

TE Verg Bescheid 2008/10/16 VKS-6968/08

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.10.2008

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 Abs1 Z6

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 für die Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund (KAV)“, Ausschreibungsnummer KAV-GED-A/06/2008/GBW, 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.)eins,
Die Ausschreibung der Antragsgegnerin zur Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme von Langzeitbeatmungsgeräten für die Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund (KAV), Ausschreibungsnummer: KAV-GED-A/06/2008/GBW, wird für nichtig erklärt.
1. 2.)2,
Die einstweilige Verfügung vom 26.8.2008 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 3.)3,
Der 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. 1 Z 6, 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 eins, Ziffer 6, 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:

Der Magistrat der Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe der Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme von Langzeitbeatmungsgeräten. Die ausgeschriebenen Leistungen sind in 3 Lose geteilt, wobei Angebote für ein, für mehrere Lose oder für alle Lose gelegt werden können. Varianten und Alternativangebote sind nicht zulässig. Die Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebote erteilt werden. Die Zuschlagskriterien wurden mit 55 % für einen Preis, 25 % für die kommissionelle Bewertung und 20 % für den technischen Wert gewichtet. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß und europaweit am 30.7.2008 erfolgt (Amtsblatt der EU 2008/S149- 200682). Das Angebotsende war zunächst der 29.8.2008, 10.00 Uhr. Nach Einleitung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens mit Antrag vom 20.8.2008 hat die Antragsgegnerin eine Berichtigung der Ausschreibung dahingehend vorgenommen, dass der Schlusstermin für den Eingang der Angebote mit 9.9.2008, 10.00 Uhr und die Öffnung der Angebote anschließend an diesen Zeitpunkt festgelegt wurde. Die Berichtigung wurde im Amtsblatt der EU am 29.8.2008 zu 2008/S167-223980 veröffentlicht.

Mit dem am 20.8.2008 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007) eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlage für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Die Antragstellerin begründet ihr Interesse an den ausgeschriebenen Leistungen damit, dass die Lieferung der ausgeschriebenen Geräte einen wesentlichen Geschäftszweig für sie darstellt. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, dass die in 3 Lose gegliederte Ausschreibung in mehrfacher Hinsicht vergaberechtswidrig wäre. Die Leistungsbeschreibung und die Mindestkriterien für das Los 1 seien so gestaltet, dass die Antragstellerin kein den Ausschreibungsunterlagen konformes und dem Markt entsprechendes Angebot legen könnte. Die Mindestkriterien seien nicht produktneutral beschrieben oder unspezifisch formuliert. Die geforderten Prüfzeichen „ÖVE; TÜV-Zertifikat (GS-Zeichen) und BSI-Zertifikat (IEC 601)“ seien Prüfzeichen, die durch die CE-Kennzeichnung umfasst wären. Es sei daher unzulässig neben diesen Prüfzeichen zusätzlich eine CE-Konformitätserklärung zu verlangen. Mit dem am 20.8.2008 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007) eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlage für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Die Antragstellerin begründet ihr Interesse an den ausgeschriebenen Leistungen damit, dass die Lieferung der ausgeschriebenen Geräte einen wesentlichen Geschäftszweig für sie darstellt. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, dass die in 3 Lose gegliederte Ausschreibung in mehrfacher Hinsicht vergaberechtswidrig wäre. Die Leistungsbeschreibung und die Mindestkriterien für das Los 1 seien so gestaltet, dass die Antragstellerin kein den Ausschreibungsunterlagen konformes und dem Markt entsprechendes Angebot legen könnte. Die Mindestkriterien seien nicht produktneutral beschrieben oder unspezifisch formuliert. Die geforderten Prüfzeichen „ÖVE; TÜV-Zertifikat (GS-Zeichen) und BSI-Zertifikat (IEC 601)“ seien Prüfzeichen, die durch die CE-Kennzeichnung umfasst wären. Es sei daher unzulässig neben diesen Prüfzeichen zusätzlich eine CE-Konformitätserklärung zu verlangen.

Auch beim Los 2 seien die Mindestkriterien nicht produktneutral beschrieben. Der Umfang der Mindestkriterien sei nicht erkennbar, weil eine Abgrenzung der Liste gegen andere Teile der Ausschreibung fehle. Auf Seite 43 der Ausschreibungsunterlagen würden Fragen zum Mindestkriterium in der Form „keine vorhanden/vorhanden“ gestellt und nach den Festlegungen auf Seite 83 der Ausschreibungsunterlage diese Abfragen auch als Zuschlagskriterien bewertet. Eine Verwendung derselben Kriterien als Mindestkriterien (bei deren Nichterfüllung ein Angebot auszuschneiden wäre) und als Zuschlagskriterien (bei deren Nichterfüllung geringer bewertet wird) sei unzulässig. Auf Seite 39 der Ausschreibungsunterlagen würden nicht erklärte Abkürzungen (CPPV, CPV, B/V, (S), IMV) verwendet. Abfragen zu diesen abgekürzten Funktionen seien zum Teil nicht konkretisiert. Es würden auch technische Funktionalitäten verlangt, die miteinander nicht vereinbar seien. Überdies verwende die Antragsgegnerin in ihrer Ausschreibung unzulässige Produktbezeichnungen wie „***“ und „***“. Zu den in Punkt „Parameter/Einstellungen/Anzeigen“ verwendeten Begriffen „Diagnostische Messungen des Lungendrucks“ und

„Entwöhnungsprozess“ seien keine Angaben über Mindestkriterien angeführt. Die Geräte der Lose 1 und 2 seien für den gleichen Einsatzzweck (Anästhesiologische/internistische Intensivstation) in verschiedenen Anstalten vorgesehen. Die dennoch von der Antragsgegnerin vorgenommenen unterschiedlichen Spezifikationen seien sachlich nicht gerechtfertigt.

Auch beim Los 3 seien die Mindestkriterien nicht produktneutral gehalten, sondern wie beim Los 1 und Los 2 derart beschrieben, dass sie nur vom Produkt „***“ von *** erfüllbar seien. Speziell die Mindestkriterien „Bildschirmdiagonale mindestens 10 Zoll“ und „Bildschirm in das Grundgerät integrierbar und abnehmbar“ würden auf eine produktspezifische Ausschreibung hindeuten. Die Geräte der Antragstellerin könnten diese Anforderungen jedenfalls nicht erfüllen, aber auch nicht die Geräte anderer Mitbewerber.

Weiters macht die Antragstellerin Unklarheiten bei der Formulierung der Zuschlagskriterien geltend. Im Punkt 14.1.2 der Ausschreibungsunterlage würden auch die Mindestkriterien in die Zuschlagsbewertung miteinbezogen. Sinnstörend sei auch, dass manche Fragen mit „nein“ beantwortet werden müssten, um sie im Sinne der Auftraggeberin zu beantworten; dennoch sei in diesem Punkt geregelt: „Jede mit ja beantwortete...Abfrage erhält einen Unterpunkt“. Es sei auch unklar, worauf sich die Bewertungen genau beziehen würden. Die in Punkt 14.1.3.1 der Ausschreibungsunterlage angeführten Kriterien „Einstellungsmöglichkeit von Helligkeit und Kontrast“ und „***“ würden offenbar auf das Produkt „***“ von *** abstellen.

Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass im Punkt 24 der Ausschreibungsunterlage eine Rabattstaffel festgelegt sei, die die Bieter bei allfälligen (über die ausgeschriebenen Mengen hinausgehenden) Abrufen von Geräten zu gewähren hätte. Im Punkt 26 der Ausschreibungsunterlage sei geregelt, dass die Rücknahme von Altgeräten auf den jeweiligen Teil bezogen sei und dass eine Besichtigung der Altgeräte möglich wäre. Diese beiden Festlegungen würden nach Ansicht der Antragstellerin dazu führen, dass die Angebote nicht kalkulierbar seien.

Sollte das Vergabeverfahren auf der Grundlage der rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen fortgeführt werden, würde der Antragstellerin ein beträchtlicher finanzieller Schaden drohen. Dieser Schaden bestehe einerseits aus den bisher aufgewendeten Kosten der Rechtsverfolgung sowie der Verfahrensteilnahme, andererseits im Verlust eines branchenüblichen Gewinns 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 Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote, auf ordnungsgemäße Prüfung ihres Angebotes, auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen Wettbewerbes und letztlich auf eine durchaus mögliche Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten 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 26.8.2008 entsprochen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 27.8.2008 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und in der Sache ausgeführt, nur insoweit auf das Vorbringen der Antragstellerin einzugehen, als es sich dabei nicht um pauschale Behauptungen handle. Das Vorbringen der Antragstellerin sei pauschal und unsubstanziert, es könnte auf Grund der im Vorfeld erfolgten Marktrecherchen nicht nachvollzogen werden. Im Hinblick auf die CE-Kennzeichnung führt die Antragsgegnerin aus, dass dieses Kennzeichen mit Konformitätserklärung jedenfalls die Mindestanforderungen abdecke. In der Leistungsbeschreibung seien eindeutige Überschriften vorhanden und somit klar ersichtlich, wo die Mindestkriterien enden und die Bewertungen beginnen. Die in den Mindestkriterien angeführten Beatmungsformen würden einen jedenfalls zu erfüllenden Technologiestandard beschreiben. Die von der Antragstellerin kritisierten Abfragen würden sich hingegen auf zusätzliche Funktionen und Ausstattungsmerkmale, die sich somit auch in einer eigenen Bewertung niederschlagen müssen, beziehen. Es handle sich daher nicht um eine Doppelverwertung von Mindestkriterien.

Es treffe zu, dass einige Beatmungsformen sowohl in Langtextform als auch in Form von Abkürzungen angeführt worden sind. Allerdings handle es sich dabei um in der Intensivmedizin gängige Abkürzungen, die auch in der einschlägigen Branche üblich und bekannt wären. Die Forderung nach der Funktion „CPAP mit High-Flow“ entspricht

dem medizinischen Standard und stelle keine unzulässige Einschränkung dar. Die Bezeichnungen „***“ und „***“ seien mittlerweile branchenüblich und würden hinsichtlich ihrer Funktionalität nicht ausschließlich einem bestimmten Anbieter zugeordnet werden.

Auf Grund der Überschriften sei eine eindeutige Zuordnung zu den Mindestkriterien möglich. Die „Diagnostische Messung des Lungendrucks“ sowie der „Entwöhnungsprozess“ seien als Mindestkriterien zu erfüllen, zusätzlich abgefragt werde lediglich eine informative Angabe über die konkrete Umsetzung dieser zwingenden Funktionen.

