

TE Verg Bescheid 2009/6/25 VKS-3821/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.06.2009

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitbb

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §129

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 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Graf und Pitkowitz, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Auftrages zur Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von 18 Stück Narkosegeräten, Ausschreibungsnummer „AKH/TDR/TMT/0/4/2008 Lieferauftrag Narkosegeräte“, durch die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Allgemeines Krankenhaus der Stadt Wien – Universitätskliniken, Währinger Gürtel 18-20, 1090 Wien, diese vertreten durch schwartz und huber medek rechtsanwälte oeg in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 20.4.2009 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 4.5.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

3. 3.Ziffer 3

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

Rechtsgrundlagen:

§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z. 1, 25 Abs. 1, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit § 2 Z. 16 lit. a sublit. bb, 3 Abs. 1 Z.1, 5, 126, 129 BVergG 2006.Paragraph eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer eins, 25, Absatz eins, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 5, 126, 129, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund vertreten durch die vergebende Stelle Allgemeines Krankenhaus – Universitätskliniken (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe des Auftrages zur Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von 18 Stück Narkosegeräten. Es handelt sich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist sowohl im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 18.11.2008, 200872-224-298211, als auch im Amtsblatt der Stadt Wien sowie auf der Website der Antragsgegnerin ordnungsgemäß erfolgt. Teilnahmeanträge waren bis 28.11.2008, 11:00 Uhr, abzugeben. Neben anderen Bietern hat auch die Antragstellerin einen Teilnahmeantrag abgegeben und wurde in der Folge von der Antragsgegnerin zur Angebotsabgabe bis längstens 12.1.2009, 12:00 Uhr aufgefordert. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 40 % und die Qualität mit 60 % gewichtet sind.

Insgesamt haben drei Bieter ihre Angebote rechtzeitig, darunter auch die Antragstellerin, abgegeben. Die Angebotseröffnung fand anschließend an das Angebotsende statt.

Mit Schreiben vom 20.4.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung zugunsten eines anderen Bieters mitgeteilt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 23.4.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z.1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Im wesentlichen bringt die Antragstellerin vor, dass der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren nach dem Bestbieterprinzip erfolgen soll, wobei der Preis mit 40 % und die Qualität mit 60 % gewichtet sind. In der Begründung zur Zuschlagsentscheidung werde ausgeführt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin 94,95 Punkte, die Antragstellerin hingegen 91,47 Punkte erreiche, obwohl der von ihr angebotene Preis deutlich unter dem Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liege. Die Beurteilung des Angebotes der Antragstellerin beim Kriterium „Qualität“ sei fehlerhaft insbesondere sei die Qualitätsbeurteilung bei den Punkten Notfallbetrieb, Anästhesie-Gas-Verbrauchung und Geräteaufbereitung nicht richtig erfolgt. Zum Punkt „Notfallbetrieb“ wird ausgeführt, dass die bis zur Erreichung einer Notfallsbeatmung mit entsprechendem Sauerstoffanteil benötigte Zeit mit ca. 0,5 bis 1 Sekunde beim Gerät der

Antragstellerin anzusetzen wäre. Hingegen sei beim Gerät des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bieters wegen der Bedienung zweier Schalter ein wesentlich längerer Zeitraum anzunehmen. Die Antragsgegnerin habe bei diesem Punkt ein Prüfverfahren angewendet, das weder den Ausschreibungsbedingungen entspreche noch ein faires und transparentes Verfahren gewährleistet. Der von der Auftraggeberin vorgenommene Testaufbau sei nicht vergaberechtskonform, weil nicht nachprüfbar sichergestellt sei, dass sämtliche angebotenen Geräte unter den gleichen Vorraussetzungen getestet worden seien. Jedenfalls hätte bei richtiger Beurteilung die Antragstellerin beim Kriterium „Notfallbetrieb“ insgesamt 30 von 30 möglichen Punkten und nicht bloß 26,58 erhalten müssen. Bei der Produktpräsentation sei die Antragsgegnerin zu dem Ergebnis gekommen, dass das patientengasführende Atemsystem des von der Antragstellerin angebotenen Gerätes aus zehn Teilen bestehe. Diese Beurteilung sei unrichtig, weil der Adapter Einmal –CO₂-Absorber ein mit dem Patientenmodul fest verbundener, patientengasführender Bestandteil sei, der bei der Geräteaufbereitung nicht von dem Patientenmodul zu trennen, sondern in aufrechter Verbindung mit dem Patientenmodul aufzubereiten sei. Dazu verweist die Antragstellerin auf die Bedienungsanleitung. Das anzuwendende Subkriterium ziele auf die Frage ab, wie viele selbstständige Bestandteile getrennt einer Aufbereitung zugeführt werden müssen und dem damit verbundenen Aufwand. Explizit werde in der Ausschreibungsunterlage darauf hingewiesen, dass die Antwort aufgrund der entsprechenden Ausführungen in der gültigen Gebrauchsanweisung des angebotenen Gerätes zu geben ist. Bei richtiger Beurteilung bestehe daher das patientengasführende Atemsystem des von der Antragstellerin angebotenen Gerätes nur aus neun selbstständigen Einzelheiten, weshalb auch hier die Antragstellerin alle 30 von 30 möglichen Punkten hätte erhalten müssen. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 23.4.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Im wesentlichen bringt die Antragstellerin vor, dass der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren nach dem Bestbieterprinzip erfolgen soll, wobei der Preis mit 40 % und die Qualität mit 60 % gewichtet sind. In der Begründung zur Zuschlagsentscheidung werde ausgeführt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin 94,95 Punkte, die Antragstellerin hingegen 91,47 Punkte erreiche, obwohl der von ihr angebotene Preis deutlich unter dem Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liege. Die Beurteilung des Angebotes der Antragstellerin beim Kriterium „Qualität“ sei fehlerhaft insbesondere sei die Qualitätsbeurteilung bei den Punkten Notfallbetrieb, Anästhesie-Gas-Verbrauchung und Geräteaufbereitung nicht richtig erfolgt. Zum Punkt „Notfallbetrieb“ wird ausgeführt, dass die bis zur Erreichung einer Notfallsbeatmung mit entsprechendem Sauerstoffanteil benötigte Zeit mit ca. 0,5 bis 1 Sekunde beim Gerät der Antragstellerin anzusetzen wäre. Hingegen sei beim Gerät des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bieters wegen der Bedienung zweier Schalter ein wesentlich längerer Zeitraum anzunehmen. Die Antragsgegnerin habe bei diesem Punkt ein Prüfverfahren angewendet, das weder den Ausschreibungsbedingungen entspreche noch ein faires und transparentes Verfahren gewährleistet. Der von der Auftraggeberin vorgenommene Testaufbau sei nicht vergaberechtskonform, weil nicht nachprüfbar sichergestellt sei, dass sämtliche angebotenen Geräte unter den gleichen Vorraussetzungen getestet worden seien. Jedenfalls hätte bei richtiger Beurteilung die Antragstellerin beim Kriterium „Notfallbetrieb“ insgesamt 30 von 30 möglichen Punkten und nicht bloß 26,58 erhalten müssen. Bei der Produktpräsentation sei die Antragsgegnerin zu dem Ergebnis gekommen, dass das patientengasführende Atemsystem des von der Antragstellerin angebotenen Gerätes aus zehn Teilen bestehe. Diese Beurteilung sei unrichtig, weil der Adapter Einmal –CO₂-Absorber ein mit dem Patientenmodul fest verbundener, patientengasführender Bestandteil sei, der bei der Geräteaufbereitung nicht von dem Patientenmodul zu trennen, sondern in aufrechter Verbindung mit dem Patientenmodul aufzubereiten sei. Dazu verweist die Antragstellerin auf die Bedienungsanleitung. Das anzuwendende Subkriterium ziele auf die Frage ab, wie viele selbstständige Bestandteile getrennt einer Aufbereitung zugeführt werden müssen und dem damit verbundenen Aufwand. Explizit werde in der Ausschreibungsunterlage darauf hingewiesen, dass die Antwort aufgrund der entsprechenden Ausführungen in der gültigen Gebrauchsanweisung des angebotenen Gerätes zu geben ist. Bei richtiger Beurteilung bestehe daher das patientengasführende Atemsystem des von der Antragstellerin angebotenen Gerätes nur aus neun selbstständigen Einzelheiten, weshalb auch hier die Antragstellerin alle 30 von 30 möglichen Punkten hätte erhalten müssen.

