

TE Verg Bescheid 2008/5/15 VKS-2940/08

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.05.2008

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 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 §80 Abs3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §130 Abs1

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 § 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 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 130 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
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

BESCHIED

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden Sen. Präs. des OLG Wien *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH & Co KG, ***, vertreten durch Siemer-Siegl-Füeder & Partner, Rechtsanwälte in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages zur „Lieferung von Einmal-Infusionsgeräten und -zubehör an die Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund (KAV), Ausschreibungsnummer KAV-GED-A/32/2007/GBW" Teil 1, 3 und 5, durch die Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 28.3.2008, das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich der Teile 1, 3 und 5 auszuschneiden, bzw. hinsichtlich dieser Teile den Zuschlag einem anderen Bieter erteilen zu wollen, werden für nichtig erklärt.
1. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 10.4.2008 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 3.Ziffer 3
Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von EUR 2.400,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 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, 80 Abs. 3, 129 Abs. 1 Z 7, 130 Abs. 1, 345 BVergG 2006.Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 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, 80, Absatz 3, 129, Absatz eins, Ziffer 7, 130, Absatz eins, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Der Magistrat der Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe des Auftrages zur Lieferung von Einmal-Infusionsgeräten und -zubehör. Der Auftrag umfasst die Lieferung von je sechs unterschiedlichen Infusionsgeräten, sowie von Einmal-Infusionsverlängerungen nach Kuchar. Die ausgeschriebenen Leistungen sind deshalb in sieben Teile geteilt. Die Legung von Teilangeboten ist zugelassen, nicht jedoch die Legung von Alternativ- und/oder Abänderungsangeboten. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Kundmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgte am 16.1.2008, Zl. 2008/S10-011149. Das Ende der Angebotsfrist war der 26.2.2008, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt.

Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt sechs Unternehmen, darunter auch die Antragstellerin, beteiligt, die für sämtliche sieben Teile ein Angebote gelegt hat. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde ihr Angebot bezüglich der Teile 1, 3, 5 und 7 jeweils mit dem niedrigsten Preis verlesen.

Mit Schreiben vom 28.3.2008, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, das Angebot der Antragstellerin für die Teile 1 bis 6 gemäß § 129 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden und den Zuschlag für die Teile 1, 3 und 5 einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen. Hinsichtlich des Teiles 7 (Infusionsverlängerungen) hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass für die Vergabe diesbezüglich die Antragstellerin vorgesehen sei. Mit Schreiben vom 28.3.2008, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, das Angebot der Antragstellerin für die Teile 1 bis 6 gemäß Paragraph 129, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden und den Zuschlag für die Teile 1, 3 und 5 einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen. Hinsichtlich des Teiles 7 (Infusionsverlängerungen) hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass für die Vergabe diesbezüglich die Antragstellerin vorgesehen sei.

Gegen diese Entscheidungen richtet sich der am 7.4.2008 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag insoweit, als das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich der Teile 1, 3 und 5 ausgeschieden wurde und bezüglich dieser Teile der Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilt werden soll. Die Antragstellerin begehrt die Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung sowie der Zuschlagsentscheidung bezüglich dieser Teile, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die von der Antragsgegnerin in ihrer Mitteilung vom 28.3.2008 angegebenen Gründe für die Ausscheidung des Angebotes lägen nicht vor, weil die angebotenen Geräte „allesamt die von der Auftraggeberin in der Leistungsbeschreibung festgelegten Mindestanforderungen“ erfüllen würden. In der Leistungsbeschreibung sei vorgegeben, dass der untere Teil der großen Tropfkammer „durch Zusammendrücken beim Spiegeln nicht milchig werden“ dürfe. Die Antragsgegnerin habe in ihrer Ausscheidungsentscheidung angeführt, dass beim Drücken der Tropfkammer „weiße Streifen“ entstehen würden. Eine Mindestanforderung, wonach keine weißen Streifen auftreten dürften, fehle aber in den Ausschreibungsunterlagen. In der Ausscheidungsentscheidung mache die Antragsgegnerin geltend, dass eine Feineinstellung der Tropfgeschwindigkeit bei den von der Antragstellerin angebotenen Produkten nicht möglich wäre. Auch diese Annahme sei unrichtig, weil die Produkte der Antragstellerin über einen Durchflussriegel verfügen, der die Mindestanforderungen erfülle, insbesondere die in den einschlägigen Normen dafür geforderten Voraussetzungen. Auch der Ausscheidungsgrund, dass sich der „Luer-Lock-Connector vom Schlauch abziehen lasse“, bilde keinen tauglichen Ausscheidungsgrund, weil sämtliche von der Antragstellerin angebotenen Produkte über einen den einschlägigen Zertifizierungsvorschriften entsprechenden Luer-Lock-Anschluss verfügen würden, was durch die mit dem Angebot vorgelegten Unterlagen bestätigt werde. Zusammenfassend ergebe sich sohin, dass kein Ausscheidungstatbestand erfüllt sei und die Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der Antragstellerin für die Teile 1 bis 6 auszuschneiden, rechtswidrig sei. Die Antragstellerin habe für die Teile 1, 3 und 5 jedenfalls das billigste Angebot gelegt, weshalb die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig wäre und ihr bezüglich dieser Teile der Zuschlag zu erteilen wäre. Gegen diese Entscheidungen richtet sich der am 7.4.2008 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag insoweit, als das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich der Teile 1, 3 und 5 ausgeschieden wurde und bezüglich dieser Teile der Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilt werden soll.

Die Antragstellerin begehrt die Nichtigkeitsklärung der Ausscheidungsentscheidung sowie der Zuschlagsentscheidung bezüglich dieser Teile, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die von der Antragsgegnerin in ihrer Mitteilung vom 28.3.2008 angegebenen Gründe für die Ausscheidung des Angebotes lägen nicht vor, weil die angebotenen Geräte „allesamt die von der Auftraggeberin in der Leistungsbeschreibung festgelegten Mindestanforderungen" erfüllen würden. In der Leistungsbeschreibung sei vorgegeben, dass der untere Teil der großen Tropfkammer „durch Zusammendrücken beim Spiegeln nicht milchig werden" dürfe. Die Antragsgegnerin habe in ihrer Ausscheidungsentscheidung angeführt, dass beim Drücken der Tropfkammer „weiße Streifen" entstehen würden. Eine Mindestanforderung, wonach keine weißen Streifen auftreten dürften, fehle aber in den Ausschreibungsunterlagen. In der Ausscheidungsentscheidung mache die Antragsgegnerin geltend, dass eine Feineinstellung der Tropfgeschwindigkeit bei den von der Antragstellerin angebotenen Produkten nicht möglich wäre. Auch diese Annahme sei unrichtig, weil die Produkte der Antragstellerin über einen Durchflussriegel verfügen, der die Mindestanforderungen erfülle, insbesondere die in den einschlägigen Normen dafür geforderten Voraussetzungen. Auch der Ausscheidungsgrund, dass sich der „Luer-Lock-Connector vom Schlauch abziehen lasse", bilde keinen tauglichen Ausscheidungsgrund, weil sämtliche von der Antragstellerin angebotenen Produkte über einen den einschlägigen Zertifizierungsvorschriften entsprechenden Luer-Lock-Anschluss verfügen würden, was durch die mit dem Angebot vorgelegten Unterlagen bestätigt werde. Zusammenfassend ergebe sich sohin, dass kein Ausscheidungstatbestand erfüllt sei und die Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der Antragstellerin für die Teile 1 bis 6 auszuschneiden, rechtswidrig sei. Die Antragstellerin habe für die Teile 1, 3 und 5 jedenfalls das billigste Angebot gelegt, weshalb die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig wäre und ihr bezüglich dieser Teile der Zuschlag zu erteilen wäre.