Die ausgeschriebenen Geräte sollen in verschiedenen Abteilungen zum Einsatz kommen, daher wären die Anforderungen durch die jeweils zu behandelnden Patienten und das medizinische Anforderungsprofil definiert. Die unterschiedlichen Lose würden diesem Umstand Rechnung tragen und würden den für die jeweilige Abteilung notwendigen Ausstattungsstandard beschreiben.

Die Mindestkriterien ergäben sich aus den medizinischen Anforderungen und aus der räumlichen Situation. Die vorhergegangene Marktrecherche habe ergeben, dass die Anforderungen von mehreren Bietern erfüllt werden könnten, weshalb – um den Wettbewerb zu sichern – auch die Geräte des Loses 3 bewusst in Form eines offenen Verfahrens ausgeschrieben worden seien.

Zugestanden hat die Antragsgegnerin, dass tatsächlich bei der Frage „Gehen beim Transport des Beatmungsgerätes Trenddaten verloren?“, die Art der Fragestellung so gewählt worden sei, dass eine positive Beantwortung nicht im Sinne der Auftraggeberin wäre. Diesbezüglich werde eine Berichtigung in der vorgeschriebenen Form erfolgen. Hingegen sei der Vorwurf, es wäre vollkommen unklar, worauf sich die Bewertung genau bezieht, unverständlich, da es sich um klare ja/nein Fragestellungen handelt, sodass davon ausgegangen werden kann, dass sie von durchschnittlich fachkundigen Bietern problemlos beantwortet und in gleicher Weise ausgelegt werden können. Die unter Punkt 14.1.3.1 der Besonderen Angebotsbestimmungen geforderten Nutzerkriterien würden nicht auf einen bestimmten Anbieter abstellen, weil es sich bei diesen Bewertungskriterien um allgemeine Anforderungen der Ergonomie handle.

Zur Kalkulierbarkeit des Angebotspreises führt die Antragsgegnerin aus, dass Staffelpreise im Rahmen von Ausschreibungen grundsätzlich keine Besonderheit wären. Um die Kalkulation zu ermöglichen und einem Reihungssturz vorzubeugen seien sowohl die Stückzahlen als auch die Prozentsätze vorgegeben worden. Auch die Möglichkeit der Besichtigung der Altgeräte sei in der Ausschreibung ausdrücklich vorgesehen worden. Die behauptete Unkalkulierbarkeit der Angebote sei daher nicht nachvollziehbar.

Auf diese Stellungnahme hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 4.9.2008 repliziert und ergänzt, dass die Ausschreibung in mehreren konkreten Formulierungen unbestimmt sei, weil die Antragsgegnerin festgelegt habe:

„Die Entwöhnung von kontrolliertem Modus auf assistiertem Modus muss interaktiv gesteuert werden können; die Möglichkeit zum Aktivieren dieses Weaningmodus muss mit einem Knopfdruck möglich sein; am Bildschirm müssen gleichzeitig mindestens drei Beatmungskurven, Loops sowie gemessene Parameter darstellbar sein; eine Angabe über die restliche Akkuleistung muss abrufbar sein“. Alle Formulierungen würden große Auslegungsspielräume ermöglichen.

Die Liste der Mindestkriterien sei lediglich auf Seite 39 der Ausschreibungsunterlage als solche erkennbar. Bei der Fortsetzung der Liste auf den Seiten 40 bis 46 sei die Abgrenzung zu den Soll-Kriterien nicht erkennbar. Die Unsicherheit werde durch die ja/nein-Abfrage von Mindestkriterien verstärkt. Die Erklärung der Antragsgegnerin die Abgrenzung sei aus der Nummerierung erkennbar, lasse aber unklar, ob bei der Position 2 auch Wartungsverträge als Mindestkriterien vorgeschrieben seien.

Zu den angeblich üblichen Abkürzungen im Leistungskatalog führt die Antragstellerin aus, dass etwa CPV ein unbekanntes Kürzel sei und P/V offenbar falsch verwendet werde. Das Kürzel *** sei in seiner Funktionalität zwar bekannt, jedoch nur von einem Gerätehersteller zu erfüllen. Der Begriff „***“ werde ebenfalls von einem Hersteller als Bezeichnung für eine nur von ihm in dieser Weise eingebaute Funktionalität verwendet.

Einzelne Mindestkriterien seien undeutlich formuliert, sodass die Angebotslegung problematisch sei. Beim Mindestkriterium „diagnostische Messung des Lungendrucks“ sei nicht festgelegt, welche Beatmungsdruckarten gemessen werden sollen (z.B. Spitzendruck, Plateaudruck, Peep, Intrinsic Peep, Okklusionsdruck u.a.). Beim Kriterium „Entwöhnungsprozess“ sei unklar, ob ein manuell kontrollierter oder automatisierter Entwöhnungsprozess verlangt wird.

Die Mindestkriterien des Loses 3 seien so gestaltet, dass sie nur vom Produkt „***“ von *** erfüllt werden könnten. Die Forderungen nach großer Bildschirmdiagonale und abnehmbarem Bildschirm könnten von keinem anderen Bewerber erfüllt werden.

Neuerlich weist die Antragstellerin darauf hin, dass die Zuschlagskriterien unpräzise und allgemein formuliert werden. Allfällige Subkriterien hätte die Antragstellerin in die Ausschreibungsbedingungen aufnehmen und bekannt machen müssen. Auch sei das Kriterium „***“ zur Gänze nur von einem Gerät erfüllbar. Gleiches gelte für das Kriterium Ablesequalität. Bei der Rabattregelung sei weiterhin unklar, ob der Rabatt auch im Nachhinein für bereits früher angekaufte und gelieferte Geräte oder nur für die nach Erreichen der vorgesehenen Stückzahl darüber hinaus gelieferten Geräte einzuräumen sei.

Im Schriftsatz vom 30.9.2008 hat die Antragsgegnerin dazu Stellung genommen und zunächst allgemein ausgeführt, die Antragstellerin hätte es unterlassen ihr mitzuteilen, dass nach ihrer Ansicht eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlage notwendig sei. Zum Begriff „interaktiv“ führt sie aus, dass darunter die Interaktion zwischen Beatmungsgerät und Bedienpersonal zu verstehen sei; der Begriff sei daher nicht unbestimmt. Das Aktivieren des Weaningmodus mit Knopfdruck verlange, dass keine weiteren Bedienvorgänge notwendig sein sollten. Die verlangten drei Bildschirmdarstellungen seien auch auf einem Gerät der Antragstellerin möglich. Eine konkrete Ausführung, wie die Angabe der Akkuleistung erfolgen soll, sei bewusst nicht vorgegeben worden.

Zu Seite 43 der Ausschreibung führt die Antragsgegnerin aus, dass hier Bewertungsparameter (Kriterien) abgefragt werden. In den Besonderen Angebotsbestimmungen (Seite 85) werde die Bewertung dargestellt. Auf Grund einer fehlenden Standardisierung seien Bezeichnungen für Beatmungsformen entstanden, die sich zum Teil auf identische Funktionen beziehen würden. Bei Unklarheit hätte die Antragstellerin die in den Ausschreibungsunterlagen genannten Ansprechpartner kontaktieren müssen. Für die Funktion „Open Lung“ könnten die von der Antragstellerin beschriebenen verschiedenen Ansätze gewählt werden. Das Messprinzip des Lungendruckes sei nur informativ abgefragt worden, es werde jedoch nicht in die Bestbieterermittlung einbezogen. Hingegen müsse die Funktion „PEEP“ in den Beatmungsformen enthalten und einstellbar sein.

Entwöhnungsprozesse würden von den Herstellern unterschiedlich gelöst. Deshalb sei in der Ausschreibung ausschließlich die Funktionalität gefordert worden und nicht eine konkrete Lösung, um einen Wettbewerb zu gewährleisten.

Allgemein bringt die Antragsgegnerin vor, dass „eine Berichtigung“ durchgeführt wurde, ohne anzugeben in welchem Umfang und zu welchem Zeitpunkt. Es dürfte sich dabei um die eingangs wiedergegebene Berichtigung vom 29.8.2008 handeln.

Zu diesem ergänzenden Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 9.10.2008 ausführlich unter Wiederholung und weiterer Argumentation ihrer Standpunkte Stellung genommen. Dazu wurden von ihr zahlreiche Belegstellen in Kopie vorgelegt. Im Wesentlichen vertritt sie weiterhin die Ansicht, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht die gesetzlich geforderte Eindeutigkeit aufweisen würden und bei den Leistungsanforderungen auf bestimmte Produkte abgestellt worden sei.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite samt Beilagen mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 16.10.2008 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 Langzeitbeatmungsgeräten für die Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund. Ausgeschrieben ist die Lieferung von insgesamt 18 Stück Langzeitbeatmungsgeräten, wobei die Möglichkeit zur Anschaffung weiterer Geräte gegeben ist. 10 Stück der Langzeitbeatmungsgeräte sind für das SMZ-Floridsdorf (Los 1), 4 Stück für die Intensivstationen (Los 2) und weitere 4 Stück für die Neonatologie und Pädiatrie (Los 3) des Wilhelminenspitals vorgesehen. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden. Die Zuschlagskriterien wurden mit 55 % für den Preis, 25 % für die kommissionelle Bewertung und 20 % für den technischen Wert gewichtet. Als Ende der Angebotsfrist war zunächst der 29.8.2008, 10.00 Uhr vorgesehen. Mit der am 29.8.2008 erfolgten Bekanntmachung der Berichtigung, wurde das Angebotsende auf den 9.9.2008, 10.00 Uhr

festgelegt. 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 Langzeitbeatmungsgeräten für die Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund. Ausgeschrieben ist die Lieferung von insgesamt 18 Stück Langzeitbeatmungsgeräten, wobei die Möglichkeit zur Anschaffung weiterer Geräte gegeben ist. 10 Stück der Langzeitbeatmungsgeräte sind für das SMZ-Floridsdorf (Los 1), 4 Stück für die Intensivstationen (Los 2) und weitere 4 Stück für die Neonatologie und Pädiatrie (Los 3) des Wilhelminenspitals vorgesehen. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden. Die Zuschlagskriterien wurden mit 55 % für den Preis, 25 % für die kommissionelle Bewertung und 20 % für den technischen Wert gewichtet. Als Ende der Angebotsfrist war zunächst der 29.8.2008, 10.00 Uhr vorgesehen. Mit der am 29.8.2008 erfolgten Bekanntmachung der Berichtigung, wurde das Angebotsende auf den 9.9.2008, 10.00 Uhr festgelegt.