Weiters führt die Antragstellerin aus, dass anzunehmen sei, dass die Antragsgegnerin der präsumtiven Bestbieterin beim Zuschlagskriterium „Gerätetest“ ebenfalls die vollen Punkte zugebilligt habe. Das Gerät der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und seine Funktionsweise, insbesondere auch beim Gerätetest, sei der Antragstellerin bestens

bekannt. In der Bedienungsanleitung des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Gerätes werde in den Fällen, wenn der Atemkanal gewechselt wurde bzw. wenn der Vapor (=Narkosemittelverdampfer) gewechselt oder nachgefüllt wurde, ein Gerätetest („Lekagetest“, somit ein Test der Dichtheit des Systems) vorgeschrieben. Ein Lekagetest könne nicht am Patienten durchgeführt werden und daure ca. 30 Sekunden. Angesichts dieser Vorgaben des Herstellers sei die Beurteilung des Angebotes der präsumtiven Bestbieterin, die auch bei diesem Zuschlagskriterium die volle Punktezahl erreicht hat, nicht nachvollziehbar. Richtigerweise hätte dieses Angebot bei diesem Kriterium mit 0 Punkten bewertet werden müssen. Durch die aufgezeigten Mängel habe die Antragsgegnerin die in der Ausschreibungsunterlage vorgegebenen Zuschlagskriterien unrichtig angewendet und damit eine Zuschlagsentscheidung nicht auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot getroffen. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung erfülle daher nicht die Anforderungen des § 130 BVergG 2006. Weiters führt die Antragstellerin aus, dass anzunehmen sei, dass die Antragsgegnerin der präsumtiven Bestbieterin beim Zuschlagskriterium „Gerätetest“ ebenfalls die vollen Punkte zugebilligt habe. Das Gerät der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und seine Funktionsweise, insbesondere auch beim Gerätetest, sei der Antragstellerin bestens bekannt. In der Bedienungsanleitung des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Gerätes werde in den Fällen, wenn der Atemkanal gewechselt wurde bzw. wenn der Vapor (=Narkosemittelverdampfer) gewechselt oder nachgefüllt wurde, ein Gerätetest („Lekagetest“, somit ein Test der Dichtheit des Systems) vorgeschrieben. Ein Lekagetest könne nicht am Patienten durchgeführt werden und daure ca. 30 Sekunden. Angesichts dieser Vorgaben des Herstellers sei die Beurteilung des Angebotes der präsumtiven Bestbieterin, die auch bei diesem Zuschlagskriterium die volle Punktezahl erreicht hat, nicht nachvollziehbar. Richtigerweise hätte dieses Angebot bei diesem Kriterium mit 0 Punkten bewertet werden müssen. Durch die aufgezeigten Mängel habe die Antragsgegnerin die in der Ausschreibungsunterlage vorgegebenen Zuschlagskriterien unrichtig angewendet und damit eine Zuschlagsentscheidung nicht auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot getroffen. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung erfülle daher nicht die Anforderungen des Paragraph 130, BVergG 2006.

Durch die Vorgangsweise der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, auf Bekanntgabe einer vergaberechtskonformen Zuschlagsentscheidung und letztlich auf Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten verletzt.

Sollte ihrem Antrag nicht statt gegeben werden, drohe der Antragstellerin ein Schaden an Kosten für die Beteiligung am Vergabeverfahren, an entgangenem Gewinn in branchenüblicher Höhe sowie des mit der Rechtsverfolgung verbundenen Aufwandes. Dazu käme noch der Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 4.5.2009 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit ihren Schriftsätzen vom 4.5.2009 und 20.5.2009 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und in der Sache ausgeführt, die Antragstellerin habe nach Ablauf der Angebotsfrist mehrfach versucht, ihr Angebot „nachzubessern“ um sich dadurch im Vergleich zu den Mitbewerbern besser zu stellen; dies durch Nachreichung von – angeblich „aktuelleren“ und anlassfallbezogen geänderten – Gebrauchsanweisungen, die zu ihrem Angebot in Widerspruch stehen. Eine derartige nachträgliche „Aufbesserung“ des Angebotes sei schon aus Gründen der Bietergleichbehandlung unzulässig. Im einzelnen führt die Antragsgegnerin aus, dass in der Ausschreibungsunterlage festgelegt worden sei, dass das Angebot des Bieters alle in Punkt 3 in Verbindung mit Anhang 1 der Ausschreibungsunterlagen genannten Angaben und Leistungen umfassen und „durch beigelegte Datenblätter belegt werden“ müsse. Weiters müssen für sämtliche angebotene Geräte Konformitätserklärungen und Gebrauchsanweisungen beigelegt werden. Die dem Angebot beigelegten Gebrauchsanweisungen sollten die Grundlage für die Bewertung der Qualitäts-Subkriterien sein.

Die Antragstellerin habe ein Gerät „***“ angeboten und diesem eine Gebrauchsanweisung in der Fassung „Rev.2.5.6.“ angeschlossen. Diese Gebrauchsanweisung sei aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen einzig für die Bestbieterermittlung relevant. Im Zuge der Angebotsprüfung wurde die Antragstellerin unter anderem um Aufklärung ersucht, da in der mit dem Angebot vorgelegte Gebrauchsanweisung kein Hinweis auf die Verwendbarkeit von CO₂ – Absorbern in Kartuschenform enthalten war. Daraufhin habe die Antragstellerin in einem Schreiben mitgeteilt, dass das angebotene Narkosegerät „auch mit Einweg CO₂ – Absorbern in Kartuschenform“ betrieben werden kann. Über nochmalige Aufforderung habe die Antragstellerin schließlich mit Schreiben vom 28.1.2009

erstmals die – offenbar „druckfrische“, dh. für den konkreten Anlassfall entsprechend geänderte – Bedienungsanleitung „*** und ****“ vorgelegt. Die Antragstellerin habe einige von der Antragsgegnerin weiters aufgezeigte Unklarheiten bzw. Widersprüche zwischen den Angaben im Angebot und der Gebrauchsanweisung dahingehend aufgeklärt, dass die mit dem Angebot vorgelegte Gebrauchsanweisung falsch bzw. missverständlich wäre und darauf hingewiesen, dass ihre Klarstellung „durch den Hersteller in der nächsten Revision der Bedienungsanleitung berücksichtigt“ wird. Schließlich habe die Antragstellerin im Rahmen der Produktpräsentation am 15.4.2009 schließlich darauf hingewiesen, dass die dem Angebot angeschlossene Gebrauchsanweisung „veraltet“ sei und es zwischenzeitlich eine aktuelle Gebrauchsanweisung gibt, „die von ihr umgehend nachgereicht werde“. Schließlich habe die Antragstellerin am 17.4.2009 erstmals die Gebrauchsanweisung „Rev. 2.5.7.“ vorgelegt, in der alle im Rahmen der Aufklärungen sowie der Produktpräsentation erörterten strittigen Punkte so geändert sind, dass sie annähernd den Behauptungen der Antragstellerin entsprechen. Faktum sei jedoch, dass zumindest die Gebrauchsanweisung „Rev.2.5.7“ erst nach der Angebotsöffnung vom 12.1.2009 erstellt wurden. Damit sei die im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorgelegte Gebrauchsanweisung-Fassung „Rev.2.5.6.“ die aktuelle Version, die für die Angebotsprüfung maßgeblich gewesen sei.

Zum Vorbringen der Antragstellerin zum Qualitätskriterium „Notfallbetrieb“ verweist die Antragsgegnerin zunächst auf die Festlegung zu Punkt 5.5.2 der Ausschreibungsunterlage. Die von der Antragstellerin angegebene Zeit für die Notfallsbeatmung sei nur jene Zeit, die für das „Aufdrehen des Raster-Flow-Meters“ benötigt wird. Tatsächlich sei bei diesem Subkriterium auf die Dauer abzustellen, bis eine Notfallsbeatmung des Patienten mit entsprechendem Sauerstoffanteil sichergestellt ist. Im Rahmen der Produktpräsentation und der dabei durchgeführten Tests habe das Gerät der Antragstellerin in drei Versuchen die Mindestzeit von 2,175 Sekunden erreicht. Auch das Gerät der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nach den gleichen Methoden unter Verwendung der gleichen Mittel und in Anwesenheit der gleichen Personen einem Test unterzogen worden, habe aber einen besseren Wert erzielt.