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, drohe ihr ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns, den sie vorliegend mit einer branchenüblichen Marge von 7 % kalkuliert habe. Dazu kämen noch die Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren von rund EUR 2.000,--, jene der rechtsfreundlichen Vertretung von derzeit rund EUR 3.000,-- sowie der Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 10.4.2008 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugeworbenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 14.4.2008 hat die Antragsgegnerin inhaltlich zum Vorbringen der Antragstellerin ausgeführt, es treffe zwar zu, dass die Produkte der Antragstellerin die in der Leistungsbeschreibung enthaltenen formellen Anforderungen erfüllen würden. In den Ausschreibungsunterlagen sei im Kapitel „Besondere Angebotsbestimmungen" jedoch als Zuschlagskriterium festgelegt worden, dass die in Frage kommenden Produkte im Zuge eines Tests in verschiedenen Anstalten des Krankenanstaltenverbundes auf ihre „klinische Verwendbarkeit" (Prüfung der in der Leistungsbeschreibung vorgegebenen Mindestanforderungen im Routinebetrieb) geprüft würden. Sei die „klinische Verwendbarkeit" nicht gegeben, werde das Produkt ausgeschieden. Bei Vorliegen der „klinischen Verwendbarkeit" komme das Zuschlagskriterium 100 % Preis zur Anwendung. Nachdem die Produkte der Antragstellerin den Anforderungen der Leistungsbeschreibung entsprochen hätten, seien sie im Routinebetrieb durch die Anwenderinnen und Anwender in den Krankenanstalten einer Prüfung unterzogen worden. Diese Tests seien in sieben Krankenanstalten vorgenommen worden. Dabei seien wesentliche Mängel festgestellt worden, etwa dass die Tropfkammer beim Zusammendrücken milchig wurde bzw. sich nur mit einem erhöhten Kraftaufwand zusammendrücken ließ, was die Vorbereitung einer Infusion erschwere. Der Infusionsschlauch werde durch das Rädchen der Rollenklemme beim Abdrehen deformiert, sodass das Mindestkriterium „Tropfgeschwindigkeit fein regulierbar" nicht erfüllt werde. Der Infusionsschlauch neige überdies zum „kollabieren", wodurch das Mindestkriterium „Schlauch:knickresistent" nicht erfüllt werde. Eine Feineinstellung des Tropfreglers sei nicht möglich. Der Luer-Lock-Anschluss löse sich bereits bei geringem Zug vom Schlauch ab, sodass ein sicherer Einsatz im Routinebetrieb aus Sicht der Anwender nicht gewährleistet sei. Unter Einhaltung der in den Ausschreibungsunterlagen definierten Abläufe und im Sinne der Gleichbehandlung sämtlicher Bieterinnen und Bieter sei das Angebot der Antragstellerin daher auszuschneiden gewesen.

Dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 13.5.2008 beantwortet und wiederholt, dass die von ihr angebotenen Geräte alle in der Leistungsbeschreibung festgelegten Mindestanforderungen erfüllen würden. Die

Anwendertests hätten entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin objektiv keine Mängel ergeben. Vergaberechtswidrig sei jedenfalls eine Berücksichtigung anderer Kriterien im Test als jene, die in den Mindestanforderungen festgelegt wurden. Die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Mängel „Streifenbildung, mangelnde Feineinstellung, mangelhafter Schlauch“ würden nicht vorliegen. Selbst wenn solche festgestellt wurden, wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen gemäß § 126 Abs. 1 BVergG 2006 eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Damit hätte die Antragstellerin nachweisen können, dass die vermeintlichen Mängel nicht vorliegen. Im Übrigen sei festzuhalten, dass in keiner Weise die Unterschiede zu den Tests bezüglich der Teile 1, Teil 3 und 4 nachvollziehbar seien, zumal die Produkte – bis auf die Länge der Infusionsschläuche – vollkommen ident seien. Eine Mindestanforderung, wonach keine weißen Streifen auftreten dürfen, fehle in den Ausschreibungsunterlagen und könne daher auch nicht zu einem Ausscheiden des Angebotes führen. Der Einwand, das Infusionsset lasse sich nicht mit einem Tropfenzähler bedienen, der Schlauch weise eine Kollapsneigung auf, sei auf Grund des Kompatibilitätstestes des TÜV-Nord, nicht nachvollziehbar. Dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 13.5.2008 beantwortet und wiederholt, dass die von ihr angebotenen Geräte alle in der Leistungsbeschreibung festgelegten Mindestanforderungen erfüllen würden. Die Anwendertests hätten entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin objektiv keine Mängel ergeben. Vergaberechtswidrig sei jedenfalls eine Berücksichtigung anderer Kriterien im Test als jene, die in den Mindestanforderungen festgelegt wurden. Die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Mängel „Streifenbildung, mangelnde Feineinstellung, mangelhafter Schlauch“ würden nicht vorliegen. Selbst wenn solche festgestellt wurden, wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG 2006 eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Damit hätte die Antragstellerin nachweisen können, dass die vermeintlichen Mängel nicht vorliegen. Im Übrigen sei festzuhalten, dass in keiner Weise die Unterschiede zu den Tests bezüglich der Teile 1, Teil 3 und 4 nachvollziehbar seien, zumal die Produkte – bis auf die Länge der Infusionsschläuche – vollkommen ident seien. Eine Mindestanforderung, wonach keine weißen Streifen auftreten dürfen, fehle in den Ausschreibungsunterlagen und könne daher auch nicht zu einem Ausscheiden des Angebotes führen. Der Einwand, das Infusionsset lasse sich nicht mit einem Tropfenzähler bedienen, der Schlauch weise eine Kollapsneigung auf, sei auf Grund des Kompatibilitätstestes des TÜV-Nord, nicht nachvollziehbar.

Bezüglich der Teile 3 und 5 habe der Test im „OSW“ eindeutig ergeben, dass kein Ausscheidungsgrund vorliege. Wenn bei anderen Tests vermeintliche Mängel festgestellt wurden, hätte die Auftraggeberin eine verbindliche Aufklärung verlangen müssen. Ein derartiges Aufklärungsersuchen sei jedoch nicht ergangen, alleine deshalb sei die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin rechtswidrig.

Die Verbindung des Luer-Lock-Connectors mit dem Schlauch werde in einschlägigen ISO Normen genau beschrieben. Die von der Antragstellerin gefertigten Infusionsgeräte würden diesen Normen entsprechen, weshalb ein Mangel dieser Produkte nicht vorliege. Auf Grund der Kompatibilitätsbescheinigung des TÜV-Nord sei auch nachgewiesen, dass die Tropfkammer bruchstark sei, eine darüber hinausgehende Flexibilität sei in der Ausschreibung nicht gefordert worden.

