

TE Verg Bescheid 2007/1/17 VKS-3467/06

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.01.2007

Norm

WVRG §1 Abs1
WVRG §2 Abs1
WVRG §11 Abs1 und 2
WVRG §13 Abs1
WVRG §14 Abs1
WVRG §17 Abs1
WVRG §20 Abs1 Z2 lit a und c
WVRG §23
WVRG §26
WVRG §30 in Verbindung mit BVergG 2006 §2 Z20
BVergG 2006 §95
BVergG 2006 §96
BVergG 2006 §122
BVergG 2006 §345 Abs3 Z5
BVergG 2002 §20 Z13 lit a sublitbb
AVG §74 Abs2

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 § 122 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
1. AVG § 74 heute
2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der *** Gesellschaft m.b.H., ***, vertreten durch Beurle Oberndorfer Mitterlehner, Rechtsanwälte in Linz, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezüglich der Vergabe des Auftrages zur Lieferung, Montage und Inbetriebnahme von ca. 150 (einhundertfünfzig) Stück Infusionstürmen für das Allgemeine Krankenhaus – Universitätskliniken und andere Krankenanstalten des Krankenanstaltenverbundes der Stadt Wien, Ausschreibungsnummer AKH/TDR/TMT/0/5/2006, durch die Stadt Wien, Allgemeines Krankenhaus – Universitätskliniken, Währinger Gürtel 18-20, 1090 Wien, vertreten durch schwartz und huber-medek rechtsanwälte oeg in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der in der mündlichen Verhandlung vom 17.1.2007 gestellte Antrag auf Vernehmung des Univ. Prof. Dr. *** als Zeuge, wird abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Die Aufforderung der Antragsgegnerin vom 28.11.2006 zur Angebotsabgabe und die dieser zugrunde liegenden Ausschreibungsbedingungen im Verfahren zur Vergabe des Auftrages zur Lieferung, Montage und Inbetriebnahme von ca. 150 (einhundertfünfzig) Stück Infusionstürmen für das Allgemeine Krankenhaus – Universitätskliniken und andere Krankenanstalten des Krankenanstaltenverbundes der Stadt Wien, Ausschreibungsnummer AKH/TDR/TMT/0/5/2006, wird für nichtig erklärt.

3. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 7.12.2006, verlängert um die Dauer eines weiteren Monats in der mündlichen Verhandlung vom 17.1.2007, wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

4. 4.Ziffer 4

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin *** Gesellschaft m.b.H., ***, vertreten durch Beurle Oberndorfer Mitterlehner, Rechtsanwälte in Linz, die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 3.200,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 2 lit. a und c, 23, 26, 30 WVRG in Verbindung mit §§ 2 Z 20, 95, 96, 122, 345 Abs. 3 Z 5 BVergG 2006, § 20 Z 13 lit. a sublit. bb BVergG 2002 und § 74 Abs. 2 AVG.Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13 Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a und c, 23, 26, 30 WVRG in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 20, 95, 96, 122, 345, Absatz 3, Ziffer 5, BVergG 2006, Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG 2002 und Paragraph 74, Absatz 2, AVG.

Begründung:

Die Stadt Wien – Allgemeines Krankenhaus – Universitätskliniken (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes, nicht offenes Verfahren nach vorherige Bekanntmachung zur Vergabe des Auftrages zur Lieferung, Montage und Inbetriebnahme von ca. 150 Stück Infusionstürmen. Es handelt sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt (Veröffentlichung auf der Homepage der EU am 15.11.2006, Bekanntmachung im Amtsblatt der Stadt Wien am 23.11.2006). Teilnahmeanträge waren bis 27.11.2006 abzugeben. Mit E-Mail vom 28.11.2006,

19.39 Uhr, wurde die Antragstellerin von der Antragsgegnerin verständigt, dass sie aufgrund des Teilnahmeantrages präqualifiziert wurde. Gleichzeitig wurde sie aufgefordert, die Ausschreibungsunterlagen „ab morgen, dem 29.11.2006, 9.00 Uhr“ bei der Antragsgegnerin zu beheben „und innerhalb der darin genannten Fristen ein zuschlagsfähiges Angebot zu legen“. Die Antragstellerin hat am 29.11.2006 die Ausschreibungsunterlagen behoben.