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

Los 1:

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 offiziell freigegebene Datenblätter sind verpflichtend beizulegen und müssen die ausgefüllten Hard- und Software-technischen Leistungsmerkmale belegen.

- -Strichaufzählung
Die Entwöhnung von kontrolliertem Modus auf assistierten Modus muss interaktiv gesteuert werden können.
- -Strichaufzählung
Die Möglichkeit zum Aktivieren dieses Weaningmodus muss mit einem Knopfdruck möglich sein.
- -Strichaufzählung
Die Darstellung und Einstellung der Beatmungsparameter am Bildschirm, mit mindestens drei angezeigten Beatmungskurven sowie Trends muss möglich sein.
- -Strichaufzählung
Am Bildschirm müssen gleichzeitig mindestens drei Beatmungskurven, Loops sowie gemessene Parameter darstellbar sein.
- -Strichaufzählung
Trendwerte müssen numerisch darstellbar sein.
- -Strichaufzählung
Eine Angabe über die restliche Akkuleistung muss abrufbar sein.
- -Strichaufzählung
ÖVE – Sicherheitszeichen
- -Strichaufzählung
TÜV – Zertifikat (GS-Zeichen)
- -Strichaufzählung
CE – Konformitätserklärung
- -Strichaufzählung
BSI – Zertifikat (IEC 601)

Ja

Nein

Sind alle Mindestanforderungen erfüllt?

☐

☐

Los 2:

MINDESTKRITERIEN:

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

Alle nachfolgend angeführten Mindestforderungen müssen vom Anbieter durch eindeutige Kennzeichnung (ankreuzen, abhaken, usw.) der Punkte und Unterpunkte als Bestätigung der Erfüllung markiert werden.

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

Parameter / Einstellungen / Anzeigen:

CPPV, CPV, P/V

(S)IMV.

CPAP mit High Flow.

Open Lung Tool.

BIPAP.

Diagnostische Messungen des Lungendrucks,

Messprinzip (Informative Angabe wird nicht in die Bestbieterermittlung miteinbezogen):

.....

.....

Entwöhnungsprozess,

Beschreibung (Informative Angabe wird nicht in die Bestbieterermittlung miteinbezogen):

.....

.....

Beatmungszeitverhältnis (I:E) einstellbar.

O2-Konzentration: Einstellungsmöglichkeit von 21% bis 99% in 1% Schritten bei Flow von 1 L/min bis 30 L/min.

Automatischer Sensorabgleich.

Manuelle Beatmung.

Sicherheitsventil mit der inspiratorischen Druckbegrenzung.

Darstellung und Anzeige von Loops, mindestens 3 Beatmungskurven gleichzeitig

Alarme:

Anzeige / Alarm für Schlauchsystem abgeknickt.

Anzeige / Alarm für Tubus blockiert.

Los 3:

MINDESTKRITERIEN

Nachfolgend angeführte Mindestanforderungen, müssen erfüllt werden. Die Angebote, die Mindestanforderungen in den einzelnen Komponenten nicht erfüllen, werden von der Bestbieterermittlung ausgeschlossen. Alle nachfolgend angeführten Mindestanforderungen müssen vom Anbieter durch eindeutige Kennzeichnung (ankreuzen, abhaken, usw.) der Punkte und Unterpunkte als Bestätigung der Erfüllung markiert werden.

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

Parameter / Einstellungen:

Bildschirmdiagonale mind. 10"

Bildschirm in das Grundgerät integrierbar und abnehmbar

Nasale CPAP Therapiemöglichkeit

Geeignet für folgende Beatmungsformen:

CPAP

NCPAP (Nasaler CPAP)

Bildschirm:

Bildschirmdiagonale mind. 10"

(Informative Angabe wird nicht in die Bestbieterermittlung miteinbezogen)

Touchscreenbedienung ja / nein

Touchscreen abnehmbar ja / nein

Technischer Wert – Innovation

werden in die Bewertung einbezogen.

Zutreffendes ankreuzen.

Darstellung und Anzeige von Loops, mindestens 3 Beatmungskurven gleichzeitig:

☐ keine vorhanden,

☐ vorhanden, Kurzbeschreibung

.....

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 Teilen zu entnehmen!

Preis	55 %
Kommissionelle Bewertung	25 %
Technischer Wert	20 %
Gesamt	100 %

Information:

Die Beilage 13.13 beinhaltet Mustertabellen welche lediglich das nachfolgend beschriebene Bewertungssystem darstellen. Die nachfolgend angeführten Nutzerkriterien sind pro Teil zu betrachten und können von Teil zu Teil verschieden sein. Sie werden im folgenden pro Teil als Langtext und in den Mustertabellen (Beilage 13.13) aus Platzgründen nur mehr als Überschriften bzw. beispielhaft angeführt.

TEIL 1 (Sozialmedizinisches Zentrum Floridsdorf)

14.1.1 Preis

Der jeweilige Billigstbieter erhält eine maximale Punkteanzahl von 55, die nächstgereihten erhalten aliquote Punkteabzüge. Demnach erhält beispielsweise ein Bieter dessen Teil-Angebot um 10 % teurer ist auch weniger Punkte, ein Bieter dessen Teil-Angebot um 100 % teurer ist, demnach um 100 % weniger Punkte, also 0 Punkte, darüber hinaus erhalten auch alle über 100 % teureren Angebote / Teil-Angebote 0 Punkte. Eine negative Punktevergabe ist daher nicht vorgesehen. Somit können bei diesem Kriterium maximal 55 Punkte (für das billigste Teil-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. die Mehrfachfragen positiv bewertete Abfrage erhält einen UP (Unterpunkt).

Eine mit nein bzw. 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 bzw. Teil-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.

20 Punkte = maximal erreichte Punkteanzahl

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 UP-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 bzw. Teil-Angebot mit der höchsten UP-Zahl nach dieser Bewertung erhält schließlich die maximale Punkteanzahl von 25. Die Nachfolgenden erhalten aliquot d. h. im Verhältnis des Abstandes zum Besten entsprechende weniger Punkte. Somit können bei diesem Kriterium maximal 25 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 die Nutzerkriterien zueinander.

Nutzerkriterien:

- Einfachheit und Übersichtlichkeit der Bedienungsmenüfunktionen, wenige – logisch

aufgebaute Untermenüs 10 UP

- Anzeige für alle Programmabläufe, Beatnungsmodi, Übersichtlichkeit,

hervorgehobene Anzeigen wichtiger Parameter 10 UP

- Einfachheit bei Gerätestörungen, Alarmmeldungen mit Hinweis auf die Störung,

Klartestanzeigen u. Hinweise 10 UP

- Einstellmöglichkeit von Helligkeit und Kontrast des Bildschirms, Ablesesqualität aus

der Distanz, Ablesesqualität bezüglich des Betrachtungswinkels 10 UP

Handling des Bedienfeldes (z.B.: drehbar, kippbar, abnehmbar, etc.) 10 UP

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

25 Punkte = 60 UP

TEIL 2 (Wilhelminenspital) und TEIL 3 (Wilhelminenspital – Pädiatrie Neonatologie

14.2.1 Preis

Der jeweilige Billigstbieter erhält eine maximale Punkteanzahl von 55, die nächstgereihten erhalten aliquote Punkteabzüge. Demnach erhält beispielsweise ein Bieter dessen Teil-Angebot um 10 % teurer ist auch um 10 % weniger Punkte, ein Bieter dessen Teil-Angebot um 100 % teurer ist demnach um 100 % weniger Punkte, also 0 Punkte,

darüber hinaus erhalten auch alle über 100 % teureren Angebote / Teil-Angebote 0 Punkte. Eine negative Punktevergabe ist daher nicht vorgesehen. Somit können bei diesem Kriterium maximal 55 Punkte (für das billigste Teil-Angebot) erreicht werden und schlechtestenfalls 0 Punkte. (siehe Beilage 13.13).

14.2.2. Bewertung

Technischer Wert – Innovation

Bewertet wird gemäß Leistungsverzeichnis das Kapitel „Technischer Wert - Innovation“.

Jede mit „vorhanden“ beantwortete positiv bewertete Abfrage erhält die entsprechenden UP.

ein mit „keine vorhanden“ beantwortete Abfrage erhält null UP. Aus der von den Bietern so erreichten UP-Zahl ergibt sich eine Reihenfolge. Somit können bei diesem Kriterium maximal 20 Punkte erreicht werden.

14.2.2.1 Technischer Wert (Langtext): Technischer Wert – Innovation

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

- Druckunterstützte Beatmungsform differenziert einstellbar,

Möglichkeit zur Überwindung der Resistenz und Compliance nein 0 UP / ja 2 UP

- Maskenbeatmung, in- u. expiratorischer Leckagekompensation,

Triggerung (Nicht invasive Ventilation) nein 0 UP / ja 3 UP

- Anzeige von Loops (P,V) nein 0 UP / ja 3 UP

- Einstellung besonderer Beatmungs-Parameter,

z. B.: Einstellmöglichkeit Lungenproduktive Beatmung nein 0 UP / ja 2 UP

- In und expiratorische Tubuskompensation nein 0 UP / ja 2 UP

- Entwöhnung von kontrolliertem Modus auf assistiertem Modus,

Steuerung durch Patient nein 0 UP / ja 3 UP

20 Punkte = 15 UP

14.2.3. Kommissionelle Bewertung – Nutzerbewertung

Jedes Kommissionsmitglied bewertet die nachfolgenden Nutzerkriterien für jedes Kriterium separat anhand einer zehnstelligen Skala von 1 – 10 UP. Die UP-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 bzw. Teil-Angebot mit der höchsten UP-Zahl nach dieser Bewertung erhält schließlich die maximale Punkteanzahl von 25. Die Nachfolgenden erhalten aliquot d. h. im Verhältnis des Abstandes zum Besten entsprechend weniger Punkte. Somit können bei diesem Kriterium maximal 25 Punkte erreicht werden.