Auch dass der Infusionsschlauch knickresistent sei, sei auf Grund des Kompatibilitätstests des TÜV-Nord nachgewiesen. In diesem Zusammenhang weist die Antragstellerin darauf hin, dass der selbe Schlauch von der Antragstellerin für alle 7 Teile angeboten worden sei und dieser Schlauch nur beim Teil sieben als ausschreibungskonform befunden wurde und überdies auch bei den Produkten des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens verwendet werde. Da die von der Antragstellerin angebotenen Geräte allesamt die von der Auftraggeberin in der Leistungsbeschreibung festgelegten Mindestanforderungen erfüllen, sei die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin rechtswidrig.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat an Hand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2008 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 von Einmal-Infusionsgeräten und -zubehör. Der Leistungsgegenstand ist in sieben Teile gegliedert (sechs verschiedene Typen von Einmal-Infusionsgeräten druckfest in verschiedenen Ausführungen) sowie ein Typ einer Infusionsverlängerung. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Ende der

Angebotsfrist war der 26.2.2008, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich 6 Unternehmen durch Legung von Angeboten am Verfahren beteiligt, wobei nur die Antragstellerin für alle 7 Teile ein Angebot legte. 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 von Einmal-Infusionsgeräten und -zubehör. Der Leistungsgegenstand ist in sieben Teile gegliedert (sechs verschiedene Typen von Einmal-Infusionsgeräten druckfest in verschiedenen Ausführungen) sowie ein Typ einer Infusionsverlängerung. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 26.2.2008, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich 6 Unternehmen durch Legung von Angeboten am Verfahren beteiligt, wobei nur die Antragstellerin für alle 7 Teile ein Angebot legte.

Vorauszuschicken ist, dass gegenständlich die Ausscheidungsentscheidung sowie die Zuschlagsentscheidung nur insoweit angefochten wird, als diese beiden Entscheidungen die Teile 1, 3 und 5 betreffen.

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

„Leistungsbeschreibung

Für alle angebotenen Produkte gelten folgende Anforderungen:

- -Strichaufzählung
Da es sich um Medizinprodukte handelt, unterliegen die Produkte der EU Richtlinie 93/42/EWG und somit dem Medizinproduktegesetz. Die Produkte müssen entsprechend CE gekennzeichnet sein und müssen in jeder Hinsicht den geltenden gesetzlichen Anforderungen entsprechen.
- -Strichaufzählung
Ein gültiges Zertifikat bezüglich eines Qualitätsmanagementsystems für Medizinprodukte gemäß EN ISO 13485 oder gleichwertig ist vorzuweisen.
- -Strichaufzählung
Für alle angebotenen Produkte ist eine Konformitätserklärung beizulegen die nicht älter 3 Jahre sein darf.
- -Strichaufzählung
Produkte müssen allen geltenden Normen wie z.B. EN ISO 8536 ff. oder gleichwertigen entsprechen.
- -Strichaufzählung
Ein technisches Produktdatenblatt ist vorzuweisen.
- -Strichaufzählung
Die Verpackungen (Spenderbox) müssen ohne Hilfsmittel zum Öffnen sein.
- -Strichaufzählung
Beschaffenheit der Einzelverpackung: Diese muss als Peelpackung ausgeführt sein und darf keine scharfen Ecken und Kanten haben, das heißt es darf keine Verletzungsgefahr für den Anwender beim Öffnen der Peelpackung bestehen.
- -Strichaufzählung
Ein rasches, hygienisch korrektes und komplikationsloses Öffnen der Peelpackung muss gewährleistet sein (z.B. durch eine Lasche).
- -Strichaufzählung
Die Entnahme aus der Peelpackung muss auch mit Handschuhen kontaminationsfrei möglich sein.
- -Strichaufzählung
Die Produkte müssen einzeln steril und pyrogenfrei verpackt sein.
- -Strichaufzählung
Die Produkte müssen latexfrei und PVC – frei verpackt sein.
- -Strichaufzählung
Alle angebotenen Produkte haben Latexfrei zu sein.

TEIL 1

Infusionsgeräte druckfest 150cm SEMI PVC – FREI

Das Produkt muss mit den im Krankenanstaltenverbund verwendeten volumengesteuerten Infusionspumpen, insbesondere OPTIMA, ORCHESTRA und VOLUMED kompatibel sein.

Eine diesbezügliche gültige Kompatibilitätsbescheinigung oder eine Kompatibilitätserklärung des Infusionspumpenherstellers ist dem Angebot beizulegen.

Die Infusionsgeräte dienen zur einmaligen Verwendung sowohl für Infusionen unter Druckeinwirkung als auch für Schwerkraftinfusionen (Flaschen und Beutel).

Die Einmal- Infusionsgeräte dürfen kein elastisches Zwischenstück (Zuspritzteil) haben und müssen druckgeprüft sein.

Einsteckteil (28mm – 35mm) mit Schutzkappe – PVC – frei:

.) scharf: leichtes Ein- und Umstechen muss möglich sein.

Große Tropfkammer – PVC – frei:

.) transparent

.) zweigeteilt: oberer Teil (30mm – 40mm) starr für sicheren Halt des Tropfensors .) unterer Teil: (40mm – 45mm) flexibel (darf durch Zusammendrücken beim Spiegeln nicht milchig werden)

.) bruchsticher (darf durch Zusammendrücken beim Spiegeln keine Risse bekommen) .) Länge der Tropfkammer: 70mm – 85mm

.) gut sichtbares Tropfenrohr zur besseren Sichtkontrolle der Tropfgeschwindigkeit .) gleichmäßige Tropfenbildung: 20 Tropfen entspricht 1ml+0,1ml(Aqua dest.) .) 157m Flüssigkeitsfilter

.) verschließbarer BelüftungsfILTER

Schlauch:

.) transparent (man muss Luftblasen erkennen können) .) flexibel (z.B. eingestellte Tropfgeschwindigkeit muss gehalten werden, Rädchen oder Rollenklemme darf vom Schlauch nicht zurückgedrückt werden). .) Knickresistenz: Schlauch muss nach Knickvorgang Ausgangszustand wieder annehmen

.) Kollapsneigung darf nicht gegeben sein: Schlauch darf nicht kollabieren

.) Schlauchlänge: 150cm – 160cm

.) männlichen Luer – Lock – Ansatz mit Schutzkappe

Großer Durchflussregler (Rollenklemme) – PVC – frei:

.) Länge: 50mm – 60mm

.) Die Rollenklemme muss sich beim Öffnen der Peelpackung im oberen Drittel des Schlauches (=von der Tropfkammer gesehen) befinden

.) Bei Vorhandensein einer Arretierung muss sich das Rädchen leichtgängig aus der Arretierung lösen

.) Laufführungsvorrichtung für Rädchen damit dieses nicht herausspringen kann.

.) Tropfgeschwindigkeit muss feinregelbar sein

.) Aufnehmer für Einstechdorn

.) Aufnehmer für Schlauch: Das Einbringen des Schlauches in den Aufnehmer muss mit einer Hand möglich sein.

TEIL 3

Infusionsgeräte druckfest 180cm SEMI PVC – FREI

Das Produkt muss mit den im Krankenanstaltenverbund verwendeten volumengesteuerten Infusionspumpen, insbesondere OPTIMA, ORCHESTRA und VOLUMED kompatibel sein.

Eine diesbezügliche gültige Kompatibilitätsbescheinigung oder eine Kompatibilitätserklärung des Infusionspumpenherstellers ist dem Angebot beizulegen.

Die Infusionsgeräte dienen zur einmaligen Verwendung sowohl für Infusionen unter Druckeinwirkung als auch für Schwerkraftinfusionen (Flaschen und Beutel).

Die Einmal- Infusionsgeräte dürfen kein elastisches Zwischenstück (Zuspritzteil) haben und müssen druckgeprüft sein.

Einstechteil (28mm – 35mm) mit Schutzkappe – PVC – frei:

.) scharf: leichtes Ein- und Umstechen muss möglich sein.