Hinsichtlich des Qualitätssubkriteriums „Geräteaufbereitung“ hätten die Bieter anzugeben gehabt, aus wie vielen Komponenten das patientengasführende Atemsystem inklusive der erforderlichen Flow-Sensoren (Beatmungsschläuche ausgenommen) besteht. Diese Komponenten müssen regelmäßig aufbereitet werden. Bestehen die aufzubereitenden Einzelkomponenten aus neun Stück, erhält der Bieter 30 Punkte bei 10-14 Teilen 15 Punkte bei mehr als 15 Teilen fünf Punkte. Aus der von der Antragstellerin vorgelegten Gebrauchsanweisung gehe hervor, dass darin insgesamt 14 wieder aufzubereitende Teile beschrieben werden. In ihrem Angebot habe die Antragstellerin angegeben, es wären nur neun Teile wieder aufzubereiten. Schließlich habe – nach Vorhalt dieses Widerspruchs – die Antragstellerin in einer Stellungnahme vom 23.1.2009 erklärt, dass nur acht Teile mit Patientengas in Berührung kämen und aufzubereiten wären. Über neuerliche Nachfrage habe die Antragstellerin schließlich am 28.1.2009 mitgeteilt, dass neun Teile - darunter auch das Patientenmodul, nicht aber der Adapter Einmal – CO₂ – Absorber – mit Patientengas in Berührung kommen und aufzubereiten sind. Auch diese Behauptung stand im Widerspruch zur Gebrauchsanweisung „Rev.2.5.6“. Im Rahmen der Produktpräsentation habe schließlich die Antragsgegnerin festgestellt, dass die mit Patientengas in Berührung kommenden Komponenten aus jedenfalls mehr als neun bestehen, weshalb bei diesem Subkriterium der Antragstellerin zurecht nur 15 Punkte zuerkannt worden seien.

Obwohl die Antragstellerin behauptet, das Gerät der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei ihr bestens bekannt „seien ihre Ausführungen zum Gerätetest laut Gebrauchsanweisung betreffend dieses Gerät unrichtig“. Eine Notwendigkeit oder Empfehlung des Herstellers, einen „Selbsttest“ zwischen den einzelnen Operationspunkten (Wechsel des zu behandelnden Patienten) gäbe es nicht (Schriftsatz vom 4.5.2009).

Mit Schriftsatz vom 6.5.2009 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Teilnahmeberechtigte in das Verfahren eingetreten und hat in ihren begründeten Einwendungen gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Zunächst bringt die Teilnahmeberechtigte unter Zitierung einschlägiger Judikatur vor, der Antragstellerin würde es aufgrund der Nichterfüllung eines Mindestkriteriums an der Antragslegitimation fehlen; ihr Angebot wäre von der Antragsgegnerin richtigerweise auszuschneiden gewesen. Sie begründet diese Ansicht damit, dass zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe lediglich eine Gebrauchsanweisung für das von der Antragstellerin angebotene Produkt *** mit der Nummer Rev.2.5.6. zur Verfügung gestanden ist. Diese zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe aktuelle Gebrauchsanweisung sei für die Beurteilung des Angebotes der Antragstellerin als maßgeblich heranzuziehen gewesen. Wenn sich die Antragstellerin nunmehr auf die Gebrauchsanweisung Nummer 2.5.7 berufe, sei dies mangels Gewährleistung des gebotenen fairen Wettbewerbs und der gebotenen Bietergleichbehandlung aus

vergaberechtlicher Sicht unzulässig. Nach der für die Beurteilung des Angebotes der Antragstellerin ausschließlich maßgeblichen Gebrauchsanweisung Nummer 2.5.6 erfülle das von der Antragstellerin angebotene Produkt *** nicht das nachstehende Mindestkriterium gemäß der Ausschreibungsunterlage, wonach das Anästhesiegerät für Neugeborene, Kinder und Erwachsene geeignet sein muss, ohne dass ein Tausch von Systemkomponenten (ausgenommen Patientenschläuche) notwendig sei. In der vorgelegten Gebrauchsanweisung würden sich jedoch zwei technische Vorgaben finden, welche im Widerspruch zu der angeführten Mindestanforderung einen Tausch von Systemkomponenten bei Kindern erforderlich machen. Mangels Erfüllung dieses Mindestkriteriums wäre das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen.

Zu der von der Antragstellerin behaupteten unrichtigen Beurteilung der Kriterien „Notfallbetrieb, Geräteaufbereitung und Gerätetest“ führt die Teilnehmerebene aus, dass der Gerätetest erwiesen habe, dass der Gerätetest erwiesen habe, dass eine Notfallsbeatmung mit dem Gerät der Teilnehmerebene in wesentlich kürzerer Zeit sichergestellt werden könne als mit dem Gerät der Antragstellerin. Zu messen wäre nicht die Zeit, die benötigt wird, den entsprechenden Schalter zu betätigen, sondern die Dauer bis eine Notfallsbeatmung mit entsprechendem Sauerstoffanteil des Patienten sichergestellt sei.

Hinsichtlich der Geräteaufbereitung führt die Teilnehmerebene aus, dass ungeachtet der Ausführungen der Antragstellerin bezüglich des Umganges mit dem CO₂-Absorber entsprechend der zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe aktuellen Gebrauchsanweisung unwiderlegbare Beweise gegeben seien, dass die aufzubereitenden Teile beim Gerät der Antragstellerin die Gesamtzahl von 10 (weit!) übersteigen würden.

Hinsichtlich des Gerätetests weist die Teilnehmerebene darauf hin, dass nach der Ausschreibungsunterlage nur nach einem Gerätetest und nicht nach einem „Lekagetest“ gefragt worden sei. Ein Gerätetest sei jedoch beim Gerät der Teilnehmerebene nur einmal täglich empfohlen, ein Gerätetest zwischen den einzelnen Operationspunkten (Patienten) sei nicht erforderlich.

Mit Schriftsatz vom 11.5.2009 hat die Antragstellerin auf die Schriftsätze sowohl der Antragsgegnerin als auch der Teilnehmerebene repliziert und ausgeführt, es sei zwar richtig, dass die mit dem Angebot der Antragstellerin vorgelegte Bedienungsanleitung Rev.2.5.6 sich auf sämtliche sterilisierbaren abnehmbaren Komponenten des angebotenen Gerätes beziehe. Nach der Ausschreibungsunterlage sei jedoch lediglich gefragt worden, aus wie vielen Einzelkomponenten das „patientengasführende Atemsystem inklusive der erforderlichen Flow-Sensoren, exklusive Patientenschlauchsystem“ bestehe. Korrekterweise habe die Antragstellerin hier angegeben, dass das patientengasführende Atemsystem aus neun Bestandteilen bestehe. „Dies obwohl die, wie oben dargestellt, wesentlich umfassendere Aufzählung der abnehmbaren Komponenten in Punkt 12.2.2 der Bedienungsanleitung Rev.2.5.6 insgesamt 14 Teile anführt“. Angesichts dessen, dass die Bedienungsanleitung Rev.2.5.6 eine andere Einteilung als die Ausschreibungsunterlage verfolgt „sei der Antragstellerin hier nichts anderes übrig geblieben“ als die in der Ausschreibungsunterlage geforderte Anzahl anzugeben. Die Antragstellerin habe auch mit Schreiben vom 23.1.2009 klargestellt, dass das Patientenmodul aus insgesamt (einschließlich Patientenmodul) neun Bestandteilen bestehe. Im Rahmen der regulären Überarbeitung der Bedienungsanleitung (insbesondere der durchgreifenden Erneuerung der Bedienungsanleitung auf die nunmehrige Fassung Rev.2.5.7) seien Klarstellungen dahingehend vorgenommen worden, welche Teile des Patientenmoduls Kontakt mit Patientengas haben. Sämtliche von der Antragsgegnerin gewünschten Aufklärungen habe diese erhalten. Die Tatsache, dass die Neufassung der Bedienungsanleitung in der Fassung 2.5.7 annähernd zeitgleich mit der Präsentation des angebotenen Gerätes zur Verfügung gestanden sei, liege außerhalb der Verfügungsmacht der Antragstellerin. Festzuhalten sei jedoch, dass die nunmehr als „unzulässiges Nachbessern“ bekämpfte Vorlage der Neufassung der Bedienungsanleitung aufgrund der diesbezüglich ausdrücklichen Aufforderung durch die Leiterin der Beurteilungskommission während der Produktpräsentation am 15.4.2009 erfolgt sei. Zum Vorwurf, dass der Hersteller anlassbezogene und „druckfrische“ Bedienungsanleitungen nachgeliefert habe, verweist die Antragstellerin darauf, dass die Bedienungsanleitung vom Juni 2008 datiere und damit zeitgleich bzw. im Zusammenhang mit der Freigabe des Adapters Einmal – CO₂-Absorber erstellt worden sei.