Gegen diese Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 28.11.2006 und die am 29.11.2006 behobenen Ausschreibungsunterlagen richtet sich der am 1.12.2006 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangte und damit rechtzeitig (§ 20 Abs. 1 Z 2 lit. c WVRG) eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe, in eventu der sonstigen Festlegung der Antragsgegnerin während der Angebotsfrist und zwar der

Ausschreibungsunterlagen „Rahmenvertrag Infusionstürme“, in eventu einzelner näher bezeichneter Bestimmungen dieser Ausschreibungsunterlagen, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie auf Kostenersatz. Gegen diese Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 28.11.2006 und die am 29.11.2006 behobenen Ausschreibungsunterlagen richtet sich der am 1.12.2006 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangte und damit rechtzeitig (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, WVRG) eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe, in eventu der sonstigen Festlegung der Antragsgegnerin während der Angebotsfrist und zwar der Ausschreibungsunterlagen „Rahmenvertrag Infusionstürme“, in eventu einzelner näher bezeichneter Bestimmungen dieser Ausschreibungsunterlagen, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie auf Kostenersatz.

Im Einzelnen führt die Antragstellerin aus, dass dem gegenständlichen Vergabeverfahren eine Ausschreibung am 11.5.2006 vorangegangen sei. Die in diesem Vergabeverfahren ergangene Zuschlagsentscheidung sei nach Anfechtung durch den Vergabekontrollsenat mit Bescheid vom 9.8.2006, VKS – 2064/04, aufgrund verschiedener Rechtswidrigkeiten für nichtig erklärt worden. Im Zuge des daraufhin mit Bekanntmachung auf der Homepage des Amtsblattes der EU am 15.11.2006 eingeleiteten Vergabeverfahrens sei die Antragstellerin mit Schreiben vom 28.11.2006 zur Abgabe eines zuschlagsfähigen Angebotes seitens der Antragsgegnerin aufgefordert worden. Die dazu notwendigen Ausschreibungsunterlagen seien der Antragstellerin am 29.11.2006 zur Verfügung gestellt worden. Diese Aufforderung, bzw. die damit verbundenen Ausschreibungsunterlagen werden von der Antragstellerin nunmehr im Wesentlichen deshalb angefochten, weil sie sich dadurch in ihrem Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG 2006, in ihrem Recht auf Verankerung objektiver, nicht diskriminierender Zuschlagskriterien (Subkriterien) in der Ausschreibung, sowie in ihrem Recht auf eindeutige, neutrale und vollständige Umschreibung der Leistung gemäß § 96 Abs. 1 BVergG 2006 verletzt erachtet. Unter Zitierung der angefochtenen Stellen in den Ausschreibungsbedingungen führt die Antragstellerin zunächst aus, die Antragsgegnerin führe ein unfaires Verfahren, weil nicht nachvollziehbar sei, warum sie nach Nichtigerklärung ihrer zunächst im Vorverfahren ergangenen Zuschlagsentscheidung mit Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 9.8.2006, VKS – 2064/04, nahezu drei Monate mit der gegenständlichen Ausschreibung zugewartet habe, wobei diese Ausschreibungsunterlage im Wesentlichen der ersten Ausschreibung entsprechen würde. Überdies habe die Antragsgegnerin ein Verfahren wegen Dringlichkeit für eine dreijährige Rahmenvereinbarung gewählt, wodurch es den Bietern fast unmöglich gemacht werde, von den vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch zu machen. Dazu komme, dass die Aufforderung zur Angebotsabgabe von der Antragsgegnerin am 28.11.2006 um 19.39 Uhr bei der Antragstellerin eingegangen sei und ihr die Ausschreibungsunterlagen nicht ebenfalls mit dieser Aufforderung zur Verfügung gestellt worden seien, sondern erst am darauf folgenden Tag. Im Einzelnen führt die Antragstellerin aus, dass dem gegenständlichen Vergabeverfahren eine Ausschreibung am 11.5.2006 vorangegangen sei. Die in diesem Vergabeverfahren ergangene Zuschlagsentscheidung sei nach Anfechtung durch den Vergabekontrollsenat mit Bescheid vom 9.8.2006, VKS – 2064/04, aufgrund verschiedener Rechtswidrigkeiten für nichtig erklärt worden. Im Zuge des daraufhin mit Bekanntmachung auf der Homepage des Amtsblattes der EU am 15.11.2006 eingeleiteten Vergabeverfahrens sei die Antragstellerin mit Schreiben vom 28.11.2006 zur Abgabe eines zuschlagsfähigen Angebotes seitens der Antragsgegnerin aufgefordert worden. Die dazu notwendigen Ausschreibungsunterlagen seien der Antragstellerin am 29.11.2006 zur Verfügung gestellt worden. Diese Aufforderung, bzw. die damit verbundenen Ausschreibungsunterlagen werden von der Antragstellerin nunmehr im Wesentlichen deshalb angefochten, weil sie sich dadurch in ihrem Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG 2006, in ihrem Recht auf Verankerung objektiver, nicht diskriminierender Zuschlagskriterien (Subkriterien) in der Ausschreibung, sowie in ihrem Recht auf eindeutige, neutrale und vollständige Umschreibung der Leistung gemäß Paragraph 96, Absatz eins, BVergG 2006 verletzt erachtet. Unter Zitierung der angefochtenen Stellen in den Ausschreibungsbedingungen führt die Antragstellerin zunächst aus, die Antragsgegnerin führe ein unfaires Verfahren, weil nicht nachvollziehbar sei, warum sie nach Nichtigerklärung ihrer zunächst im Vorverfahren ergangenen Zuschlagsentscheidung mit Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 9.8.2006, VKS – 2064/04, nahezu drei Monate mit der gegenständlichen Ausschreibung zugewartet habe, wobei diese Ausschreibungsunterlage im Wesentlichen der ersten Ausschreibung entsprechen würde. Überdies habe die Antragsgegnerin ein Verfahren wegen Dringlichkeit für eine dreijährige Rahmenvereinbarung gewählt, wodurch es den Bietern fast unmöglich gemacht werde, von den vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch zu machen. Dazu komme, dass die Aufforderung zur