Große Tropfkammer – PVC – frei:

.) transparent

.) zweigeteilt: oberer Teil (30mm – 40mm) starr für sicheren Halt des Tropfensors .) unterer Teil: (40mm – 45mm) flexibel (darf durch Zusammendrücken beim Spiegeln nicht milchig werden)

.) bruchsticher (darf durch Zusammendrücken beim Spiegeln keine Risse bekommen) .) Länge der Tropfkammer: 70mm – 85mm

.) gut sichtbares Tropfenrohr zur besseren Sichtkontrolle der Tropfgeschwindigkeit .) gleichmäßige Tropfenbildung: 20 Tropfen entspricht 1ml+0,1ml(Aqua dest.) .) 15µm Flüssigkeitsfilter

.) verschließbarer Belüftungsfiter

Schlauch:

.) transparent (man muss Luftblasen erkennen können) .) flexibel (z.B. eingestellte Tropfgeschwindigkeit muss gehalten werden, Rädchen oder Rollenklemme darf vom Schlauch nicht zurückgedrückt werden). .) Knickresistenz: Schlauch muss nach Knickvorgang Ausgangszustand wieder annehmen

.) Kollapsneigung darf nicht gegeben sein: Schlauch darf nicht kollabieren

.) Schlauchlänge: 173cm – 187cm

.) männlichen Luer – Lock – Ansatz mit Schutzkappe

Großer Durchflussregler (Rollenklemme) – PVC – frei:

.) Länge: 50mm – 60mm

.) Die Rollenklemme muss sich beim Öffnen der Peelpackung im oberen Drittel des Schlauches (=von der Tropfkammer gesehen) befinden

.) Bei Vorhandensein einer Arretierung muss sich das Rädchen leichtgängig aus der Arretierung lösen

.) Laufführungsvorrichtung für Rädchen damit dieses nicht herausspringen kann.

.) Tropfgeschwindigkeit muss feinregelbar sein

.) Aufnehmer für Einstechdorn

.) Aufnehmer für Schlauch: Das Einbringen des Schlauches in den Aufnehmer muss mit einer Hand möglich sein.

TEIL 5

Infusionsgeräte druckfest 230cm SEMI PVC – FREI

Das Produkt muss mit den im Krankenanstaltenverbund verwendeten volumengesteuerten Infusionspumpen, insbesondere OPTIMA, ORCHESTRA und VOLUMED kompatibel sein.

Eine diesbezügliche gültige Kompatibilitätsbescheinigung oder eine Kompatibilitätserklärung des Infusionspumpenherstellers ist dem Angebot beizulegen.

Die Infusionsgeräte dienen zur einmaligen Verwendung sowohl für Infusionen unter Druckeinwirkung als auch für Schwerkraftinfusionen (Flaschen und Beutel).

Die Einmal- Infusionsgeräte dürfen kein elastisches Zwischenstück (Zuspritzteil) haben und müssen druckgeprüft sein.

Einstechteil (28mm – 35mm) mit Schutzkappe – PVC – frei:

.) scharf: leichtes Ein- und Umstechen muss möglich sein.

Große Tropfkammer – PVC – frei:

.) transparent

.) zweigeteilt: oberer Teil (30mm – 40mm) starr für sicheren Halt des Tropfensors

.) transparent

.) unterer Teil: (40mm – 45mm) flexibel (darf durch Zusammendrücken beim Spiegeln nicht milchig werden)

.) bruchstest (darf durch Zusammendrücken beim Spiegeln keine Risse bekommen) .) Länge der Tropfkammer: 70mm – 85mm

.) gut sichtbares Tropfenrohr zur besseren Sichtkontrolle der Tropfgeschwindigkeit .) gleichmäßige Tropfenbildung: 20 Tropfen entspricht 1ml+0,1ml(Aqua dest.) .) 15µm Flüssigkeitsfilter

.) verschließbarer Belüftungsfiter

Schlauch:

.) transparent (man muss Luftblasen erkennen können) .) flexibel (z.B. eingestellte Tropfgeschwindigkeit muss gehalten werden, Rädchen oder Rollenklemme darf vom Schlauch nicht zurückgedrückt werden). .) Knickresistenz: Schlauch muss nach Knickvorgang Ausgangszustand wieder annehmen

.) Kollapsneigung darf nicht gegeben sein: Schlauch darf nicht kollabieren

.) Schlauchlänge: 219cm – 233cm

.) männlichen Luer – Lock – Ansatz mit Schutzkappe

Großer Durchflussregler (Rollenklemme) – PVC – frei:

.) Länge: 50mm – 60mm

.) Die Rollenklemme muss sich beim Öffnen der Peelpackung im oberen Drittel des Schlauches (=von der Tropfkammer gesehen) befinden

.) Bei Vorhandensein einer Arretierung muss sich das Rädchen leichtgängig aus der Arretierung lösen

.) Laufführungsvorrichtung für Rädchen damit dieses nicht herausspringen kann.

.) Tropfgeschwindigkeit muss feinregelbar sein

.) Aufnehmer für Einstechdorn

.) Aufnehmer für Schlauch: Das Einbringen des Schlauches in den Aufnehmer muss

mit einer Hand möglich sein."

Unter Punkt 8 der besonderen Angebotsbestimmungen wird hinsichtlich der ausgeschriebenen Produkte folgendes verlangt:

1. „8.Ziffer 8

Produkt

Da es sich bei den ausgeschriebenen Produkten um Medizinprodukte handelt unterliegen alle angebotenen Produkte dem Medizinproduktegesetz (z.B. CE-Zeichen muss vorhanden sein), mit dem die Richtlinie 93/42/EWG über Medizinprodukte umgesetzt wurde, sowie den dazugehörigen Verordnungen und Änderungen in der jeweils geltenden Fassung. Eine Konformitätserklärung, die nicht älter als 3 Jahre sein darf, muss dem Angebot beigelegt werden (in deutscher Sprache)".

In den besonderen Angebotsbestimmungen ist unter Punkt 9 festgelegt:

1. „9.Ziffer 9

Zuschlagskriterium

Die in Frage kommenden Produkte werden im Zuge eines Tests in verschiedenen Anstalten des Krankenanstaltenverbundes auf ihre „klinische Verwendbarkeit“ (Prüfung der in der Leistungsbeschreibung vorgegebenen Mindestanforderungen im Routinebetrieb) geprüft. Ist die „klinische Verwendbarkeit“ nicht gegeben, wird das Produkt ausgeschieden. Bei Vorliegen der „klinischen Verwendbarkeit“ kommt das nachstehende Zuschlagskriterium zur Anwendung: 100 % Preis“.

Nach Punkt 13 der Besonderen Angebotsbestimmungen war jeder Bieter verpflichtet, zu den angebotenen Teilen je zwei Original-Verpackungseinheiten der kleinstmöglichen Originalverpackung der Antragsgegnerin spätestens bis zum Ende der Angebotsfrist zu übermitteln. Die Bemusterung wurde als Bestandteil des Angebotes erklärt und sollte zur Prüfung der vorgegebenen Produktspezifikationen und der Verwendbarkeit durch die Anwender dienen. Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein Angebot für alle 7 Teile gelegt. Diesem Angebot angeschlossen ist ein EG-Zertifikat gemäß 93/42/EWG, ein Zertifikat gemäß ENISO 13.485:2003, Produktblätter-Konformitätserklärungen und Kompatibilitätserklärungen des TÜV-Nord.

Die Angebotseröffnung fand im Anschluss an das Ende der Angebotsfrist am 26.2.2008 statt.

Im Zuge der Angebotsprüfungen hat die Antragstellerin über Aufforderung der Antragsgegnerin vom 6. März 2008 eine Strafregisterbescheinigung hinsichtlich ihrer in der Geschäftsführung tätigen Personen sowie Kompatibilitätsnachweise des Pumpenherstellers für die Teile 1, 2, 3 und 4 nachgereicht. Mit Vermerk vom 12.3.2008 hat die Antragsgegnerin festgestellt, dass das Angebot der Antragsgegnerin „formell in Ordnung“ sei und daher 7 Krankenanstalten „mit den Anwendertests beauftragt (wurden) um die angebotenen Produkte auf Erfüllung der Mindestanforderungen zu prüfen“.