Entgegen dem Standpunkt der präsumentiven Zuschlagsempfängerin sei eine Verletzung des Medizinproduktegesetzes durch die Änderungen in der Bedienungsanleitung von Rev.2.5.6 zu Rev.2.5.7 nicht gegeben, da eine neuerliche CE-Konformitätsbewertung nicht notwendig sei. Eine Änderung der Bedienungsanleitung bedeute keine Änderung bei den Einsatzmöglichkeiten des Gerätes. Soweit die Teilnehmerebene der Antragstellerin vorwirft, mit ihrem Angebot ein Mindestkriterium nicht zu erfüllen, sei auf die Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin und den dazu

erfolgten Stellungnahmen, insbesondere auf die Bestätigung des Herstellers, zu verweisen. Bei richtiger Beurteilung liege eine Verletzung einer Mindestanforderung nicht vor.

Zum Qualitätskriterium „Notfallbetrieb“ bringt die Antragstellerin ergänzend vor, dass eine ausschreibungskonforme Beurteilung nicht vorliege, weil das von der Kommission bei der Produktpräsentation gewählte Verfahren nicht Gegenstand der Ausschreibungsunterlage gewesen sei. Neuerlich versucht sie zu argumentieren, warum die Aufnahme eines Notfallbetriebes mit ihrem Gerät rascher möglich sei als mit jenem der Teilnehmereberechtigten.

Zur Geräteaufbereitung vertritt sie weiterhin den Standpunkt, dass nur neun Einzelkomponenten aufzubereiten wären und nicht, wie von der Antragsgegnerin ausgeführt, 11. Bei der Frage, aus wie vielen Einzelkomponenten das patientengasführende Atemsystem bestehe, werde auf den Aufwand bzw. die Anzahl der Teile abgestellt, die bei der Aufbereitung separat zu behandeln sind. Zur Beurteilung dieser Frage seien nach der Ausschreibungsunterlage die Ausführungen in der gültigen Gebrauchsanweisung heran zu ziehen. Da die Gebrauchsanweisung (Rev.2.5.6) nicht den Unterscheidungskriterien in der Ausschreibung folge und sich nicht auf das patientengasführende Atemsystem sondern auf alle „abnehmbaren Komponenten“ beziehe, habe die Antragstellerin die geforderten Informationen korrekt erstattet.

Zum Gerätetest laut Gebrauchsanweisung führt die Antragstellerin aus, dass ein solcher nach der Ausschreibungsunterlage verlangt werde. Die von der Antragsgegnerin vertretene Ansicht, wonach „grundsätzlich aufgrund des Gerätetests zwischen zwei Operationspunkten (Patienten) aus Sicht des Herstellers (Gebrauchsanweisung)“ beim Gerät der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf einen Test verzichtet werden könne, sei in dieser Form nicht richtig, weshalb auch die diesbezügliche Qualitätsbeurteilung des Angebotes der Teilnehmereberechtigten unrichtig wäre.

Dazu hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 20.5.2009 zusammenfassend Stellung genommen und ihre bereits bekannten Standpunkte wiederholt. Zu der von der Teilnehmereberechtigten aufgeworfenen Frage der Antragslegitimation der Antragstellerin führt die Antragsgegnerin aus, sie habe diesbezüglich die Antragstellerin um verbindliche, schriftliche Aufklärung ersucht, die ihr am 28.1.2009 erteilt worden sei. Diesem Aufklärungsschreiben sei auch eine Bestätigung des Herstellers aus Deutschland vom 28.1.2009 angeschlossen gewesen. Darin sei ausdrücklich bestätigt worden, „dass bei einem Wechsel der Patientengruppen die Wasserfalle und die Messgasleitung nicht zu tauschen“ sind. Dies werde in der nächsten Revision der Bedienungsanleitung berücksichtigt werden.

Schließlich hat die Teilnehmereberechtigte in einer abschließenden Stellungnahme vom 16.6.2009 abermals darauf hingewiesen, dass durch das Nachreichen einer neuen Betriebsanleitung eine unzulässige Nachbesserung des Angebotes der Antragstellerin gegeben wäre. Als Mindestkriterium sei verlangt worden, dass das Anästhesiegerät für Neugeborene, Kinder und Erwachsene gleichermaßen geeignet sein müsse, ohne dass ein Tausch von Systemkomponenten notwendig wäre. Dem widerspreche die mit dem Angebot vorgelegte Betriebsanleitung, weshalb das Angebot der Antragstellerin jedenfalls auszuschneiden gewesen wäre. Zum Notfallbetrieb verweist die Teilnehmereberechtigte darauf, dass nach den klaren Festlegungen in der Ausschreibung von einer Notfallsbeatmung auszugehen sei, nämlich von einer Beatmung des Patienten mit entsprechendem Sauerstoffanteil. Der von der Antragsgegnerin gewählte Testaufbau im Rahmen der Probestellung sei mit den Bietern besprochen und deren Zustimmung dazu auch erteilt worden.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der aufgrund des übereinstimmenden Vorbringens der Parteien als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der Parteien, die auch jeweils der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Gegenäußerung zugestellt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 25.6.2009 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe des Auftrages zur Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von 18 Stück Narkosegeräten. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich. Die Kundmachung des Verfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Nachdem aufgrund ihres Teilnahmeantrages die Antragstellerin zur zweiten Stufe des Verfahrens zugelassen worden war, hat sie in der Folge neben zwei weiteren Bietern ein Angebot abgegeben. Das Ende der Angebotsfrist war der 12.1.2009, 12.00 Uhr, die Angebotsöffnung fand anschließend statt.

Dem Vergabeverfahren liegt die Ausschreibungsunterlage „Lieferauftrag Narkosegeräte" mit Stand 19.12.2008, zugrunde. Alternativ- und Abänderungsangebote waren nicht zugelassen (Punkt 4.13). Der Zuschlag soll nach dem Bestbietersystem erfolgen, wobei der Preis mit 40 % und die Qualität mit 60 % gewichtet wurden. Beim Qualitätskriterium finden sich acht Qualitätskriterien und zwar „Selbsttest, Notfallbetrieb, Narkosegasfortleitung, O2-Konzentration, O2-Mindestkonzentration, Anästhesiegasverbrauch, Geräteaufbereitung und Geräteselbsttest laut Gebrauchsanweisung (Punkt 5.5-Subkriterien und deren Gewichtung). Mit dem Angebot war auch eine für das angebotene Gerät jeweils gültige Gebrauchsanweisung abzugeben (Pkt. 4.10 der AU).

Im Anhang 1 Obergruppe 01, überschrieben mit Leistungsverzeichnis – definitiver

Leistungsgegenstand werden auf Seite 31/57 Mindestanforderungen festgelegt. Als

erste dieser Mindestanforderungen wird verlangt, dass „das Anästhesiegerät ... für

Neugeborene, Kinder und Erwachsene geeignet sein (muss), ohne dass ein Tausch von

Systemkomponenten (ausgenommen Patientenschläuche) notwendig ist". Unter

zahlreichen weiteren Mindestanforderungen wird auch verlangt, dass „das Gerät ... über

einen CO2-Absorber in Kartuschenform verfügen" muss (Seite 32/57 der AU).