14.2.3.1 Nutzerkriterien (Langtext): Bedienung der Anlage

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

Nutzerkriterien:

- Einfachheit und Übersichtlichkeit der Bedienungsmenükonfiguration, wenige

Untermenüs, abnehmbares Bedienfeld, Einstellmöglichkeit von Helligkeit und

Kontrast 10 UP

- Anzeige für alle Programmabläufe, Beatmungsmodi, Übersichtlichkeit,

- | | |
|---|-------|
| hervorgehobene Anzeigen der wichtigen Parameter | 10 UP |
| - Einfachheit bei Gerätestörung, Alarmmeldung mit Hinweis auf die Störung | 10 UP |
| - Überwachung der Beatmungsparameter | 10 UP |
| - Handling des Bedienfeldes (z.B.: drehbar, abnehmbar,) | 10 UP |

25 Punkte = 50 UP

1. 24.Ziffer 24

RABATT

Vorgesehen ist der Abruf von weiteren 4 Stück Beatmungsgeräten, Teil 2, für das Wilhelminenspital. Weitere Beatmungsgeräte, 4-6 Stück, Teil 3, für das Wilhelminenspital sowie weitere Geräte aller drei Teile für den Krankenanstaltenverbund Teilunternehmung 1 im Lieferzeitraum 2008/2009. Vorgesehen ist der Abruf von weiteren 4 Stück Beatmungsgeräten, Teil 2, für das Wilhelminenspital. Weitere Beatmungsgeräte, 4-6 Stück, Teil 3, für das Wilhelminenspital sowie weitere Geräte aller drei Teile für den Krankenanstaltenverbund Teilunternehmung 1 im Lieferzeitraum 2008 aus 2009,.

Falls mehrere Langzeitbeatmungsgeräte gekauft werden, gilt eine Rabattstaffel, für Geräte inkl. Zubehör (zusätzliche Abrufe werden in der Rabattstaffel berücksichtigt),

ab 11 Stück 3 %

ab 19 Stück 5 %

Bei Erreichen einer Rabattstufe wird den betroffenen Häusern der Betrag im Nachhinein gutgeschrieben.

Die Stückzahlen der Teile 1, 2 und 3 werden, wenn an den gleichen Anbieter vergeben wird, zusammengefasst und gesamt für den Staffelrabatt zur Geltung gebracht.

1. 26.Ziffer 26

GERÄTERÜCKNAHME

Die Rücknahme der Altgeräte erfolgt ausschließlich auf den jeweiligen Teil bezogen, und gemäß den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen (Beschreibung der Altgeräte siehe Leistungsbeschreibung).

Eine Besichtigung der Altgeräte ist nach Terminvereinbarung mit dem jeweiligen Ansprechpartnern der Anstalten möglich.

Nachdem die Antragstellerin am 20.8.2008 ihren Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen eingebracht hat, hat die Antragsgegnerin am 26.8.2008 (Tag der Absendung an das Amtsblatt der EU) eine Berichtigung der Ausschreibung vorgenommen. Darin wird der Schlusstermin für die Anforderung von oder Einsicht in Unterlagen vom 28.8.2008 auf 8.9.2008, der Schlusstermin für den Eingang der Angebote vom 29.8.2008 auf 9.9.2008, 10.00 Uhr, der Tag der Angebotseröffnung vom 29.8.2008 auf 9.9.2008 und der Ort der Angebotseröffnung berichtigt (Punkt IV.3.2 der Bekanntmachung). Weiters wird im Abschnitt VI – Zusätzliche Informationen – von der Antragsgegnerin auf eine Berichtigung dergestalt hingewiesen, dass sich auf der in ihrer Homepage veröffentlichten Ausschreibungsunterlage ein Austauschblatt befindet (Seite 21 von 129). Darin wird der Abfragetext „Gehen beim Transporteinsatz des Beatmungsgerätes Trenddaten verloren...ja/nein" auf „Bleiben beim Transporteinsatz des Beatmungsgerätes die Trenddaten erhalten....ja/nein" geändert. Die Bekanntmachung dieser Berichtigungen ist am 29.8.2008 im Amtsblatt der EU zu Zl. 2008/S167-223980 sowie auf der Webseite der Stadt Wien erfolgt. Nachdem die Antragstellerin am 20.8.2008 ihren Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen eingebracht hat, hat die Antragsgegnerin am 26.8.2008 (Tag der Absendung an das Amtsblatt der EU) eine Berichtigung der Ausschreibung vorgenommen. Darin wird der Schlusstermin für die Anforderung von oder Einsicht in Unterlagen vom 28.8.2008 auf 8.9.2008, der Schlusstermin für den Eingang der Angebote vom 29.8.2008 auf 9.9.2008, 10.00 Uhr, der Tag der Angebotseröffnung vom 29.8.2008 auf 9.9.2008 und der Ort der Angebotseröffnung berichtigt (Punkt römisch vier.3.2 der Bekanntmachung). Weiters wird im Abschnitt römisch sechs – Zusätzliche Informationen – von der Antragsgegnerin auf eine Berichtigung dergestalt hingewiesen, dass sich auf der in ihrer Homepage veröffentlichten Ausschreibungsunterlage ein Austauschblatt befindet (Seite 21 von 129). Darin wird der Abfragetext „Gehen beim

Transporteinsatz des Beatmungsgerätes Trenddaten verloren...ja/nein" auf „Bleiben beim Transporteinsatz des Beatmungsgerätes die Trenddaten erhalten....ja/nein" geändert. Die Bekanntmachung dieser Berichtigungen ist am 29.8.2008 im Amtsblatt der EU zu Zl. 2008/S167-223980 sowie auf der Webseite der Stadt Wien erfolgt.

Die von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten beinhalten die Ausschreibungsunterlagen, Ausdrücke der Vorinformation und der Bekanntmachung im EU-Amtsblatt sowie im Amtsblatt der Stadt Wien und die oben erwähnten Bekanntmachungen der Berichtigung der Ausschreibung. Im Akt nicht enthalten sind Unterlagen über die Ermittlung des Bedarfes, über die Schätzung des Auftragswertes, Ausführungen über die Wahl der Gesamt- oder getrennten Vergabe in Losen, Unterlagen über im Vorfeld der Ausschreibung getroffene Entscheidungen über die Auswahl der Mindestkriterien und die Begründungen dafür, Unterlagen über die Auswahl und Berechnungsmethode der Zuschlagskriterien und Begründung dafür, Angaben über die Anzahl der Kommissionsmitglieder bzw. aus welchen Personen sich die Bewertungskommission bzw. Bewertungskommissionen (pro Los jeweils eine eigene Bewertungskommission?) zusammensetzt, sowie keinerlei Unterlagen über die Vorbereitung, den oder die Verfasser der Ausschreibungsunterlagen und über die für das Vergabeverfahren verantwortlichen Mitarbeiter der Antragsgegnerin.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 16.10.2008 haben die Parteien übereinstimmend erklärt, dass die Frage der CE-Kennzeichnung sowie die Frage der Anzeige der Akkuleistung nicht mehr strittig wäre. Die Antragsgegnerin hat dazu erklärt, dass die CE-Kennzeichnung ausreichend ist und dass „jede Anzeige der Akkuleistung genügend" sei, zumal es sich bei dieser Frage nicht um ein Zuschlagskriterium handelt. Eine Berichtigung in diesen beiden Anfechtungspunkten ist jedoch während des Nachprüfungsverfahrens nicht erfolgt.

In der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter der Antragsgegnerin erklärt, zur Vorbereitung der Ausschreibung entsprechende Recherchen vorgenommen zu haben, „die Basis für die Ausschreibung war all das, was wir im Vorfeld gesammelt haben" (Protokoll Seite 3). Er hat zugestanden, dass Internetausdrücke und handschriftliche Vermerke den Vergabeakten nicht beigelegt und damit auch nicht vorgelegt worden sind. Über Vorhalt des § 12 Abs. 1 WVRG 2007, wonach ein Auftraggeber verpflichtet ist, im Nachprüfungsverfahren dem Senat alle für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hierfür erforderlichen Unterlagen vorzulegen, hat die Antragsgegnerin erklärt, es nicht für notwendig zu erachten, dass das Ergebnis von Internetrecherchen als Ausdruck zu den Vergabeakten genommen werden muss. In der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter der Antragsgegnerin erklärt, zur Vorbereitung der Ausschreibung entsprechende Recherchen vorgenommen zu haben, „die Basis für die Ausschreibung war all das, was wir im Vorfeld gesammelt haben" (Protokoll Seite 3). Er hat zugestanden, dass Internetausdrücke und handschriftliche Vermerke den Vergabeakten nicht beigelegt und damit auch nicht vorgelegt worden sind. Über Vorhalt des Paragraph 12, Absatz eins, WVRG 2007, wonach ein Auftraggeber verpflichtet ist, im Nachprüfungsverfahren dem Senat alle für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hierfür erforderlichen Unterlagen vorzulegen, hat die Antragsgegnerin erklärt, es nicht für notwendig zu erachten, dass das Ergebnis von Internetrecherchen als Ausdruck zu den Vergabeakten genommen werden muss.

Der ursprünglich verlautbarte Schlusstermin zur Angebotslegung war der 29.8.2008, 10.00 Uhr. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 20.8.2008 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Der ursprünglich verlautbarte Schlusstermin zur Angebotslegung war der 29.8.2008, 10.00 Uhr. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 20.8.2008 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Die 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 weitere Unterlagen, die das Vergabeverfahren, insbesondere dessen Vorbereitung betreffen, vorhanden sein dürften, jedoch von der Antragsgegnerin nicht vorgelegt wurden. So konnte etwa das Vorbringen der Antragsgegnerin, sie habe sich vor der Ausschreibung einen Überblick über die auf dem Markt befindlichen Produkte verschafft, die Leistungsbeschreibungen habe sie „natürlich auf Grund der Anforderungen von Ärzteseite und dem neuesten Stand der Technik entsprechend vorgenommen", ein Leitprodukt

habe es konkret nicht gegeben, anhand des Inhaltes der Vergabeakten nicht geprüft werden. Nach der in den Vergabeakten erliegenden Bekanntmachung der Berichtigung, die erst nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erfolgt ist, war festzustellen, dass die Antragsgegnerin in einem einzigen Punkt den Bemängelungen der Antragstellerin Rechnung getragen und diesbezüglich eine Berichtigung der Ausschreibung vorgenommen hat (Seite 21 von 129: Frage nach der Sicherung der Trenddaten beim Transporteinsatz). Eine weitere Berichtigung, insbesondere in jenen Punkten, in denen die Antragsgegnerin die Bemängelungen durch die Antragstellerin (CE-Kennzeichnung und Anzeige der Akkuleistung) für zutreffend erkannt hat, wurde jedoch nicht vorgenommen.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

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

Da das ursprünglich festgelegte Ende der Angebotsfrist auf den 29.8.2008 gefallen ist, ist der am 20.8.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007. Da das ursprünglich festgelegte Ende der Angebotsfrist auf den 29.8.2008 gefallen ist, ist der am 20.8.2007 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.