Über die Anwendertests der von der Antragstellerin angebotenen Produkte finden sich in den Vergabeakten (Ordner 2, Abschnitt 8) zahlreiche von den einzelnen Anstalten ausgefüllte Formblätter, wobei aus diesen nicht immer ersichtlich ist, wer die Beurteilung abgegeben hat, bzw. wann diese Beurteilungen vorgenommen wurden. Die Formblätter bezüglich der einzelnen Teile der Ausschreibung halten zunächst die in der Leistungsbeschreibung jeweils angeführten Anforderungen fest und tragen am rechten Rand, teilweise bereits vorgegeben von der Antragsgegnerin (Erklärung in der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2008) das Ergebnis mit „ja“ oder „nein“. Nur wenige Spalten waren vom jeweiligen Anwender auszufüllen, was überwiegend handschriftlich erfolgte. Die Formblätter weisen am Ende die Zeilen auf „das Produkt entspricht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses:das Produkt weist Mängel auf die einen Ausscheidungsgrund darstellen:“ Auch hier war von der Anwenderin „ja“ oder „nein“ auszufüllen.

Aus den Vergabeakten ist ersichtlich, dass nicht von allen sieben Krankenanstalten alle Produkte der Antragstellerin für alle sieben Teile getestet wurden. Die Formblätter weisen teilweise widersprüchliche Eintragungen auf, etwa bei der Spalte „transparent“: AKH – trübmilchig, Streifenbildung; KFJ: ja; KAR: nur oberer Teil – von der selben Anstalt: ja; WSP: ja; DSP: ja. Weitere unterschiedliche Ergebnisse weisen auch die Beurteilungen der Kriterien bezüglich der großen Tropfkammer in den Spalten „flexibel, bruchstest, gleichmäßige Tropfenbildung“ usw. auf. In der Gesamtbeurteilung hat eine Anstalt die Produkte der Antragstellerin als uneingeschränkt geeignet bezeichnet, andere Anstalten bzw. Abteilungen als nicht geeignet (das Produkt weist Mängel auf, die einen Ausscheidungsgrund darstellen), ohne dies näher zu begründen.

Nach Einlangen der Prüfberichte findet sich in den Vergabeakten eine Niederschrift vom 27.3.2008 in der zunächst bezüglich der Antragstellerin festgestellt wird, dass die formellen Voraussetzungen gegeben sind.

Im Kapitel über die fachliche Prüfung und die Bestbieterermittlung wird zunächst ausgeführt, dass „unter der Voraussetzung der Erfüllung der in der Leistungsbeschreibung festgelegten Mindestanforderungen.....der Billigstbieter ermittelt“ wurde. Zum Angebot der Antragstellerin wird ausgeführt, dass deren Produkte „für die Teile 1, 2, 3, 4, 5 und 6 nicht den Mindestanforderungen“ entsprachen. Als Gründe werden angeführt:

„Die Tropfkammer bekommt beim Zusammendrücken milchige Streifen und der Schlauch wird durch das Rädchen der Rollenklemme durch das Zudrehen deformiert – Kollapsneigung. Das Angebot der Firma *** für die Teile 1, 2, 3, 4, 5 und 6 muss ausgeschieden werden, da die Produkte nicht der Leistungsbeschreibung entsprechen. Die Produkte des Teiles 7 entsprechen den Mindestanforderungen. Es ist beabsichtigt den Auftrag an den Bieter zu vergeben“.

Weder in den Ausschreibungsunterlagen noch in den Vergabeakten finden sich Festlegungen darüber, nach welchen

Gesichtspunkten die Verwendung der angebotenen Produkte „im Routinebetrieb“ geprüft wird. Insbesondere findet sich in der Ausschreibung keine Formulierung allgemeiner Art, die zum Ausdruck bringt, dass die Anforderungen an ein Produkt, wie sie ein Spitalsroutinebetrieb mit sich bringt, auch dann zu erfüllen sind, wenn dies nicht ausdrücklich in den Mindestanforderungen beschrieben ist. Es finden sich auch keine Bestimmungen darüber, wie die verschiedenen Testergebnisse einer einheitlichen Beurteilung zugeführt werden und wie die einzelnen, unterschiedlichen Testergebnisse in ihrer Gesamtheit gewichtet sind. Die im Rahmen der Tests von den einzelnen Anstalten festgestellten Mängel wurden nach dem Inhalt der Vergabeakten keiner weiteren Prüfung unterzogen, insbesondere diese Ergebnisse der Antragstellerin nicht vorgehalten.

In der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2008 hat die Antragsgegnerin vorgebracht, für die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin für die Teile 1 bis 6 sei als einziger Grund ausschlaggebend gewesen „dass die Druckkammer milchige Streifen aufweist“. Bei den weiteren in der Ausscheidungsentscheidung angeführten Gründen, nämlich dass eine Feineinstellung der Tropfgeschwindigkeit nicht möglich ist bzw. der Schlauch sich von der Luer-Lock-Connection lösen lasse, handle „es sich dabei um keine Ausscheidungsgründe, weil diesbezüglich die Produkte der Antragstellerin die Zertifizierungen erfüllten“. Es sollte damit der Antragstellerin „nur ein Hinweis darauf gegeben werden, dass hier eventuell Verbesserungen vorgenommen werden könnten“ (Protokoll Seite 4).

Die Entscheidung vom 28.3.2008 das Angebot der Antragstellerin für die Teile 1 bis 6 auszuschneiden und ihr für den Teil 7 den Zuschlag zu erteilen, ist dieser gleichzeitig mit der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Teile 1, 3 und 5 zu Gunsten eines anderen Bieters am gleichen Tage zugekommen. Als Begründung für die Ausscheidung wird angeführt, dass die von der Antragstellerin für die Teile 1 bis 6 angebotenen Produkte nicht der Leistungsbeschreibung entsprechen. Die Anstalten hätten sich auf Grund der Anwendertests gegen den Einsatz dieser Produkte im Routinebetrieb entschieden. Dabei hätten die Anwender folgende Mängel festgestellt:

„Beim Drücken der Tropfkammer entstehen weiße Streifen. Eine Feineinstellung der Tropfgeschwindigkeit ist nicht möglich. Der Luer-Lock-Connector lässt sich vom Schlauch abziehen.“

Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungs- als auch der Zuschlagsentscheidung ist am 7.4.2007 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich sind entrichtet worden.