Die Antragstellerin hat das Gerät „***" angeboten und dazu eine Bedienungsanleitung „Rev.2.5.6 ab Softwareversion 2.3.66" vorgelegt. Im Kapitel 6 – dieser Betriebsanleitung wird im Punkt 6.2.13.1.1 – Anschluss der Wasserfalle in Fettschrift und mit einem fettgedruckten Hinweis Pfeil Folgendes ausgeführt:

„Überprüfen Sie regelmäßig den Füllstand. Zur Entleerung oder Wechsel der Wasserfalle beachten Sie 14.2.3.2.2.2/14-6.

Bei der Beatmung von Neonaten oder Beatmungsfrequenzen >80/min benutzen Sie bitte die Wasserfalle für Neonaten (blaue Codierung)".

Im nächstfolgenden Punkt 6.2.13.1.2 – „Anschluss der Messgasleitung" wird ebenso in Fettschrift mit einem fettgedruckten Hinweis Pfeil ausgeführt:

„Bei der Beatmung von Neonaten oder Beatmungsfrequenzen >80/min benutzen Sie bitte die Wasserfalle und die Messgasleitung für Neonaten (blaue Codierung). Benutzen Sie die Wasserfalle für Erwachsene mit der Messgasleitung für Erwachsene. Verwenden Sie nur zugelassenes Zubehör".

Im Kapitel „Instandhaltung und Wartung" wird in der Betriebsanleitung unter Punkt 14.2.3.2.2.2 – „Wechsel oder Entleeren der Wasserfalle" abermals in Fettschrift mit einem fettgedruckten Hinweis Pfeil folgender Vermerk angeführt: „Bei der Beatmung von Neonaten benutzen Sie bitte die Wasserfalle für Neonaten (blaue Codierung 6.2.13.1.2/6-16)".

Im Punkt 4.10 der Ausschreibungsunterlage ist festgelegt, dass die Leistungen des Bieters alle im Punkt 3 in Verbindung mit Anhang 1 der Ausschreibungsunterlage genannten Angaben und Leistungen umfassen und „durch beigelegte Datenblätter belegt werden" müssen. Weiters wird verlangt, dass „für sämtliche angebotenen Geräte Konformitätserklärungen und Gebrauchsanweisungen beigelegt werden". Die beim Angebot beigelegten Gebrauchsanweisungen sollten die Grundlage für die Bewertung der Qualitätssubkriterien sein (Punkt 5.5.8 – Gerätetest laut Gebrauchsanweisung).

Ergänzend dazu wird im Anhang 1 – Leistungsverzeichnis unter anderem hinsichtlich des Sicherheits- und Betriebskonzeptes (Abschnitt 1.1.2 festgelegt) „als Grundlage für die nachstehenden Antworten sind die entsprechenden Ausführungen in den Gebrauchsanweisungen der angebotenen Geräte verbindlich" (Seite 35/57) sowie in Punkt 1.5.1 – Geräteaufbereitung, wo festgelegt ist: „nachstehende Fragen beziehen sich auf die Aufbereitung der Geräte und dem entsprechenden Aufwand. Die Antworten sind entsprechend der Ausführungen in der gültigen Gebrauchsanweisung des angebotenen Gerätes zu geben" (Seite 49/57).

Die von der Antragstellerin mit ihrem Angebot vorgelegte Betriebsanleitung in der Fassung Rev.2.5.6 enthält keinen Hinweis auf die Verwendbarkeit von CO2-Absorbern in Kartuschenform.

Sowohl diesen Widerspruch zwischen der Ausschreibung und der Betriebsanleitung hinsichtlich der Verwendbarkeit von CO2-Absorbern in Kartuschenform als auch unter Hinweis darauf, dass nach der vorgelegten

Gebrauchsanweisung beim Einsatz des Gerätes zur Beatmung von Neonaten oder Beatmungsfrequenzen >80/min eine Wasserfalle für Neonaten erforderlich sei, damit ein Tausch von Systemkomponenten durchgeführt werden müsste, hat die Antragsgegnerin dies der Antragstellerin mit E-Mail vom 16.1.2009 vorgehalten. Dazu hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 23.1.2009 lediglich erklärt, dass das von ihr angebotene Narkosegerät „***“ „auch mit Einweg-CO₂-Absorbern in Kartuschenform betrieben werden kann“, wobei der CO₂-Absorber „mit einem Adapter an den Absorbereingang des Atemsystems verbunden“ ist. Über nochmalige Aufforderung hat die Antragstellerin schließlich mit Schreiben vom 28.1.2009 eine Bedienungsanleitung „***“ und „***“ vorgelegt. Bei der „Wasserfalle“ oder „Messgasleitung“ des von der Antragstellerin angebotenen Gerätes handelt es sich um Systemkomponenten, weil deren Wechsel grundsätzlich nur einmal monatlich vorgesehen ist (Punkt 14.2.3.2.2.1 der Gebrauchsanweisung Rev.2.5.6). Auf Vorhalt, ob im Hinblick auf die Ausführungen in der Betriebsanleitung die Mindestanforderung, wonach das Anästhesiegerät für Neugeborene, Kinder und Erwachsene geeignet sein muss, ohne dass ein Tausch von Systemkomponenten notwendig ist, hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 23.1.2009 geantwortet und ausgeführt:

„Auf Grund der Messgasrückführung der entnommenen Gasprobe in das Atemsystem ist die im Kapitel 6.2.13.1.1 der Bedienungsanleitung beschriebene Wasserfalle und Messgasleitung für alle Patientengruppen (Neugeborene, Kinder und Erwachsene) geeignet.“

Für wissenschaftliche Zwecke kann die in Kapitel 6.2.13.1.2 der Bedienungsanleitung beschriebene Wasserfalle und Messgasleitung verwendet werden, um die Messgenauigkeit bzw. Performance bei sehr kleinen Tidalvolumen bzw. Atmungsdrücken steigern zu können. Somit ist die Wasserfalle und Messgasleitung eine zusätzliche Option“.

Da sich für diese Erklärung der Antragstellerin in der vorgelegten Betriebsanleitung keinerlei Anhaltspunkte bzw. Belege gefunden haben, hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit E-Mail vom 26.1.2009 um verbindliche schriftliche Aufklärung zu dem in der Betriebsanleitung verlangten Tausch der Wasserfalle ersucht. Dazu hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 28.1.2009 wie folgt geantwortet:

„Wir bestätigen hiermit schriftlich und verbindlich, dass die Wasserfalle wie in der Bedienungsanleitung Rev.2.5.6 Kapitel 6.2.13.1.1 (***) abgebildet in Verwendung mit der Messgasleitung (***), für alle Patientengruppen (Neugeborene, Kinder und Erwachsene) zugelassen ist und für alle Patientengruppen (Neugeborene, Kinder und Erwachsene) verwendet werden kann. Wir verweisen auf die firmenmäßige Bestätigung des Herstellers vom 28.1.2009!“.

Diesem Aufklärungsschreiben war eine Bestätigung des Herstellers *** GmbH (Deutschland) vom 28.1.2009 mit folgendem Inhalt angeschlossen:

„Als Hersteller des Narkosegerätes *** bestätigen wir hiermit schriftlich und verbindlich, dass die Wasserfalle wie in der Bedienungsanleitung Rev.2.5.6 Kapitel 6.2.13.1.1 (***) abgebildet, in Verbindung mit der Messgasleitung (***), für alle Patientengruppen (Neugeborene, Kinder und Erwachsene) zugelassen ist und für alle Patientengruppen (Neugeborene, Kinder und Erwachsene) verwendet werden kann.“

Somit sind bei einem Wechsel der Patientengruppen die Wasserfalle und die Messgasleitung nicht zu tauschen.

Dies werden wir selbstverständlich in der nächsten Revision der Bedienungsanleitung berücksichtigen.“

Nach Punkt 5.1.2 der Ausschreibungsunterlage hat am 15.4.2009 eine Gerätepräsentation stattgefunden, in deren Zuge der Vertreter der Antragstellerin darauf hingewiesen hat, dass die mit dem Angebot vorgelegte Gebrauchsanweisung „veraltet“ sei und es zwischenzeitlich eine „aktuelle Gebrauchsanweisung“ gibt, die nachgereicht werden wird (Frage 10 der Niederschrift über die Produktpräsentation vom 15.4.2009). Aus den Vergabeakten ergibt sich, dass von der Antragstellerin am 17.4.2009 als „ergänzende Unterlage“ eine Bedienungsanleitung *** Rev.2.5.7., Bedienungsanleitung *** Rev.1.0.0 und eine Bedienungsanleitung ***, REV.1.0.0 der Antragsgegnerin übergeben worden sind.