Vorweg ist festzuhalten, dass auf Grund des völligen Fehlens von Unterlagen zur Vorbereitung der Ausschreibung sowie des Fehlens von dokumentierten Entscheidungen der Auftraggeberin, die zu den veröffentlichten Ausschreibungsunterlagen geführt haben, der Inhalt des Vergabeaktes zum Nachweis von Motiven, Handlungen und

Entscheidungen der Antragsgegnerin in diesem Nachprüfungsverfahren zur Gänze ungeeignet ist. So wäre etwa als Grundlage der Leistungsbeschreibungen „die Anforderungen von Ärzteseite“ im Vergabeakt zu dokumentieren gewesen, zumal die Antragstellerin vor allem den Standpunkt vertritt, die Ausschreibung sei auf ein bestimmtes Produkt eines bestimmten Erzeugers abgestellt. Wenn auch davon ausgegangen werden kann, dass jenen Mitarbeitern der Antragsgegnerin, die die Ausschreibung vorbereitet haben (wer dies gewesen ist, ist den Vergabeakten im Übrigen nicht zu entnehmen), die Preis- und Marktsituation bekannt war, hätte dies entsprechend dokumentiert werden müssen. Da diese und weitere Grundlagen für die Ausschreibung in den Vergabeakten nicht enthalten sind, ist der Antragsgegnerin ein Verstoß gegen den Grundsatz der umfassenden Transparenz eines Vergabeverfahrens vorzuwerfen. Der Senat war nicht imstande, die Stellungnahme und das Vorbringen der Antragsgegnerin auf der Grundlage des Vergabeaktes nachzuprüfen, sodass in allen Sachfragen den Behauptungen der Antragstellerin nur gegenteilige, nach dem Inhalt der Vergabeakten nicht näher belegte, Behauptungen der Antragsgegnerin gegenüber stehen. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2001, RsC 19/00, VKS Wien vom 3.5.2007, VKS-1960/07; vom 24.1.2008, VKS-8644/07 ua. Vorweg ist festzuhalten, dass auf Grund des völligen Fehlens von Unterlagen zur Vorbereitung der Ausschreibung sowie des Fehlens von dokumentierten Entscheidungen der Auftraggeberin, die zu den veröffentlichten Ausschreibungsunterlagen geführt haben, der Inhalt des Vergabeaktes zum Nachweis von Motiven, Handlungen und Entscheidungen der Antragsgegnerin in diesem Nachprüfungsverfahren zur Gänze ungeeignet ist. So wäre etwa als Grundlage der Leistungsbeschreibungen „die Anforderungen von Ärzteseite“ im Vergabeakt zu dokumentieren gewesen, zumal die Antragstellerin vor allem den Standpunkt vertritt, die Ausschreibung sei auf ein bestimmtes Produkt eines bestimmten Erzeugers abgestellt. Wenn auch davon ausgegangen werden kann, dass jenen Mitarbeitern der Antragsgegnerin, die die Ausschreibung vorbereitet haben (wer dies gewesen ist, ist den Vergabeakten im Übrigen nicht zu entnehmen), die Preis- und Marktsituation bekannt war, hätte dies entsprechend dokumentiert werden müssen. Da diese und weitere Grundlagen für die Ausschreibung in den Vergabeakten nicht enthalten sind, ist der Antragsgegnerin ein Verstoß gegen den Grundsatz der umfassenden Transparenz eines Vergabeverfahrens vorzuwerfen. Der Senat war nicht imstande, die Stellungnahme und das Vorbringen der Antragsgegnerin auf der Grundlage des Vergabeaktes nachzuprüfen, sodass in allen Sachfragen den Behauptungen der Antragstellerin nur gegenteilige, nach dem Inhalt der Vergabeakten nicht näher belegte, Behauptungen der Antragsgegnerin gegenüber stehen. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde vergleiche EuGH 18.10.2001, RsC 19/00, VKS Wien vom 3.5.2007, VKS-1960/07; vom 24.1.2008, VKS-8644/07 ua.

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 Risiken ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Der gegenständlichen Ausschreibung liegt eine funktionale Leistungsbeschreibung im Sinne des § 95 Abs. 3 WVerG 2006 zugrunde. Nach § 96 Abs. 2 BVergG 2006 haben bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung die technischen Spezifikationen gemäß § 98 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 müssen 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 Funktionsanforderungen gewährleistet ist. Leistungs- und Funktionsanforderungen müssen so ausreichend präzisiert 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. 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 Risiken ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Der gegenständlichen Ausschreibung liegt eine funktionale Leistungsbeschreibung im Sinne des Paragraph 95, Absatz 3, WVerG 2006 zugrunde. Nach Paragraph 96, Absatz 2, BVergG 2006 haben bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung die technischen Spezifikationen gemäß Paragraph 98, 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 müssen 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 Funktionsanforderungen gewährleistet ist. Leistungs- und Funktionsanforderungen müssen so ausreichend präzisiert 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.

Diesen Anforderungen wird die Ausschreibung in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht. Zunächst ist als Ergebnis des Verfahrens festzuhalten, dass – wie sich aus den Schriftsätzen der Antragsgegnerin und ihren Erklärungen in der mündlichen Verhandlung ergibt – tatsächlich bei der Auslegung verschiedener Abkürzungen und Kriterien Auslegungsmöglichkeiten ergeben, die derart sind, dass eine willkürliche Anwendbarkeit bei der Beurteilung der Angebote nicht ausgeschlossen werden kann.

So legt die Antragsgegnerin beim Los 1 (Beilage 13.01.1, Seite 11 von 129) unter anderem fest, dass „die Entwöhnung von kontrolliertem Modus auf assistiertem Modus interaktiv gesteuert werden können“ muss. Die Antragstellerin vertritt dazu die Ansicht, dass diese Festlegung unklar und nicht nachvollziehbar sei, weil daraus sich nicht ergebe, „von wem was interaktiv gesteuert werden muss“. Auch der Wechsel des Beatmungsmodus durch den diensthabenden Arzt sei eine Interaktion zwischen dem kontrollierten und assistierten Modus. Dazu hat die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 30.9.2008 klargestellt, dass die interaktive Steuerung von kontrolliertem Modus auf assistiertem Modus eine Interaktion des Bedienpersonals mit dem Beatmungsgerät bedeutet. Diese Anforderung ist den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen. Der Vorwurf der Antragstellerin, dass die Anforderung in den Ausschreibungsunterlagen nur unzureichend beschrieben ist, trifft daher zu. Da es sich bei dieser Anforderung um ein Mindestkriterium handelt, wäre es in den Ausschreibungsunterlagen eindeutig zu definieren gewesen. Da diese eindeutige Festlegung nicht gegeben ist, besteht durchaus die Möglichkeit, dass von verschiedenen Bietern diese Anforderung verschieden beantwortet wird.

In der Ausschreibung zum Los 1 (Beilage 13.01.1, Seite 11 von 129) wird als Mindestanforderung verlangt, dass „die Möglichkeit zum Aktivieren dieses Weaningmodus mit einem Knopfdruck möglich sein“ muss. Dazu hat die Antragstellerin ausgeführt, dass sich die Frage stelle, welche Form des Weaningmodus zur Erfüllung dieses Musskriterium ausreichend ist. Die Antragsgegnerin hat dazu ausgeführt, dass die Aktivierung des Weaningmodus die vorherige Wahl bzw. Bestätigung der Einstellung und Patienteninformationen voraussetzt. Die finale Aktivierung der Funktion soll mit einem Knopfdruck möglich sein und keine weiteren Bedienschritte erforderlich machen. Nachdem diese Anforderung in den Ausschreibungsunterlagen eindeutig als „Musskriterium“ definiert ist, lässt die Stellungnahme der Antragsgegnerin den Schluss zu, dass sie diese Anforderung nur als „Soll-Kriterium“ wertet. Die von der Antragstellerin behauptete Unklarheit ist daher weiterhin gegeben.

Beim Los 1 wird unter den Mindestanforderungen (Beilage 13.01.1, Seite 11 von 129) verlangt, dass „am Bildschirm ...gleichzeitig mindestens 3 Beatmungskurven, Loops sowie gemessene Parameter darstellbar sein“ müssen. Dazu hat die Antragstellerin vorgebracht, dass dieses Kriterium nur von einem einzigen Mitbewerber der Antragstellerin, nämlich vom Unternehmen *** mit dem Gerät „***“ erfüllt werden kann. Dieses Kriterium stelle sich für die Antragstellerin als KO-Kriterium dar, für das eine sachliche Rechtfertigung nicht vorliege. Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass diese verlangte Darstellung auch von einem Gerät der Antragstellerin erfüllt werden könne. Die Antragstellerin hat dazu erklärt, dass die Darstellung dieser Daten zwar auf dem von ihr erzeugten Gerät möglich sei, jedoch nicht die gleichzeitige Darstellung. Eine gleichzeitige Darstellung könne nur von einem Anbieter erfüllt werden. Dieses Vorbringen der Antragstellerin blieb seitens der Antragsgegnerin unwiderlegt, weshalb die Bekämpfung dieser Mindestanforderung der gleichzeitigen Darstellung von 3 Beatmungskurven, Loop und gemessener Parameter als berechtigt erkannt werden muss, zumal die Antragsgegnerin eine sachliche Rechtfertigung für diese Vorgabe nicht gegeben hat.

Die Antragsstellung hat auch das Ausschreibungskriterium, wonach „eine Angabe über die restliche Akkuleistung abrufbar sein“ muss (Los 1, Beilage 13.01.1, Seite 12 von 129) bekämpft. Dazu hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass eine Angabe über die restliche Akkuleistung möglich sein muss, eine konkrete Darstellungsform sei nicht bewusst

vorgegeben worden und im Übrigen handle es sich für sie bei dieser Festlegung nicht um ein Zuschlagskriterium (Protokoll Seite 2).

Hinsichtlich des Loses 1 ist daher davon auszugehen, dass die in der Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 30.9.2008 sowie in der mündlichen Verhandlung angeführten Erläuterungen und weitergehenden Forderungen der ursprünglichen Leistungsbeschreibung nicht zu entnehmen waren, woraus abgeleitet werden muss, dass die Anforderungen und somit der Grad der Erfüllbarkeit für Anbieter unklar ist. Gerade diese, im Verfahren hervorgekommenen Unklarheiten und Auslegungsmöglichkeiten würden der Antragsgegnerin einen sachlich nicht zu rechtfertigenden Spielraum für eine willkürliche Beurteilung geben. Dies umso mehr, als der Schluss durchaus gerechtfertigt ist, dass nur ein Gerät am Markt in der Lage ist, die vorgegebenen Mindestkriterien zu erfüllen, wobei beim Los 1 die Antragstellerin keine Möglichkeit hätte ein erfolgversprechendes Angebot zu legen.