Dieser Sachverhalt ergibt sich vor allem aus den von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit nicht bestritten wurde, sowie aus den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung. Danach war festzustellen, dass bereits in der europaweiten Bekanntmachung als einziges Zuschlagskriterium der „niedrigste Preis“ angeführt wird. Im Gegensatz dazu hat die Antragsgegnerin im Punkt 9 der Besonderen Angebotsbestimmungen als „Zuschlagskriterium“ das Ergebnis des Tests der angebotenen Produkte in den verschiedenen Anstalten des Krankenanstaltenverbundes auf ihre „klinische Verwendbarkeit“ angegeben. Nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin war als erwiesen anzunehmen, dass von ihr als einziger Ausscheidungsgrund das Auftreten milchiger Streifen in der Druckkammer angenommen wurde. Nach den in den Vergabeakten erliegenden Testblättern, die von den einzelnen Anstalten auszufüllen waren ist auch ersichtlich, dass nicht von allen Anstalten bei der Beurteilung, ob die große Tropfkammer „transparent, flexibel bzw. bruchstest“ ist, eine einheitliche Beurteilung abgegeben wurde, sondern verschiedene, einander widersprechende Anmerkungen gemacht wurden. Weiters fällt auf, dass bei einigen der vorgegebenen Testblätter bei den einzelnen abgefragten Eigenschaften diese bereits von der Antragsgegnerin maschinschriftlich mit „ja“ oder „nein“ ausgefüllt waren. Auf Grund der Präsentation eines, wie von der Antragstellerin angebotenen, Infusionsbesteckes in der mündlichen Verhandlung war für den Senat eindeutig erkennbar, dass trotz mehrmaligen Drückens der Tropfkammer die Transparenz derselben nicht verloren gegangen ist und eine Beeinträchtigung der Prüfung des Inhaltes der Tropfkammer durch weiße Streifen nicht erkennbar war.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen als Lieferauftrag im Sinne des § 5 BVergG 2006 wurden ordnungsgemäß europaweit kundgemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006). 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 einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen als Lieferauftrag im Sinne des Paragraph 5, BVergG 2006 wurden ordnungsgemäß europaweit kundgemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006). 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 sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidung ihres Angebotes als auch der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen 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 vor 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 sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidung ihres Angebotes als auch der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen 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 vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Da die angefochtenen Entscheidungen der Antragstellerin am 28.3.2008 zugegangen sind, ist der am 7.4.2008 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007. Der Antrag auf Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung in einem Schriftsatz ist nach § 20 Abs. 2 WVRG 2007 zulässig. Da die angefochtenen Entscheidungen der Antragstellerin am 28.3.2008 zugegangen sind, ist der am 7.4.2008 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007. Der Antrag auf Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung in einem Schriftsatz ist nach Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007 zulässig.

Der Antrag ist dem Ergebnis nach auch berechtigt.

Auszugehen ist davon, dass die Antragsgegnerin bereits in der europaweiten Bekanntmachung als einziges Zuschlagskriterium den „niedrigsten Preis“ angegeben hat. Damit hat sie gemäß § 80 Abs. 3 BVergG 2006 eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Bei der von der Antragsgegnerin beabsichtigten Leistungsvergabe ist nach den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen der Preis als einziges Zuschlagskriterium auch sachlich durchaus gerechtfertigt, weil auf Grund der vorgegebenen Leistungsbeschreibung ein Vergleichsstandard existiert und die Angebote dementsprechend vergleichbar sind. So hat die Antragsgegnerin in der Leistungsbeschreibung für alle angebotene Produkte genau festgelegt, dass sie der EU-Richtlinie 93/42/EWG „und somit dem Medizinproduktegesetz“ entsprechen und das CE-Kennzeichen tragen müssen. Weiters müssen alle angebotenen Produkte den geltenden gesetzlichen Anforderungen entsprechen und über entsprechende, gültige Zertifikate verfügen. Weiters war für alle angebotenen Produkte eine Konformitätserklärung beizulegen, die nicht älter als drei Jahre sein darf. Alle von der Antragstellerin angebotenen Produkte haben – wie dies auch ausdrücklich von der Antragsgegnerin zugestanden wurde – den Anforderungen in der Leistungsbeschreibung entsprochen, die entsprechenden Nachweise und Zertifikate wurden von der Antragstellerin auch bereits mit dem Angebot vorgelegt. Damit hat die Antragstellerin alle geforderten Mindestanforderungen erfüllt, sodass ein

Ausscheidungsgrund diesbezüglich nicht vorliegt. Auszugehen ist davon, dass die Antragsgegnerin bereits in der europaweiten Bekanntmachung als einziges Zuschlagskriterium den „niedrigsten Preis“ angegeben hat. Damit hat sie gemäß Paragraph 80, Absatz 3, BVergG 2006 eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Bei der von der Antragsgegnerin beabsichtigten Leistungsvergabe ist nach den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen der Preis als einziges Zuschlagskriterium auch sachlich durchaus gerechtfertigt, weil auf Grund der vorgegebenen Leistungsbeschreibung ein Vergleichsstandard existiert und die Angebote dementsprechend vergleichbar sind. So hat die Antragsgegnerin in der Leistungsbeschreibung für alle angebotene Produkte genau festgelegt, dass sie der EU-Richtlinie 93/42/EWG „und somit dem Medizinproduktegesetz“ entsprechen und das CE-Kennzeichen tragen müssen. Weiters müssen alle angebotenen Produkte den geltenden gesetzlichen Anforderungen entsprechen und über entsprechende, gültige Zertifikate verfügen. Weiters war für alle angebotenen Produkte eine Konformitätserklärung beizulegen, die nicht älter als drei Jahre sein darf. Alle von der Antragstellerin angebotenen Produkte haben – wie dies auch ausdrücklich von der Antragsgegnerin zugestanden wurde – den Anforderungen in der Leistungsbeschreibung entsprochen, die entsprechenden Nachweise und Zertifikate wurden von der Antragstellerin auch bereits mit dem Angebot vorgelegt. Damit hat die Antragstellerin alle geforderten Mindestanforderungen erfüllt, sodass ein Ausscheidungsgrund diesbezüglich nicht vorliegt.

Nun hat die Antragsgegnerin in den Besonderen Angebotsbestimmungen unter Punkt 9 als „Zuschlagskriterium“ festgehalten, dass dann, wenn bei den angebotenen Produkten die „klinische Verwendbarkeit“ nicht gegeben ist, das „Produkt ausgeschieden“ wird. Als „klinische Verwendbarkeit“ wird in einem Klammerausdruck die Prüfung der in der Leistungsbeschreibung vorgegebenen Mindestanforderungen im Routinebetrieb definiert. Damit hat im Ergebnis die Antragstellerin ein weiteres Zuschlagskriterium festgelegt und sich damit von dem von ihr in der öffentlichen Bekanntmachung angeführten „Billigstbieterprinzip“ entfernt und das „Bestbieterprinzip“ gewählt. Nicht anders kann die in den Vergabeakten dokumentierte Bewertung, wie sie sich aus dem Ordner 2 ergibt, gesehen werden. Durch die Verwendung dieser offenbar als „zusätzliche Zuschlagskriterien“ verwendeten Testergebnisse hat sich die Antragsgegnerin jedoch vergaberechtswidriger Weise nicht nur über die Bestimmung des § 80 Abs. 3 BVergG 2006 hinweggesetzt, sondern auch gegen den darin zum Ausdruck kommenden Transparenz- und Gleichheitsgrundsatz verstoßen. Denn die Bieter müssen hinsichtlich der Zuschlagskriterien darauf vertrauen können, dass sich der Auftraggeber an seine eigenen Festlegungen hält (vgl. EuGH 22.6.1993, Rs C- 243/89; EuGH 25.4.1996, RS C-87/94ua.). Im Vertrauen darauf wurden von den Bietern auch ihre Angebote gelegt. Dass und in welchem Umfange die Ergebnisse der klinischen Verwendbarkeit als weiteres Qualitätskriterium bei der Bewertung der Angebote herangezogen werden, ist weder den Ausschreibungsbestimmungen zu entnehmen, noch konnten die Bieter damit rechnen, dass selbst dann, wenn die von ihnen angebotenen Produkte der Leistungsbeschreibung vollständig entsprechen, diese dennoch ausgeschieden werden können, weil sie bei der klinischen Anwendung nicht den offenbar subjektiv empfundenen Anforderungen der Testpersonen entsprechen. Wenn die Antragsgegnerin für ihre Zuschlagsentscheidung auch die Ergebnisse der klinischen Verwendbarkeit heranziehen will, wäre sie gehalten gewesen, diese als „Qualitätskriterium“ in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, nähere Bestimmungen nach welchen Gesichtspunkten die klinische Verwendbarkeit beurteilt wird, bereits in der Ausschreibung anzugeben und letztlich eine Gewichtung zwischen den beiden Kriterien „Preis“ und „klinische Verwendbarkeit“ vorzunehmen. Offenbar war gegenständlich die Bewertung des nicht in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Zuschlagskriteriums „klinische Qualität“ von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens, weil nur auf Grund dieser Beurteilung das Angebot der Antragstellerin für die Teile 1 bis 6 ausgeschieden worden ist. Nun hat die Antragsgegnerin in den Besonderen Angebotsbestimmungen unter Punkt 9 als „Zuschlagskriterium“ festgehalten, dass dann, wenn bei den angebotenen Produkten die „klinische Verwendbarkeit“ nicht gegeben ist, das „Produkt ausgeschieden“ wird. Als „klinische Verwendbarkeit“ wird in einem Klammerausdruck die Prüfung der in der Leistungsbeschreibung vorgegebenen Mindestanforderungen im Routinebetrieb definiert. Damit hat im Ergebnis die Antragstellerin ein weiteres Zuschlagskriterium festgelegt und sich damit von dem von ihr in der öffentlichen Bekanntmachung angeführten „Billigstbieterprinzip“ entfernt und das „Bestbieterprinzip“ gewählt. Nicht anders kann die in den Vergabeakten dokumentierte Bewertung, wie sie sich aus dem Ordner 2 ergibt, gesehen werden. Durch die Verwendung dieser offenbar als „zusätzliche Zuschlagskriterien“ verwendeten Testergebnisse hat sich die Antragsgegnerin jedoch vergaberechtswidriger Weise nicht nur über die Bestimmung des Paragraph 80, Absatz 3, BVergG 2006 hinweggesetzt, sondern auch gegen den darin zum Ausdruck kommenden Transparenz- und Gleichheitsgrundsatz verstoßen. Denn die Bieter müssen hinsichtlich der Zuschlagskriterien darauf vertrauen können,