Weiters findet sich in den Vergabeakten eine mit 16.4.2009 datierte Niederschrift über die Angebotsprüfung, in der eingehend und detailliert zu allen Zuschlagskriterien Stellung genommen wird und nachvollziehbar verbal begründet wird, wie die Bewertungskommission zu ihrer Punkteverteilung gelangte. Danach hat das Angebot der Antragstellerin 91,47 Punkte, jenes der Teilnehmereberechtigten 94,59 Punkte erhalten. Dabei haben beim Kriterium Qualität die Teilnehmereberechtigten und die Antragstellerin nur beim Notfallbetrieb, Anästhesiegas verbraucht und beim Subkriterium Geräteaufbereitung unterschiedliche Punkte erhalten.

Die Zuschlagsentscheidung vom 20.4.2009 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Ihr Nachprüfungsantrag ist am 23.4.2009 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 25.6.2009 haben Antragstellerin und Antragsgegnerin übereinstimmend erklärt, dass das von der Antragstellerin am 15.4.2009 zur Probe gestellte Geräte „keine blau markierte Wasserfälle und keine blau markierte Messgasleitung aufgewiesen“ hat. (Protokoll Seite 7).

In der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin zum Problem der vorgelegten Betriebsanleitung ausgeführt, dass das angebotene Gerät im Zeitpunkt der Angebotseröffnung „an sich der Version 2.5.7. entsprochen hat“. Dies hätte die Antragstellerin auch im Zuge der Produktpräsentation gezeigt und nach der Angebotseröffnung schriftlich erklärt. Warum nicht bereits im Angebot auf diesem Umstand hingewiesen wurde, konnte die Antragstellerin nicht erklären, zumal ihrer Ansicht nach das Gerät „auch in der Version 2.5.6 die nach der Ausschreibung geforderten Mindestanforderungen erbracht“ habe (Protokoll Seite 5/6).

Diese ergänzenden Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der Vergabeakten sowie auf das – bis auf die rechtliche Würdigung – über weite Strecken nahezu gleichlautende Vorbringen der Parteien. Soweit sich die Feststellungen auf den Inhalt der Vergabeakten stützen, wurden die jeweiligen Belegstellen zitiert. Das Verfahren hat jedenfalls ergeben, dass – diesbezüglich auch von der Antragstellerin zugestanden – mit ihrem Angebot eine Betriebsanleitung vorgelegt wurde, die von der Antragstellerin selbst als „veraltet“ bezeichnet wurde. So hat sie auch im Nachprüfungsverfahren vorgebracht, die Änderungen in der Bedienungsanleitung würden nur Klarstellungen bedeuten, die lediglich „im Rahmen der regulären Überarbeitung der Bedienungsanleitungen (insbesondere der durchgreifenden Erneuerung der Bedienungsanleitung auf die nunmehrige Fassung 2.5.7)“ erfolgt seien (Schriftsatz vom 11.5.2009, Seite 2). Die in den Vergabeakten erliegende Niederschrift über die Angebotsprüfung detailliert und ausführlich gehalten, ihr ist nachvollziehbar zu entnehmen, auf Grund welcher Überlegungen und Ergebnisse die Antragsgegnerin bei der Bewertung der Subkriterien zum Qualitätskriterium zu ihrer Bewertung gekommen ist. So werden insbesondere die Subkriterien „Notfallbetrieb“, „Geräteaufbereitung“ und „Gerätetest laut Gebrauchsanweisung“ eingehend behandelt. Aus den Vergabeakten ergibt sich auch, dass die Antragstellerin erst am 17.4.2009, also Monate nach der am 12.1.2009 erfolgten Angebotsöffnung, die von ihr als „Klarstellungen“ bezeichnete Bedienungsanleitung in der Fassung 2.5.7 vorgelegt hat.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z. 1 BVergG 2006. Sie führt ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes, nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach den Kriterien Preis (40 %) und Qualität (60%) erteilt werden. 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 Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes, nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach den Kriterien Preis (40 %) und Qualität (60%) erteilt werden. 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 Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als 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 der Zuschlagsentscheidung 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 für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie dies bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am

20.4.2009 zugekommen. Ihr am 23.4.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher gemäß § 24 Abs. 1 Z.1 WVRG 2007 rechtzeitig. 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 Nichtigkeitserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als 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 Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung 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 für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie dies bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am 20.4.2009 zugekommen. Ihr am 23.4.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher gemäß Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer eins, WVRG 2007 rechtzeitig.

Nachprüfungsantrag ist jedoch aus nachstehenden Gründen nicht berechtigt.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 setzt die Antragstellung voraus, dass einem Unternehmer oder einer Unternehmerin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Bundesvergabegesetz 2006 unterliegenden Vertrages behauptet mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin nach § 2 Z. 16 lit. a sublit. bb BVergG 2006, nämlich die Zuschlagsentscheidung vom 20.4.2009, liegt vor. Nun hat die Teilnahmeberechtigte in ihrem Schriftsatz vom 6.5.2009 vorgebracht, der Antragstellerin würde es an der Antragslegitimation aufgrund der Nichterfüllung eines Mindestkriteriums fehlen, weshalb ihr Angebot auszuscheiden gewesen wäre. Ihr könne daher durch die angefochtene Entscheidung ein Schaden nicht entstehen, weshalb ihrem Antrag als unzulässig nicht statt zu geben wäre. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 setzt die Antragstellung voraus, dass einem Unternehmer oder einer Unternehmerin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Bundesvergabegesetz 2006 unterliegenden Vertrages behauptet mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG 2006, nämlich die Zuschlagsentscheidung vom 20.4.2009, liegt vor. Nun hat die Teilnahmeberechtigte in ihrem Schriftsatz vom 6.5.2009 vorgebracht, der Antragstellerin würde es an der Antragslegitimation aufgrund der Nichterfüllung eines Mindestkriteriums fehlen, weshalb ihr Angebot auszuscheiden gewesen wäre. Ihr könne daher durch die angefochtene Entscheidung ein Schaden nicht entstehen, weshalb ihrem Antrag als unzulässig nicht statt zu geben wäre.

Dazu hat der VwGH zuletzt in seiner Entscheidung vom 18.3.2009, ZI.2007/04/0095 ausgesprochen, dass eine Nachprüfungsbehörde befugt und verpflichtet ist, insbesondere bei hinreichend konkreten Einwendungen einer Verfahrenspartei, bei der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 (entspricht § 20 Abs. 1 WVRG 2007) zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuscheiden gewesen wäre. In diesem Sinne war daher zunächst als Vorfrage zu prüfen, ob ein derartiger, von der Nachprüfungsbehörde wahrzunehmender, offenkundiger Ausscheidungsgrund bezüglich des Angebotes der Antragstellerin vorliegt oder nicht (vgl. § 38 AVG). Dazu hat der VwGH zuletzt in seiner Entscheidung vom 18.3.2009, ZI.2007/04/0095 ausgesprochen, dass eine Nachprüfungsbehörde befugt und verpflichtet ist, insbesondere bei hinreichend konkreten Einwendungen einer Verfahrenspartei, bei der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 (entspricht Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007) zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuscheiden gewesen wäre. In diesem Sinne war daher zunächst als Vorfrage zu prüfen, ob ein derartiger, von der Nachprüfungsbehörde wahrzunehmender, offenkundiger Ausscheidungsgrund bezüglich des Angebotes der Antragstellerin vorliegt oder nicht vergleiche Paragraph 38, AVG).