Hinsichtlich der Bestimmungen zum Los 2 rügt die Antragstellerin, dass bei den angegebenen Mindestkriterien nicht ersichtlich ist, wo deren Aufzählung in der Ausschreibungsunterlage endet. Für einen Bieter sei daher nicht klar erkennbar, welche Kriterien unbedingt erfüllt werden müssen. Weiters sei für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar, warum die Antragsgegnerin im Los 2 nicht den selben Standard für die Mindestkriterien anwendet wie im Los 1. Dem hat die Antragsgegnerin entgegnet, dass bei Durchsicht der Seiten 85 von 129 „klar ersichtlich“ wäre, dass ab Seite 43 Bewertungskriterien und keinesfalls Mindestkriterien abgefragt würden. Auch hier erweist sich die Bemänglung der Ausschreibungsunterlage durch die Antragstellerin als berechtigt. Zunächst ist zu bemerken, dass aus nicht ersichtlichen Gründen die Antragsgegnerin die Leistungsbeschreibung für Los 1 anders gestaltet hat als für den Teil 2, obwohl es sich bei den zum Einsatz vorgesehenen Geräten praktisch um gleichartige Beatmungsgeräte mit gleichartigem Verwendungszweck handelt. Tatsächlich beginnt die Leistungsbeschreibung für das Los 2 mit den Mindestkriterien (Beilage 13.01.2, Seite 39 bis Seite 42), wobei keinesfalls ersichtlich ist, ob auch die weiteren abgefragten Werte auf den Seiten 43 und 44 noch zu den Mindestkriterien zählen oder, wie von der Antragsgegnerin behauptet, nur Bewertungskriterien darstellen. Entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin ist aus der Beilage 13.03, Seite 85 von 129 kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass es sich bei den auf den Seiten 43 und 44 von 129 angeführten Abfragen um Bewertungskriterien handelt. Im Gegensatz zu der Auflistung der Mindestkriterien zum Los 1 endet die Auflistung der Mindestkriterien für das Los 2 nicht mit der abschließenden Frage, ob alle Mindestkriterien erfüllt worden sind (Beilage 13.01.1, Seite 12). Der Ansicht der Antragstellerin, dass diesbezüglich unklar ist, ob zu den Mindestkriterien für Los 2 auch jene Kriterien gehören, die unter dem Kapitel „Technischer Wert – Innovation“, auf den Seiten 43 und 44 verlangt werden, trifft daher zu. Dazu kommt, dass die Antragsgegnerin im Los 2 als zweiten Absatz zu den Mindestkriterien ausdrücklich festgelegt hat, dass „alle nachfolgend angeführten Mindestforderungen....vom Anbieter durch eindeutige Kennzeichnung (Ankreuzen, Abhaken, usw.) der Punkte und Unterpunkte als Bestätigung der Erfüllung markiert werden“ müssen. Der Senat hält daher den Einwand der Antragstellerin, dass beim Los 2 eine klare Abgrenzung der Mindestkriterien aus der Ausschreibung nicht ersichtlich wäre, für berechtigt.

Auf Seite 43 werden, das Los 2 betreffend, unter dem Titel „Technischer Wert – Innovation“ Abfragen wie folgt gestellt:

„Druckunterstützte Beatmungsform, differenzierbar einstellbar, Möglichkeit zur Überwindung der Resistenz und Compliance:

keine vorhanden,

vorhanden.

Maskenbeatmung, in- und expiratorischen Leckage compensation, Triggerung (nicht invasive Ventilation):

keine vorhanden,

vorhanden, Kurzbeschreibung."

Diese Fragen werden von der Antragstellerin als Fragen zu den Mindestkriterien gezählt, die erfüllt oder nicht erfüllt werden können. Dazu verweist sie auf Seite 83 der Ausschreibungsunterlage Punkt 14.1.2, wonach diese Angaben in die Zuschlagsbewertung miteinbezogen werden. Danach erhält eine mit ja beantwortete

bzw. bei Mehrfachfragen positiv bewertete Abfrage einen Unterpunkt. Eine mit nein

bzw. bei Mehrfachfragen negativ bewertete Abfrage erhält keinen Unterpunkt. Damit – so die Antragstellerin – werden die geforderten Mindestkriterien zu Bewertungskriterien.

Dazu hat die Antragsgegnerin lediglich vorgebracht, bei der Funktion ASB und Flowtriggerung handle es sich um Mindestkriterien, die jedenfalls zu erfüllen sind. Die Bewertungsabfrage „Druckunterstützte Beatmungsform differenziert einstellbar, Möglichkeit zur Überwindung der Resistenz und Compliance „ beziehe sich auf die differenzierte Einstellbarkeit bei druckunterstützten Beatmungsformen und dem technischen Lösungsansatz. Ob es sich dabei ebenfalls um ein Mindestkriterium handelt, wird von der Antragsgegnerin nicht ausgeführt. Im Hinblick auf ihr Vorbringen, dass es sich bei den Abfragen auf den Seiten 43 und 44 nicht um Mindestkriterien sondern um Bewertungskriterien handeln soll, ergibt sich, dass selbst für die Antragsgegnerin nicht klar sein dürfte, ob die Beantwortung dieser Abfragen mit „keine vorhanden“ zwingend zur Ausscheidung eines Angebotes führen wird. Der Standpunkt der Antragstellerin, dass die geforderten Mindestkriterien zu Bewertungskriterien werden können, ist nicht von der Hand zu weisen. Ein Angebot, das die geforderten Mindestkriterien nicht erfüllt, ist jedenfalls zwingend auszuschneiden und kann nicht bloß eine geringere Punktbewertung erhalten. Damit widerspricht die Heranziehung der Mindestkriterien als Bewertungskriterien klar dem Verbot der Doppelverwertung. Als Zuschlagskriterien sind Kriterien ausgeschlossen, die im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung zusammenhängen. Der Grundsatz der Gleichbehandlung beinhaltet eine Verpflichtung der Auftraggeberin zur Transparenz. Alle Kriterien, die von einer Auftraggeberin bei der Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes berücksichtigt werden sollen, müssen den potentiellen Bietern zum Zeitpunkt der Vorbereitung ihrer Angebote bereits bekannt sein (EuGH 24.1.2008, RsC-532/06). Da diese klare Trennung zumindest in den Ausschreibungsunterlagen betreffend das Los 2 nicht erkennbar ist, die bekämpfte Fassung vielmehr der Antragsgegnerin verschiedene Auslegungsmöglichkeiten einräumt, erweisen sich diese Festlegungen in der gewählten Form als vergaberechtswidrig.

Die Antragstellerin hat mehrfach vorgebracht, die Antragsgegnerin würde in der Ausschreibung unklare, nicht einheitlich gebräuchliche Begriffe wie CPV-P/V und ähnliches verwenden. Dies hat die Antragsgegnerin insoweit erkennbar zugestanden, als sie in ihrer Stellungnahme dazu ausführt, dass auf Grund einer fehlenden Standardisierung auf dem Gebiet der maschinellen Beatmung und der hohen Anzahl von Anbietern diverse Bezeichnungen für Beatmungsformen entstanden sind. Diese Bezeichnungen würden sich zum Teil auf identische Beatmungsformen beziehen. Dazu hat sich die Antragsgegnerin auf eine Eintragung in der Internetplattform Wikipedia bezogen.

Diesem Vorbringen ist die Antragstellerin dadurch entgegen getreten, dass sie ihrerseits den Ausdruck aus der Wikipediaplattform vorgelegt hat, der, entgegen der Ausführung der Antragsgegnerin, die Begriffe CPV und P/V nicht enthält. Eine Definition bzw. eine begriffliche Darstellung, was mit den von der Antragsgegnerin gebrauchten Abkürzungen gemeint ist, ist in den Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten. Auf Grund der von der Antragstellerin vorgelegten, auch der Antragsgegnerin zur Kenntnis gebrachten Unterlagen, ist der Senat davon ausgegangen, dass es sich zumindest bei den von der Antragsgegnerin verwendeten Abkürzungen CPV und P/V nicht um gängige, allgemein übliche und mit gleichem Inhalt verstandene Bezeichnungen handelt. Es ist zwar richtig, dass die Antragsgegnerin auf Seite 89 der Ausschreibungsunterlagen Ansprechpartner genannt hat, welche von den Bietern bei Unklarheiten zu kontaktieren gewesen wären. Diese hat die Antragstellerin nicht getan, aus welchem Umstand ihr jedoch ein Nachteil nicht erwachsen kann. Eine Verpflichtung zur Kontaktaufnahme etwa mit der Folge des Verlustes der Geltendmachung dieser Rechtswidrigkeit ist jedenfalls nicht gegeben.

Zur Bezeichnung *** hat die Antragstellerin ausgeführt, dass es sich hier nicht um einen allgemein einheitlichen verstandenen Begriff handle sondern um eine anbieterspezifische Bezeichnung, die im Wesentlichen nur von der Antragstellerin verwendet wird. Dem hat die Antragsgegnerin inhaltlich nichts entgegnet, weshalb der Senat davon ausgeht, dass es sich bei dieser Beatmungsform um ähnliche Beatmungsformen anderer Hersteller handelt, dies aber technisch mit unterschiedlichsten Regel- und Steuerkreisen umgesetzt werden. Damit ist aber die Möglichkeit eine unterschiedliche Auslegung dieser Abkürzung gegeben, die letztlich zu nicht vergleichbaren Angeboten führen kann.

Ähnlich ist das Problem bei der Bezeichnung des „Open Lung Systems“. Hier hat die Antragstellerin vorgebracht, dass die Mindestanforderung *** in der Leistungsbeschreibung hinsichtlich der Firmenbezeichnung nur einem Anbieter in der Langzeitbeatmung zugeordnet werden kann. Dabei handle es sich um den Anbieter *** mit seinem Produkt ***.

Dazu hat die Antragsgegnerin lediglich ausgeführt, dass „bezüglich Open Lung ... verschiedene Ansätze gewählt werden können“. Gerade im Hinblick darauf, dass der Auftraggeber mit seiner Ausschreibung die spätere Vergleichbarkeit der Angebote gewährleisten muss, zeigen diese beiden Fälle, dass sowohl für den Begriff „***“ wie für

den Begriff ***" verschiedene Auslegungsmöglichkeiten gegeben sind, sodass verschiedene Anbieter jeweils verschiedene Lösungsmöglichkeiten dazu anbieten können, was im Ergebnis die Vergleichbarkeit der Angebote unmöglich macht.