dass sich der Auftraggeber an seine eigenen Festlegungen hält vergleiche EuGH 22.6.1993, Rs C- 243/89; EuGH 25.4.1996, RS C-87/94ua.). Im Vertrauen darauf wurden von den Bietern auch ihre Angebote gelegt. Dass und in welchem Umfange die Ergebnisse der klinischen Verwendbarkeit als weiteres Qualitätskriterium bei der Bewertung der Angebote herangezogen werden, ist weder den Ausschreibungsbestimmungen zu entnehmen, noch konnten die Bieter damit rechnen, dass selbst dann, wenn die von ihnen angebotenen Produkte der Leistungsbeschreibung vollständig entsprechen, diese dennoch ausgeschieden werden können, weil sie bei der klinischen Anwendung nicht den offenbar subjektiv empfundenen Anforderungen der Testpersonen entsprechen. Wenn die Antragsgegnerin für ihre Zuschlagsentscheidung auch die Ergebnisse der klinischen Verwendbarkeit heranziehen will, wäre sie gehalten gewesen, diese als „Qualitätskriterium“ in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, nähere Bestimmungen nach welchen Gesichtspunkten die klinische Verwendbarkeit beurteilt wird, bereits in der Ausschreibung anzugeben und letztlich eine Gewichtung zwischen den beiden Kriterien „Preis“ und „klinische Verwendbarkeit“ vorzunehmen. Offenbar war gegenständlich die Bewertung des nicht in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Zuschlagskriteriums „klinische Qualität“ von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens, weil nur auf Grund dieser Beurteilung das Angebot der Antragstellerin für die Teile 1 bis 6 ausgeschieden worden ist.

Da der Qualitätsstandard der ausgeschriebenen Leistungen klar und eindeutig beschreibbar war, konnte die Antragsgegnerin das Vergabeprinzip des niedrigsten Preises wählen. Sowohl in der europaweiten Bekanntmachung als auch in den Ausschreibungsunterlagen hat sie eindeutig festgelegt, dass sie nach diesem Prinzip den Zuschlag erteilen will. Sie hat auch in der Ausschreibung (Leistungsbeschreibung und Leistungsverzeichnis) klar und eindeutig den von ihr erwarteten Qualitätsstandard in technischer Hinsicht definiert. Der somit festgelegte Qualitätsstandard war von den Bietern zu erfüllen und nachzuweisen. Ein Unterschreiten dieses Mindeststandards hatte zur Ausscheidung der Angebote zu führen, eine Überschreitung des festgelegten Qualitätsstandards war jedoch bei der Bewertung des Angebotes nicht zu berücksichtigen, da allein der Preis relevant ist. Die Wahl des Zuschlagsprinzips des niedrigsten Preises ist vergaberechtlich unbedenklich, dies bedeutet aber auch, dass sich die Bieter darauf verlassen konnten, dass bei Erfüllung der Mindestkriterien tatsächlich nur der Preis für den Zuschlag ausschlaggebend sein wird. An diese Vorgaben ist aber auch die Antragsgegnerin zwingend gebunden.

Dadurch, dass sie im Rahmen der klinischen Tests die praktische Verwendbarkeit der angebotenen Produkte geprüft hat und offenbar das Ergebnis für den Zuschlag ausschlaggebend gewertet hat, hat sie gegen zwingende vergaberechtliche Grundsätze verstoßen. Ohne dass sie dies in den Ausschreibungsunterlagen zum Ausdruck gebracht hat, ist sie im Ergebnis nach den Grundsätzen des Bestbieterprinzips vorgegangen, ohne die diesbezüglichen Zuschlagskriterien offen gelegt zu haben. Eine Zuschlagserteilung soll auf der Grundlage objektiver Kriterien erfolgen, die die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung gewährleisten und sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden (Erwägungsgrund 46 der RL 2004/18/EG). Um bei der Zuschlagserteilung die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sicher zu stellen, ist die in der Rechtsprechung anerkannte Verpflichtung zur Sicherstellung der erforderlichen Transparenz vorzusehen, damit sich jeder Bieter angemessen über die Kriterien und Modalitäten unterrichten kann, an Hand derer das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird. Der öffentliche Auftraggeber hat daher die Zuschlagskriterien und deren jeweilige Gewichtung anzugeben, und zwar so rechtzeitig, dass diese Angaben den Bietern bei der Erstellung ihrer Angebote bekannt sind. Grundsätzlich sind dabei die Zuschlagskriterien gewichtet anzugeben. Beschließt der öffentliche Auftraggeber, dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag zu erteilen, so bewertet er die Angebote unter dem Gesichtspunkt des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Zu diesem Zweck sind die wirtschaftlichen und qualitativen Kriterien in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, an Hand deren insgesamt das für den öffentlichen Auftraggeber wirtschaftlich günstigste Angebot bestimmt werden kann. Die Festlegung dieser Kriterien hängt insofern vom Auftragsgegenstand ab, als sie es ermöglichen müssen, das Leistungsniveau jedes einzelnen Angebotes im Verhältnis zu dem in den technischen Spezifikationen beschriebenen Auftragsgegenstand zu bewerten sowie das Preis-Leistungs-Verhältnis jedes Angebots zu bestimmen. Damit die Gleichbehandlung gewährleistet ist, müssen die Zuschlagskriterien einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote ermöglichen (vgl. Elsner, BVergG 2006, RZ 353f). Dadurch, dass sie im Rahmen der klinischen Tests die praktische Verwendbarkeit der angebotenen Produkte geprüft hat und offenbar das Ergebnis für den Zuschlag ausschlaggebend gewertet hat, hat sie gegen zwingende vergaberechtliche Grundsätze verstoßen. Ohne dass sie dies in den Ausschreibungsunterlagen zum Ausdruck gebracht hat, ist sie im Ergebnis nach den Grundsätzen des Bestbieterprinzips vorgegangen, ohne die diesbezüglichen Zuschlagskriterien offen gelegt zu haben. Eine