Nach Ansicht des erkennenden Senates liegt beim Angebot der Antragstellerin ein Ausscheidungsgrund nach § 129

Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 vor, da nach den von ihr mit dem Angebot vorgelegten Unterlagen, insbesondere der Betriebsanweisung für das angebotene Gerät *** dieses nicht den in der Ausschreibung festgelegten Mindestkriterien entspricht. Zutreffend verweisen sowohl die Antragsgegnerin als auch die Teilnahmeberechtigte darauf, dass nach Punkt 4.10 der Ausschreibungsunterlage die Angaben zu den angebotenen Geräten sowie zu deren Leistungen durch beigelegte Datenblätter nachgewiesen werden müssen. Weiters war verlangt, dass „für sämtliche angebotene Geräte Konformitätserklärungen und Gebrauchsanweisungen beigelegt werden“. Die dem Angebot beigelegten Gebrauchsanweisungen waren die Grundlage für die Bewertung der Qualitätskriterien (dazu unter anderem aus dem Leistungsverzeichnis Punkte 1.1.2, Seite 35/57 und Punkt 1.5.1, Seite 49/57). Nun hat die Antragstellerin unstrittigerweise mit ihrem Angebot eine Gebrauchsanweisung in der Fassung „Rev. 2.5.6“ vorgelegt, die ausschließlich der Bestbieterermittlung zu Grunde zu legen war und nach deren Inhalt die Qualitätssubkriterien zu bewerten waren. Die von der Antragstellerin – jeweils über Vorhalt der Antragsgegnerin - gegebenen „Klarstellungen“ und letztlich die Nachreichung von Bedienungsanleitungen, und zwar „Bedienungsanleitung *** Rev.2.5.7, Bedienungsanleitung *** Rev.1.0.0 und Bedienungsanleitung *** Rev .1.1.0.0“ am 17.4.2009, also Monate nach der am 12.1.2009 erfolgten Angebotseröffnung wären daher von der Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsbewertungen nicht zu berücksichtigen gewesen. Nach Ansicht des erkennenden Senates liegt beim Angebot der Antragstellerin ein Ausscheidungsgrund nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 vor, da nach den von ihr mit dem Angebot vorgelegten Unterlagen, insbesondere der Betriebsanweisung für das angebotene Gerät *** dieses nicht den in der Ausschreibung festgelegten Mindestkriterien entspricht. Zutreffend verweisen sowohl die Antragsgegnerin als auch die Teilnahmeberechtigte darauf, dass nach Punkt 4.10 der Ausschreibungsunterlage die Angaben zu den angebotenen Geräten sowie zu deren Leistungen durch beigelegte Datenblätter nachgewiesen werden müssen. Weiters war verlangt, dass „für sämtliche angebotene Geräte Konformitätserklärungen und Gebrauchsanweisungen beigelegt werden“. Die dem Angebot beigelegten Gebrauchsanweisungen waren die Grundlage für die Bewertung der Qualitätskriterien (dazu unter anderem aus dem Leistungsverzeichnis Punkte 1.1.2, Seite 35/57 und Punkt 1.5.1, Seite 49/57). Nun hat die Antragstellerin unstrittigerweise mit ihrem Angebot eine Gebrauchsanweisung in der Fassung „Rev. 2.5.6“ vorgelegt, die ausschließlich der Bestbieterermittlung zu Grunde zu legen war und nach deren Inhalt die Qualitätssubkriterien zu bewerten waren. Die von der Antragstellerin – jeweils über Vorhalt der Antragsgegnerin - gegebenen „Klarstellungen“ und letztlich die Nachreichung von Bedienungsanleitungen, und zwar „Bedienungsanleitung *** Rev.2.5.7, Bedienungsanleitung *** Rev.1.0.0 und Bedienungsanleitung *** Rev .1.1.0.0“ am 17.4.2009, also Monate nach der am 12.1.2009 erfolgten Angebotseröffnung wären daher von der Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsbewertungen nicht zu berücksichtigen gewesen.

Im Anhang 1 – „Leistungsverzeichnis“ wird im Abschnitt „Mindestanforderungen“ unter anderem festgelegt, dass das Anästhesiegerät für Neugeborene, Kinder und Erwachsene geeignet sein muss, ohne dass ein Tausch von Systemkomponenten (ausgenommen Patientenschläuche) notwendig ist (Seite 31/57), sowie dass das Gerät über einen CO2 Absorber in Kartuschenform verfügen muss (Seite 32/57). Nach der mit dem Angebot abgegebenen Gebrauchsanweisung Rev .2.5.6 erfüllt das angebotene Gerät diese Mindestforderungen nicht. So ergibt sich aus der der Bewertung allein zu Grunde zu legenden Bedienungsanleitung Rev.2.5.6 ab Software Version 2.3.66, dass für die Beatmung von Neonaten oder Beatmungsfrequenzen größer als 80/min. die Wasserfalle für Neonaten, bzw. die Messgasleitung für Neonaten, mit einer blauen Codierung zu verwenden ist (Punkt 6.2.13.1.1 und 6.2.13.1.2 der Bedienungsanleitung). Im Kapitel über die Instandhaltung und die Wartung des Gerätes findet sich dieser Hinweis ebenfalls im Abschnitt „Wechsel oder Entleeren der Wasserfalle“ (Punkt 14.2.3.2.2.2). Dass die Hersteller des Gerätes diesem Umstand eine besondere Bedeutung beigemessen haben, ist auch daraus ersichtlich, dass diese Hinweise deutlich hervorgehoben in Fett-Druck mit entsprechenden Hinweissymbolen versehen sind. Die Antragstellerin hat zwar über Vorhalt durch die Antragsgegnerin dahingehend argumentiert, dass die vorgelegte Betriebsanleitung „veraltet“ wäre, die Erfüllung der beiden genannten Mindestkriterien jedoch durch eine aktualisierte Betriebsanleitung nachgewiesen werden könnte und hat sich dazu letztlich auf die von ihm am 17.4.2009 nachgereichte Bedienungsanleitung *** Rev.2.5.7 berufen. Warum die Antragstellerin bereits mit Angebotsabgabe nicht darauf verwiesen hat, dass entgegen den Ausführungen in der vorgelegten Betriebsanleitung die beiden Mindestanforderungen durch das Gerät erfüllt würden und diesbezüglich entsprechende Nachweise vorgelegt hat, konnte von ihr im Rahmen der mündlichen Verhandlung nicht erklärt werden. Damit ist das Angebot der Antragstellerin mit einem nicht behebbaren Mangel behaftet, der bereits im Zuge des Angebotsprüfungsverfahrens zur Ausscheidung des Angebotes hätte führen müssen.

In der oben genannten Entscheidung des Höchstgerichtes hat dieses ausgeführt, dass die Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausschlussgrund heranzuziehen, der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens dient (vgl. VWGH 28.3.2007, 2005/04/0200 und die dort genannten Belegstellen). Das Höchstgericht hat in diesem Zusammenhang auch ausgeführt, dass ein Nachprüfungsantrag eines Bieters, der ein mangelhaftes Angebot gelegt hat, nur dann als unzulässig zurückgewiesen werden kann, wenn der Mangel unbehebbar ist oder trotz eines vom Auftraggeber erteilten Verbesserungsauftrages nicht behoben worden ist. Dazu war aus den Vergabeakten festzustellen, dass die Antragsgegnerin die Nichterfüllung der beiden Mindestanforderungen sehr wohl erkannt hat, dies der Antragsgegnerin sowohl am 16.1.2009 als auch am 26.1.2009 vorgehalten hat, worauf die Antragstellerin in der festgestellten Art und Weise reagiert hat, indem sie erklärte, die von ihr vorgelegte Gebrauchsanweisung sei falsch bzw. missverständlich und darauf hinwies, dass ihre Klarstellungen „durch den Hersteller in der nächsten Revision der Bedienungsanleitung berücksichtigt“ werden. Diese Erklärungen reichen nach Ansicht des Senates - entgegen dem Standpunkt der Antragsgegnerin, die das Angebot nicht ausgeschieden hat - nicht aus, die Erfüllung der Mindestanforderungen anhand der mit dem Angebot vorgelegten Bedienungsanleitung Rev.2.5.6 nachzuweisen. Der Austausch bzw. die Nachreichung einer "aktualisierten" Bedienungsanleitung ist jedenfalls als unzulässig anzusehen. Damit ist aber der Ausscheidungstatbestand des § 129 Abs.1 Z. 7 BVergG 2006 gegeben. In der oben genannten Entscheidung des Höchstgerichtes hat dieses ausgeführt, dass die Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausschlussgrund heranzuziehen, der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens dient (vergleiche VWGH 28.3.2007, 2005/04/0200 und die dort genannten Belegstellen). Das Höchstgericht hat in diesem Zusammenhang auch ausgeführt, dass ein Nachprüfungsantrag eines Bieters, der ein mangelhaftes Angebot gelegt hat, nur dann als unzulässig zurückgewiesen werden kann, wenn der Mangel unbehebbar ist oder trotz eines vom Auftraggeber erteilten Verbesserungsauftrages nicht behoben worden ist. Dazu war aus den Vergabeakten festzustellen, dass die Antragsgegnerin die Nichterfüllung der beiden Mindestanforderungen sehr wohl erkannt hat, dies der Antragsgegnerin sowohl am 16.1.2009 als auch am 26.1.2009 vorgehalten hat, worauf die Antragstellerin in der festgestellten Art und Weise reagiert hat, indem sie erklärte, die von ihr vorgelegte Gebrauchsanweisung sei falsch bzw. missverständlich und darauf hinwies, dass ihre Klarstellungen „durch den Hersteller in der nächsten Revision der Bedienungsanleitung berücksichtigt“ werden. Diese Erklärungen reichen nach Ansicht des Senates - entgegen dem Standpunkt der Antragsgegnerin, die das Angebot nicht ausgeschieden hat - nicht aus, die Erfüllung der Mindestanforderungen anhand der mit dem Angebot vorgelegten Bedienungsanleitung Rev.2.5.6 nachzuweisen. Der Austausch bzw. die Nachreichung einer "aktualisierten" Bedienungsanleitung ist jedenfalls als unzulässig anzusehen. Damit ist aber der Ausscheidungstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 gegeben.