Nach den Ausschreibungsunterlagen wird als Mindestanforderung eine diagnostische Messung des Lungendrucks verlangt. Die Antragstellerin führt dazu aus, dass weder aus den Ausschreibungsunterlagen noch sonst aus einer Stellungnahme der Antragsgegnerin ersichtlich wäre, um welche diagnostischen Messungen des Lungendruckes es sich handeln soll. Dazu führt die Antragstellerin mehrere Möglichkeiten der Messung des Lungendruckes an, wonach der Lungendruck grundsätzlich nicht in der Lunge sondern in den Atemwegsystemen der Beatmungsgeräte inklusive Schlauchsystemen gemessen wird. Nach Angaben der Antragstellerin gibt es lediglich einen einzigen Gerätehersteller, welcher offensichtlich einen separaten Druck messen kann bzw. geräteseitig dafür ausgestattet ist. Dabei würde es sich um das Gerät des Unternehmens ***, *** handeln. Dazu hat die Antragsgegnerin lediglich vorgebracht, dass die Funktion „*** in den Beatmungsformen enthalten und einstellbar sein" muss. Ausreichend sei eine entsprechende Messung, das Messprinzip sei eine informative Angabe und werde, wie in der Leistungsbeschreibung festgehalten, nicht in die Bestbieterermittlung einbezogen. Abgesehen davon, dass dieser Umstand aus den Mindestkriterien auf Seite 39 nicht hervorgeht, stellt sich die Frage, warum dieser Parameter als Mindestkriterium angeführt wurde, wenn er bereits, wie von der Antragsgegnerin angegeben, in den im Rahmen der Mindestkriterien schon geforderten Beatmungsformen enthalten und einstellbar sein muss. Es ist daher für einen Bieter nicht nachvollziehbar, was die Antragsgegnerin unter diesem Punkt zusätzlich verstehen möchte. Damit ist aber die gesetzlich geforderte Eindeutigkeit der Ausschreibungsunterlagen und die darauf beruhende Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben, weil eben verschiedene Lösungsmöglichkeiten für dieses Problem vorhanden sind.

Die Antragstellerin bringt beim Los 2 weiters vor, dass auf Seite 39 der Ausschreibungsunterlagen eine Beschreibung des Entwöhnungsprozesses (informative Angabe wird nicht in die Bestbieterermittlung miteinbezogen) verlangt wird. Studien hätten gezeigt, dass der Entwöhnungsprozess, basierend auf einem entsprechenden Protokoll, eine effizientere Entwöhnung zulasse als ohne desselben. Diese Protokolle bzw. Entwöhnungsprozesse bedeuten allerdings nichts anderes als, dass der diensthabende Arzt die Situation des Patienten evaluiert und die Einstellung des Beatmungsgerätes manuell entsprechend verändert. Es würden für die Durchführung dieses Entwöhnungsprozesses jedoch mehrere Systeme vorhanden sein. Sollte auf ein automatisiertes, protokollbasiertes Entwöhnungsprogramm abgezielt werden, sei anzumerken, dass aus Sicht der Antragstellerin nur sie mit ihrem Produkt „***" über ein solches verfügt. Im Hinblick auf die mehrfachen Möglichkeiten der Durchführung des Entwöhnungsprozesses wäre grundsätzlich der „Bedarf" so zu formulieren gewesen, dass mit dessen Darstellung die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet werden kann. Die bloße Formulierung „Entwöhnungsprozess" sei dazu gänzlich ungeeignet. Dazu hat die Antragsgegnerin lediglich ausgeführt, dass tatsächlich das Problem der Entwöhnungsprozesse von den Herstellern unterschiedlich gelöst werden. Deshalb würde ausschließlich die Funktionalität gefordert und nicht eine konkrete Lösung, um einen Wettbewerb zu gewährleisten. Auch hier ist der Senat zur Ansicht gelangt, dass eine nähere Beschreibung der Art des Entwöhnungsprozesses angezeigt gewesen wäre, zumal er unter den Mindestkriterien angeführt wird. Es ist daher nur zu beurteilen, ob diese Mindestanforderung erfüllt ist oder nicht, weshalb kein Spielraum für einen Wettbewerb besteht, da das Ergebnis der Beantwortung dieser Frage nicht in die Bestbieterermittlung einbezogen werden soll.

Im Übereinstimmung mit dem Vorbringen der Antragstellerin hält es der Senat – mangels entsprechender Dokumentationen in den Vergabeakten – für nicht nachvollziehbar, warum einerseits für das SMZ-Floridsdorf (Los 1) und andererseits für das Wilhelminenspital (Los 2) sich die in diesen beiden Losen angeführten Mindestanforderungen wesentlich unterscheiden, obwohl es sich um die gleiche Klasse von anzubietenden Langzeitbearbeitungsgeräten handelt, die für den gleichen Verwendungszweck vorgesehen sind. Wenn diese unterschiedliche Gestaltung der Mindestanforderungen dieser beiden Lose durch die von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung erwähnten „Anforderungen von Ärzteseite" begründet sein sollte, wäre es Aufgabe der Antragsgegnerin gewesen, um möglichst klare und einheitliche Ausschreibungsunterlagen zu schaffen, zumindest die Mindestkriterien für diese beiden Lose einheitlich zu gestalten oder darzustellen, worin eine sachliche Rechtfertigung für die gewählte Differenzierung gelegen ist.

Der Vorwurf der Antragstellerin, die Mindestkriterien bei Los 3 seien so gestaltet, dass sie nur von dem Produkt „***" erfüllt werden können, konnten von der Antragsgegnerin nicht entkräftet werden. Damit war (vgl. § 12 Abs. 2 WVRG

2007) von der Richtigkeit der Angaben der Antragstellerin auszugehen, dass die Mindestkriterien „Bildschirmdiagonale mindestens 10 Zoll, Bildschirm in das Grundgerät integrierbar und abnehmbar“ nur von diesem Hersteller erfüllt werden können. Der Antragsgegnerin ist es nicht gelungen, dieses Vorbringen zu entkräften, weshalb der Senat im Sinne des § 12 Abs. 2 WVRG 2007 von dessen Richtigkeit ausgegangen ist. Der Vorwurf der Antragstellerin, die Mindestkriterien bei Los 3 seien so gestaltet, dass sie nur von dem Produkt „***“ erfüllt werden können, konnten von der Antragsgegnerin nicht entkräftet werden. Damit war vergliche Paragraph 12, Absatz 2, WVRG 2007) von der Richtigkeit der Angaben der Antragstellerin auszugehen, dass die Mindestkriterien „Bildschirmdiagonale mindestens 10 Zoll, Bildschirm in das Grundgerät integrierbar und abnehmbar“ nur von diesem Hersteller erfüllt werden können. Der Antragsgegnerin ist es nicht gelungen, dieses Vorbringen zu entkräften, weshalb der Senat im Sinne des Paragraph 12, Absatz 2, WVRG 2007 von dessen Richtigkeit ausgegangen ist.

Nach den Ausschreibungsunterlagen werden die Punkte für die Nutzerkriterien von einer Bewertungskommission, deren Zusammensetzung den Vergabeakten ebenso wenig zu entnehmen ist, wie die Anzahl der Mitglieder, vergeben. Die Nutzerkriterien sind so unpräzise und allgemein definiert, dass eine objektive Nachvollziehbarkeit im Zuge der Angebotsprüfung kaum erzielt werden kann, sondern vielmehr die Gefahr besteht, dass es bei der Beurteilung der einzelnen Kriterien zu einer Summierung verschiedener subjektiver Meinungen kommt. Nach § 80 BVergG 2006 hat ein Auftraggeber „in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben“. Nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden sind diese Zuschlagskriterien so zu konkretisieren, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können (BVA 12.5.2003, 02N-19/03-31). Diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf allfällige Subzuschlagskriterien, die einschließlich ihrer Reihung und Gewichtung in gleicher Weise wie die Oberkriterien bekannt zu geben sind. Die in der Angebotsunterlage festgelegten Zuschlagskriterien entsprechen dieser vergaberechtlichen Konkretisierungspflicht nicht (Haid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht², 352ff). Durch die Formulierung der Nutzerkriterien besteht durch die Verwendung einzelner Begriffe die Möglichkeit einer gewissen Beeinflussung der Mitglieder der Bewertungskommission bzw. lassen sie eine bereits vorgefasste Meinung der Antragsgegnerin befürchten. So ist für den Senat unklar, wie z.B. das Nutzerkriterium „***“ bewertet werden soll. Kommt es der Antragsgegnerin eher auf die Drehbarkeit oder die Kippbarkeit oder die Abnehmbarkeit an, sowie wieviel Punkte erhält ein Anbieter, wenn sein Produkt drehbar und kippbar, aber nicht abnehmbar ist, wie werden diese Funktionalitäten im Verhältnis zueinander bewertet. Dazu kommt, dass alle diese drei Anforderungen grundsätzlich nur von einem Produkt erfüllt werden können. Gleiches gilt für die Kriterien wie „Ablesequalität“ und „***“. Diese Begriffe lassen Raum für unterschiedliche Interpretationen der Subkriterien und damit für eine unterschiedliche, schwer nachvollziehbare Beurteilung zu. Die Auslegung der Subkriterien schließt die Möglichkeit einer willkürlichen Interpretation von vornherein nicht aus. Damit besteht aber die Gefahr, dass die Angebote unvergleichbar sind. Es wird der Antragsgegnerin obliegen, die Subkriterien so festzulegen, dass die Bewertungssystematik ohne jeglicher Interpretationsmöglichkeit klar und unmissverständlich ist. In der vorliegenden Gestaltung der Kriterien ist damit gleichfalls ein Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften zu erblicken. Nach den Ausschreibungsunterlagen werden die Punkte für die Nutzerkriterien von einer Bewertungskommission, deren Zusammensetzung den Vergabeakten ebenso wenig zu entnehmen ist, wie die Anzahl der Mitglieder, vergeben. Die Nutzerkriterien sind so unpräzise und allgemein definiert, dass eine objektive Nachvollziehbarkeit im Zuge der Angebotsprüfung kaum erzielt werden kann, sondern vielmehr die Gefahr besteht, dass es bei der Beurteilung der einzelnen Kriterien zu einer Summierung verschiedener subjektiver Meinungen kommt. Nach Paragraph 80, BVergG 2006 hat ein Auftraggeber „in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben“. Nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden sind diese Zuschlagskriterien so zu konkretisieren, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können (BVA 12.5.2003, 02N-19/03-31). Diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf allfällige Subzuschlagskriterien, die einschließlich ihrer Reihung und Gewichtung in gleicher Weise wie die Oberkriterien bekannt zu geben sind. Die in der Angebotsunterlage festgelegten Zuschlagskriterien entsprechen dieser vergaberechtlichen Konkretisierungspflicht nicht (Haid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht², 352ff). Durch die Formulierung der Nutzerkriterien besteht durch die Verwendung einzelner Begriffe die Möglichkeit einer gewissen Beeinflussung der Mitglieder der Bewertungskommission bzw. lassen sie eine bereits vorgefasste Meinung der Antragsgegnerin befürchten. So ist für den Senat unklar, wie z.B. das Nutzerkriterium „***“ bewertet werden soll. Kommt es der Antragsgegnerin eher auf die Drehbarkeit oder die Kippbarkeit oder die

