen möglichst eindeutig zu definieren gewesen, um eine einheitliche Auslegung dieser Anforderungen durch die Bieter zu gewährleisten. Da diese eindeutigen Festlegungen nicht gegeben sind, besteht durchaus die Möglichkeit, dass von verschiedenen Bietern diese Anforderungen verschieden beantwortet werden, was im Ergebnis zu einer Nichtvergleichbarkeit der Angebote führen muss. Dass sich die Antragsgegnerin dieser Problematik offenbar bewusst war, hat sie indirekt in der mündlichen Verhandlung zugestanden, als sie erklärte, „wir hätten sie (nämlich die Mindestkriterien) klarer formuliert, wenn wir der Ansicht gewesen wären, dass dies notwendig ist" (***). Es sind im Verfahren keinerlei Gründe hervorgekommen, die den Schluss zulassen würden, dass eine „klarere Formulierung" der Mindestkriterien sowie der Zuschlagskriterien der Antragsgegnerin nicht möglich wären. Schon allein die Tatsache, dass sie über Vorhalt zu einzelnen Kriterien in der mündlichen Verhandlung entsprechende Ausführungen gemacht hat und ihre Vorstellungen definierte, zeigt, dass sie zu einer klaren, eindeutigen Fassung der von ihr gewählten Kriterien in der Lage ist.

Abschließend ist daher festzuhalten, dass das Nachprüfungsverfahren neuerlich ergeben hat, dass die durch die Antragstellerin beeinspruchten Punkte der Ausschreibung tatsächlich nicht im Einklang mit dem Vergaberecht stehen, unklare Formulierungen und Festlegungen aufweisen, die es der Auftraggeberin letztlich ermöglichen könnten, in willkürlicher und nicht nachvollziehbarer und damit nicht transparenter Weise bei der Angebotsprüfung vorzugehen. Damit wird aber in der angebotenen Ausschreibung gegen den Grundsatz des § 19 Abs. 1 BVergG 2006, der den Auftraggeber im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes zur umfassenden Transparenz verpflichtet (vgl. EuGH 18.10.2001, RsC-19/00) in einem Umfang verstoßen, der zur Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung führen musste (§ 26 Abs. 1 WVRG 2007).Abschließend ist daher festzuhalten, dass das Nachprüfungsverfahren neuerlich ergeben hat, dass die durch die Antragstellerin beeinspruchten Punkte der Ausschreibung tatsächlich nicht im Einklang mit dem Vergaberecht stehen, unklare Formulierungen und Festlegungen aufweisen, die es der Auftraggeberin letztlich ermöglichen könnten, in willkürlicher und nicht nachvollziehbarer und damit nicht transparenter Weise bei der Angebotsprüfung vorzugehen. Damit wird aber in der angebotenen Ausschreibung gegen

den Grundsatz des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006, der den Auftraggeber im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes zur umfassenden Transparenz verpflichtet vergleiche EuGH 18.10.2001, RsC-19/00) in einem Umfang verstoßen, der zur Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung führen musste (Paragraph 26, Absatz eins, WVRG 2007).

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 15.10.2009 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 15.10.2009 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 6, 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.

Schlagworte

Nichtigerklärung der Ausschreibung; unzulässige Doppelbewertung; Mindest- und Zuschlagskriterien; keine Vergleichbarkeit der Angebote; Transparenzgebot.

Zuletzt aktualisiert am

25.05.2010

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