Ein Bieter, der gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, hat keinen Schaden, wenn er am Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann, weil er den Zuschlag ohnedies nicht erlangen kann (vgl. VWGH 28.5.2008, zI 2007/04/0232 und die dort zitierte Judikatur). Das Angebot der Antragstellerin wäre daher im Sinne der §§ 19 Abs. 1 BVergG 2006 bzw. 129 BVergG 2006 bereits von der Antragsgegnerin vor Ergehen der Zuschlagsentscheidung auszuschneiden gewesen. Ein Bieter, der gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, hat keinen Schaden, wenn er am Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann, weil er den Zuschlag ohnedies nicht erlangen kann (vergleiche VWGH 28.5.2008, zI 2007/04/0232 und die dort zitierte Judikatur). Das Angebot der Antragstellerin wäre daher im Sinne der Paragraphen 19, Absatz eins, BVergG 2006 bzw. 129 BVergG 2006 bereits von der Antragsgegnerin vor Ergehen der Zuschlagsentscheidung auszuschneiden gewesen.

Die Antragstellerin konnte daher den Zuschlag schon mangels eines ausschreibungskonformen Angebotes nicht erlangen, sodass ihr durch die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Teilnahmeberechtigten kein Schaden entstehen kann. Da ein Schaden jedoch gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 Voraussetzung für einen Nachprüfungsantrag ist, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre, fehlt es ihr gemäß der ständigen Judikatur der Nachprüfungsbehörden sowie der Höchstgerichte an der Antragslegitimation für die begehrte Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Ihr Antrag war daher abzuweisen. Die Antragstellerin konnte daher den Zuschlag schon mangels eines ausschreibungskonformen Angebotes nicht erlangen, sodass ihr durch die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Teilnahmeberechtigten kein Schaden entstehen kann. Da ein Schaden jedoch gemäß Paragraph 20,

Absatz eins, WVRG 2007 Voraussetzung für einen Nachprüfungsantrag ist, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre, fehlt es ihr gemäß der ständigen Judikatur der Nachprüfungsbehörden sowie der Höchstgerichte an der Antragslegitimation für die begehrte Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Ihr Antrag war daher abzuweisen.

Unabhängig von dieser Entscheidung hat die Prüfung der sorgfältig geführten Vergabeakten gezeigt, dass auch dem Antrag der Antragstellerin in der Sache selbst nicht statt zu geben gewesen wäre. Die Antragstellerin hat im wesentlichen geltend gemacht, die Antragsgegnerin habe im Rahmen der Beurteilung des Kriteriums „Qualität“ die Subkriterien Notfallbetrieb, Anästhesiegasverbrauch und Geräteaufbereitung unrichtig und zu ihrem Nachteil bewertet. Dafür finden sich in den Vergabeakten keine Anhaltspunkte. Zutreffend verweisen sowohl Antragsgegnerin als auch Teilnahmeberechtigte darauf, dass für die Beurteilung des Subkriteriums Notfallbetrieb und hier für die Frage „Wie lange dauert es, bis eine Notfallsbeatmung mit entsprechendem Sauerstoffanteil sichergestellt ist“ nicht darauf abzustellen war, welche Zeit die Öffnung der entsprechenden Bedienungselemente an den Geräten in Anspruch nehmen, sondern ausschließlich der Zeitraum, der verstreicht, bis die Notfallsbeatmung mit entsprechendem Sauerstoffanteil am Patienten vorgenommen werden kann. Hier hat die Antragstellerin vor allem den von der Antragsgegnerin gewählten Testaufbau kritisiert. Es trifft zu, dass diesbezügliche Festlegungen über den Testablauf in den Ausschreibungsunterlagen nicht gegeben sind. Aus den Vergabeakten, insbesondere aus der Niederschrift über die Probestellung des angebotenen Produktes ergibt sich, dass der Testaufbau im Beisein der Vertreter der jeweiligen Bieter von diesen akzeptiert worden ist. So ist insbesondere in der Niederschrift über den Test des von der Antragstellerin angebotenen Gerätes vom 15.4.2009 keinerlei Hinweis darauf zu entnehmen, dass die Vertreter der Antragstellerin mit der gewählten Vorgangsweise nicht einverstanden gewesen wären. Aus den Protokollen über die Produktpräsentation ist eindeutig ersichtlich, dass das Gerät der Antragstellerin für die Notfallsbeatmung eines Patienten mit ausreichendem Sauerstoffanteil einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt als jenes der Teilnahmeberechtigten.

Beim Qualitätssubkriterium "Geräteaufbereitung" wurde nach den Festlegungen in der Ausschreibung bewertet, aus wie vielen Einzelkomponenten das patientengasführende Atemsystem inklusive der erforderlichen Flow-Sensoren (Beatmungsschläuche ausgenommen) besteht. Für 0-9 Teile wurden 30 Punkte, für 10-14 Teile 15 Punkte, für 15 oder mehr Teile fünf Punkte vergeben. Hier ist sowohl nach der von der Antragstellerin vorgelegten Bedienungsanleitung als auch nach dem Ergebnis der Produktpräsentation als eindeutig erwiesen anzusehen, dass das Gerät der Antragstellerin jedenfalls mehr als neun und weniger als 15 Teile an patientengasführenden Einzelkomponente aufweist. Wenn daher die Antragsgegnerin hinsichtlich dieses Subkriteriums der Antragstellerin nur 15 statt der höchstmöglichen 30 Punkte zuerkannt hat, ist dies unbedenklich.

Soweit die Antragstellerin geltend macht, beim Qualitätssubkriterium Gerätetest laut Gebrauchsanweisung sei das Angebot der Teilnahmeberechtigten, aber auch ihr Angebot unrichtig bewertet worden, erweist sich auch dieses Vorbringen als unberechtigt. Anzugeben war, ob aus Sicht des Herstellers auf einen Gerätetest zwischen den Operationspunkten verzichtet werden kann. Kann aus Sicht des Herstellers auf einen Gerätetest zwischen den Operationspunkten (Patientenwechsel) nicht verzichtet werden, so erhält der Bieter 0 Punkte, kann verzichtet werden 10 Punkte. Nach der von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Gebrauchsanweisung benötigt deren Gerät "möglichst einmal täglich" einen Selbsttest, eine Notwendigkeit oder Empfehlung des Herstellers, den Selbsttest zwischen den einzelnen Operationspunkten durchzuführen, wird in der Gebrauchsanweisung nicht verlangt.

Damit erweist sich das Vorbringen der Antragstellerin in jeder Richtung als nicht berechtigt. Es war daher ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 20.4.2009 aus den dargestellten Gründen abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 4.5.2009 gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 4.5.2009 gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

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

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die

Frist zur Anrufung der Höchstgerichte des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung 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 Höchstgerichte des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Offenbarer Ausscheidungsgrund im Angebot der Antragstellerin; Keine Abweisung.

Zuletzt aktualisiert am

18.01.2010

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