Abnehmbarkeit an, sowie wieviel Punkte erhält ein Anbieter, wenn sein Produkt drehbar und kippbar, aber nicht abnehmbar ist, wie werden diese Funktionalitäten im Verhältnis zueinander bewertet. Dazu kommt, dass alle diese drei Anforderungen grundsätzlich nur von einem Produkt erfüllt werden können. Gleiches gilt für die Kriterien wie „Ablesequalität“ und „***“. Diese Begriffe lassen Raum für unterschiedliche Interpretationen der Subkriterien und damit für eine unterschiedliche, schwer nachvollziehbare Beurteilung zu. Die Auslegung der Subkriterien schließt die Möglichkeit einer willkürlichen Interpretation von vornherein nicht aus. Damit besteht aber die Gefahr, dass die Angebote unvergleichbar sind. Es wird der Antragsgegnerin obliegen, die Subkriterien so festzulegen, dass die Bewertungssystematik ohne jeglicher Interpretationsmöglichkeit klar und unmissverständlich ist. In der vorliegenden Gestaltung der Kriterien ist damit gleichfalls ein Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften zu erblicken.

Letztlich macht die Antragstellerin geltend, die Ausschreibungsunterlage enthalte bedenkliche Rabattregelungen für höhere Abnahmemengen. Vorgesehen sei, dass für Abrufe ab 11 Stück ein Rabatt von 3 %, ab 19 Stück von 5 % zu gewähren ist. Bis 10 Stück sei offenbar kein Rabatt einzurechnen.

Fest steht, dass die Antragsgegnerin bei Entwurf ihrer Ausschreibungsunterlage von der Notwendigkeit zur Anschaffung von 18 Stück Langzeitbeatmungsgeräten ausgegangen ist, wobei sie im Zuge der mündlichen Verhandlung erklärt hat, dass es möglich sei, weniger Geräte, aber auch mehr Geräte zu beschaffen.

Die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Rabattregelung erschwert die Kalkulation des Bieters, wenn sie sie nicht überhaupt unmöglich hat. Da die Antragsgegnerin keine Abnahmegarantie für eine bestimmte Menge gibt, muss der Bieter spekulieren, wie viele Geräte tatsächlich abgerufen werden und für wie viele Geräte er daher einen Rabatt einzukalkulieren hat. Rechnet beispielsweise ein Bieter mit der Abnahme von 10 Geräten mit einem Gestehungspreis von je EUR 1.000,-- und einem Deckungsbeitrag von 3 %, beträgt der Stückpreis EUR 1.030,--. Rechnet der Bieter jedoch mit der Abnahme von 15 Geräten mit einem Gestehungspreis von je EUR 1.000,-- und einem Deckungsbeitrag von 3%, muss er für das 11. bis 15. Gerät einen Rabatt von 3 % gewähren. Um den Deckungsbeitrag zu erhalten, muss er den Rabatt (ca. EUR 150,--) auf den Grundpreis aufschlagen, sodass der Stückpreis auf EUR 1.040,-- kommt. Rechnet der Bieter aber mit der Abnahme von 25 Geräten mit einem Gestehungspreis von je EUR 1.000,-- und einem Deckungsbeitrag von 3 %, muss er für das 11. bis 18. Gerät einen Rabatt von 3 %, für das 19. bis 25. Gerät einen Rabatt von 5 % gewähren. Um den Deckungsbeitrag zu erhalten muss er den Rabatt von ca. EUR 590,-- auf den Grundpreis aufschlagen. Damit kommt der Stückpreis auf EUR 1.054,--. Schon diese beispielhafte Berechnung zeigt, dass die Antragsgegnerin eindeutig festzulegen gehabt hätte, ob der Rabatt im Nachhinein auch für alle bereits verkauften Beatmungsgeräte zu gewähren ist. Aus der in Frage stehenden Formulierung „bei Erreichen einer Rabattstufe wird den betroffenen Häusern der Betrag im Nachhinein gut geschrieben“, geht nicht hervor, ob die Rabattregelung lediglich für das konkrete Gerät und die darauf folgend zu kaufenden künftigen Geräte gilt oder ob der Rabatt auch für die vor Erreichen der Rabattstufe bereits gekauften und gelieferten Geräte gewährt werden soll und diesbezüglich der Antragsgegnerin eine Gutschrift zu gewähren ist. Im Hinblick auf diese unklare Regelung erweist sich auch diese Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen als vergaberechtswidrig im Sinne des § 79 Abs. 3 BVergG 2006. Die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Rabattregelung erschwert die Kalkulation des Bieters, wenn sie sie nicht überhaupt unmöglich hat. Da die Antragsgegnerin keine Abnahmegarantie für eine bestimmte Menge gibt, muss der Bieter spekulieren, wie viele Geräte tatsächlich abgerufen werden und für wie viele Geräte er daher einen Rabatt einzukalkulieren hat. Rechnet beispielsweise ein Bieter mit der Abnahme von 10 Geräten mit einem Gestehungspreis von je EUR 1.000,-- und einem Deckungsbeitrag von 3 %, beträgt der Stückpreis EUR 1.030,--. Rechnet der Bieter jedoch mit der Abnahme von 15 Geräten mit einem Gestehungspreis von je EUR 1.000,-- und einem Deckungsbeitrag von 3%, muss er für das 11. bis 15. Gerät einen Rabatt von 3 % gewähren. Um den Deckungsbeitrag zu erhalten, muss er den Rabatt (ca. EUR 150,--) auf den Grundpreis aufschlagen, sodass der Stückpreis auf EUR 1.040,-- kommt. Rechnet der Bieter aber mit der Abnahme von 25 Geräten mit einem Gestehungspreis von je EUR 1.000,-- und einem Deckungsbeitrag von 3 %, muss er für das 11. bis 18. Gerät einen Rabatt von 3 %, für das 19. bis 25. Gerät einen Rabatt von 5 % gewähren. Um den Deckungsbeitrag zu erhalten muss er den Rabatt von ca. EUR 590,-- auf den Grundpreis aufschlagen. Damit kommt der Stückpreis auf EUR 1.054,--. Schon diese beispielhafte Berechnung zeigt, dass die Antragsgegnerin eindeutig festzulegen gehabt hätte, ob der Rabatt im Nachhinein auch für alle bereits verkauften Beatmungsgeräte zu gewähren ist. Aus der in Frage stehenden Formulierung „bei Erreichen einer Rabattstufe wird den betroffenen Häusern der Betrag im Nachhinein gut geschrieben“, geht nicht hervor, ob die Rabattregelung lediglich für das konkrete Gerät und die darauf folgend zu kaufenden künftigen Geräte gilt oder ob der Rabatt auch für die vor

Erreichen der Rabattstufe bereits gekauften und gelieferten Geräte gewährt werden soll und diesbezüglich der Antragsgegnerin eine Gutschrift zu gewähren ist. Im Hinblick auf diese unklare Regelung erweist sich auch diese Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen als vergaberechtswidrig im Sinne des Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006.

Abschließend ist festzuhalten, dass das Nachprüfungsverfahren ergeben hat, dass die überwiegende Zahl der durch die Antragstellerin beanspruchten 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 Weise bei der Angebotsprüfung vorzugehen, im Hinblick auf die Rabattregelung Bestimmungen enthält, die eine Kalkulation erschweren oder überhaupt unmöglich machen bzw. dem Unternehmer zu Spekulationen zwingen, wodurch der Grundsatz des freien und lauter Wettbewerbs behindert werden kann. Letztlich hat das Verfahren aber auch ergeben, dass bei zahlreichen Festlegungen offenbar auf ein bestimmtes Produkt eines bestimmten Erzeugers abgestellt wurde, ohne dass sich dafür eine sachliche Rechtfertigung in den Vergabeakten findet. Damit wird aber in der angefochtenen Ausschreibung gegen den Grundsatz des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 in einem Umfang verstoßen, der zur Nichtigkeitsklärung der gesamten Ausschreibung führen muss. Es war daher wie aus dem Spruch unter Punkt 1 ersichtlich zu entscheiden. Abschließend ist festzuhalten, dass das Nachprüfungsverfahren ergeben hat, dass die überwiegende Zahl der durch die Antragstellerin beanspruchten 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 Weise bei der Angebotsprüfung vorzugehen, im Hinblick auf die Rabattregelung Bestimmungen enthält, die eine Kalkulation erschweren oder überhaupt unmöglich machen bzw. dem Unternehmer zu Spekulationen zwingen, wodurch der Grundsatz des freien und lauter Wettbewerbs behindert werden kann. Letztlich hat das Verfahren aber auch ergeben, dass bei zahlreichen Festlegungen offenbar auf ein bestimmtes Produkt eines bestimmten Erzeugers abgestellt wurde, ohne dass sich dafür eine sachliche Rechtfertigung in den Vergabeakten findet. Damit wird aber in der angefochtenen Ausschreibung gegen den Grundsatz des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 in einem Umfang verstoßen, der zur Nichtigkeitsklärung der gesamten Ausschreibung führen muss. Es war daher wie aus dem Spruch unter Punkt 1 ersichtlich zu entscheiden.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 26.8.2008 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 26.8.2008 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

Nachprüfungsverfahren, Nichtigkeitsklärung einer Ausschreibung; Verstoß gegen das Transparenzgebot; mangelnde Dokumentation in den Vergabeakten; unklare Formulierungen; Kalkulation erschwert oder unmöglich; Grundsatz des freien und lauter Wettbewerbs nicht garantiert; Festlegung auf bestimmtes Produkt, ohne sachliche Rechtfertigung; Ausschreibungsunterlagen keine taugliche Grundlage für vergleichbare Angebote.

Zuletzt aktualisiert am

09.04.2009

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