Zuschlagserteilung soll auf der Grundlage objektiver Kriterien erfolgen, die die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung gewährleisten und sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden (Erwägungsgrund 46 der RL 2004/18/EG). Um bei der Zuschlagserteilung die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sicher zu stellen, ist die in der Rechtsprechung anerkannte Verpflichtung zur Sicherstellung der erforderlichen Transparenz vorzusehen, damit sich jeder Bieter angemessen über die Kriterien und Modalitäten unterrichten kann, an Hand derer das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird. Der öffentliche Auftraggeber hat daher die Zuschlagskriterien und deren jeweilige Gewichtung anzugeben, und zwar so rechtzeitig, dass diese Angaben den Bietern bei der Erstellung ihrer Angebote bekannt sind. Grundsätzlich sind dabei die Zuschlagskriterien gewichtet anzugeben. Beschließt der öffentliche Auftraggeber, dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag zu erteilen, so bewertet er die Angebote unter dem Gesichtspunkt des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Zu diesem Zweck sind die wirtschaftlichen und qualitativen Kriterien in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, an Hand derer insgesamt das für den öffentlichen Auftraggeber wirtschaftlich günstigste Angebot bestimmt werden kann. Die Festlegung dieser Kriterien hängt insofern vom Auftragsgegenstand ab, als sie es ermöglichen müssen, das Leistungsniveau jedes einzelnen Angebotes im Verhältnis zu dem in den technischen Spezifikationen beschriebenen Auftragsgegenstand zu bewerten sowie das Preis-Leistungs-Verhältnis jedes Angebots zu bestimmen. Damit die Gleichbehandlung gewährleistet ist, müssen die Zuschlagskriterien einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote ermöglichen (vgl. Elsner, BVergG 2006, RZ 353f).

Letztlich hat die Antragsgegnerin die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin nur darauf gegründet, dass bei Drücken der Tropfkammer „weiße Streifen“ entstehen. Abgesehen davon, dass nach der Leistungsbeschreibung bezüglich der großen Tropfkammer nur festgelegt ist, dass „durch Zusammendrücken beim Spiegeln (diese) nicht milchig werden“ darf, hat das Verfahren ergeben, dass bei Zusammendrücken der leeren Tropfkammer dünne, milchige Streifen entstehen, wobei die Tropfkammer jedoch weiterhin transparent bleibt und der Inhalt der Tropfkammer ohne Beeinträchtigung kontrolliert werden kann. Ist die Tropfkammer gefüllt, sind die von der Antragsgegnerin als Ausscheidungsgrund angenommenen „milchigen Streifen“ nahezu nicht zu erkennen. Dass aber die große Tropfkammer bei den angebotenen Infusionsgeräten transparent ist, ergibt sich aus den Testblättern der Antragsgegnerin in den Vergabeakten. Damit liegt aber auch der von der Antragsgegnerin letztlich aufrecht erhaltene Ausscheidungsgrund, wonach die angebotenen Infusionsgeräte nicht der Leistungsbeschreibung entsprochen hätten, nicht vor.

Die von der Antragsgegnerin gewählte Vorgangsweise, ohne vorige Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen und entgegen der europaweiten Bekanntmachung die Angebote nicht nach dem Billigstbieterprinzip zu bewerten, hat ihr nicht nur die Möglichkeit einer im Ergebnis willkürlichen Beurteilung der Angebote gegeben, sondern auch gegen den tragenden Grundsatz der Transparenz des Vergabeverfahrens verstoßen. Da die Antragsgegnerin ausdrücklich das Billigstbieterprinzip gewählt hat, die Antragstellerin mit ihrem Angebot für die Teile 1 bis 6 die in der Leistungsbeschreibung geforderten Kriterien vollständig erfüllt hat, hat die Antragsgegnerin deren Angebot zu Unrecht ausgeschieden. Da die Antragstellerin die Ausscheidung ihres Angebotes jedoch nur hinsichtlich der Teile 1, 3 und 5 angefochten hat, war ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung auch nur in diesem Umfang stattzugeben. Der von der Antragsgegnerin angenommene Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 liegt nicht vor. Die von der Antragsgegnerin gewählte Vorgangsweise, ohne vorige Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen und entgegen der europaweiten Bekanntmachung die Angebote nicht nach dem Billigstbieterprinzip zu bewerten, hat ihr nicht nur die Möglichkeit einer im Ergebnis willkürlichen Beurteilung der Angebote gegeben, sondern auch gegen den tragenden Grundsatz der Transparenz des Vergabeverfahrens verstoßen. Da die Antragsgegnerin ausdrücklich das Billigstbieterprinzip gewählt hat, die Antragstellerin mit ihrem Angebot für die Teile 1 bis 6 die in der Leistungsbeschreibung geforderten Kriterien vollständig erfüllt hat, hat die Antragsgegnerin deren Angebot zu Unrecht ausgeschieden. Da die Antragstellerin die Ausscheidung ihres Angebotes jedoch nur hinsichtlich der Teile 1, 3 und 5 angefochten hat, war ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung auch nur in diesem Umfang stattzugeben. Der von der Antragsgegnerin angenommene Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 liegt nicht vor.

Nach § 130 Abs. 1 BVergG 2006 ist von den Angeboten, die nach einem allfälligen Ausscheiden anderer Angebote übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung, im vorliegenden Fall dem Angebot mit dem niedrigsten Preis, zu erteilen. Da das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich der Teile 1 bis 6 nicht auszuschneiden

gewesen wäre, ist ihr Angebot im Umfang der Anfechtung als jenes bezüglich der Teile 1, 3 und 5 anzusehen, dem nach den Kriterien des niedrigsten Preises der Zuschlag zu erteilen wäre. Da die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich dieser Teile jedoch auf das preislich an 2. Stelle gereichte Angebot lautet, war auch die Zuschlagsentscheidung als nichtig aufzuheben. Nach Paragraph 130, Absatz eins, BVergG 2006 ist von den Angeboten, die nach einem allfälligen Ausscheiden anderer Angebote übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung, im vorliegenden Fall dem Angebot mit dem niedrigsten Preis, zu erteilen. Da das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich der Teile 1 bis 6 nicht auszuschneiden gewesen wäre, ist ihr Angebot im Umfang der Anfechtung als jenes bezüglich der Teile 1, 3 und 5 anzusehen, dem nach den Kriterien des niedrigsten Preises der Zuschlag zu erteilen wäre. Da die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich dieser Teile jedoch auf das preislich an 2. Stelle gereichte Angebot lautet, war auch die Zuschlagsentscheidung als nichtig aufzuheben.

Mit der Stattgebung des Antrages auf Nichtigklärung der Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sowie der Zuschlagsentscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 10.4.2008 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Mit der Stattgebung des Antrages auf Nichtigklärung der Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sowie der Zuschlagsentscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 10.4.2008 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

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

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Fristen zur Anrufung der Höchstgerichte des öffentlichen Rechts beginnen jedoch erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Fristen zur Anrufung der Höchstgerichte des öffentlichen Rechts beginnen jedoch erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Nichtigklärung einer Ausscheidungsentscheidung; Abweichen von Zuschlagskriterien; Transparenz der Ausschreibungsunterlagen; willkürliche Beurteilung von Angeboten.

Zuletzt aktualisiert am

11.09.2008

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at