Angebotsabgabe von der Antragsgegnerin am 28.11.2006 um 19.39 Uhr bei der Antragstellerin eingegangen sei und ihr die Ausschreibungsunterlagen nicht ebenfalls mit dieser Aufforderung zur Verfügung gestellt worden seien, sondern erst am darauf folgenden Tag.

Den zum Kriterium „Qualität“ angeführten Subkriterien mangle es an der erforderlichen Objektivität und Transparenz. Die von der Antragsgegnerin angeführten Subkriterien für die Bewertung der Qualität seien zwar nunmehr (im Gegensatz zur ersten Ausschreibung) wortreich umschrieben, dennoch sei zu einem großen Teil weder ihre Bedeutung für sich noch (teilweise) ihr Verhältnis zueinander klar. Im Übrigen seien einige der Subkriterien auch so abgefasst, dass sie das Produkt der Antragstellerin (ebenso wie andere Produkte) im Vergleich zu den von der Firma „Alaris“ erzeugten Infusionstürmen ohne sachliche Rechtfertigung benachteiligen würden. Im Einzelnen werden die Subkriterien Display, Befestigungsmöglichkeiten, Verwendungsflexibilität im intensivmedizinischen Notfall, Drucküberwachungssystem, Akkuladedauer, Finanzierungssystem, Spritzenwechsel, Bedienbarkeit der Funktionstasten, Bedienungsführung, Ergonomie, Farbcodierung und Lieferzeit bemängelt. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen der Antragstellerin unter Abschnitt 7 lit. b des einleitenden Schriftsatzes verwiesen werden. Den zum Kriterium „Qualität“ angeführten Subkriterien mangle es an der erforderlichen Objektivität und Transparenz. Die von der Antragsgegnerin angeführten Subkriterien für die Bewertung der Qualität seien zwar nunmehr (im Gegensatz zur ersten Ausschreibung) wortreich umschrieben, dennoch sei zu einem großen Teil weder ihre Bedeutung für sich noch (teilweise) ihr Verhältnis zueinander klar. Im Übrigen seien einige der Subkriterien auch so abgefasst, dass sie das Produkt der Antragstellerin (ebenso wie andere Produkte) im Vergleich zu den von der Firma „Alaris“ erzeugten Infusionstürmen ohne sachliche Rechtfertigung benachteiligen würden. Im Einzelnen werden die Subkriterien Display, Befestigungsmöglichkeiten, Verwendungsflexibilität im intensivmedizinischen Notfall, Drucküberwachungssystem, Akkuladedauer, Finanzierungssystem, Spritzenwechsel, Bedienbarkeit der Funktionstasten, Bedienungsführung, Ergonomie, Farbcodierung und Lieferzeit bemängelt. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen der Antragstellerin unter Abschnitt 7 Litera b, des einleitenden Schriftsatzes verwiesen werden.

Weiters macht die Antragstellerin geltend, dass bei bestimmten Leistungsanforderungen die sachliche Rechtfertigung fehlen würde. In diesem Zusammenhang bemängelt sie die Ausführungen zur maximalen Förderate, Laufzeit des Akkus der Spritzenpumpe, Grafikdisplay, Ordnungssystem, Datenprotokoll XML und die Leistungsdaten gemäß Punkt 3.1.2 der Leistungsbeschreibung. Hier ist die Antragstellerin der Ansicht, dass mit diesen Leistungsanforderungen auf ein bestimmtes am Markt befindliches Produkt abgestellt werde. Auch die Leistungsbeschreibung sei nicht neutral, sondern letztlich auf die „Alaris – Produkte zugeschnitten“. Die Antragsgegnerin hätte die für die Infusionspumpen und das Ordnungssystem aufgestellten Anforderungen offensichtlich bewusst so gestaltet, um auch „dem bereits acht Jahre alten Produkt des Herstellers Alaris die Möglichkeiten der Erfüllung der Mindestanforderungen zu ermöglichen bzw. dieses Produkt zu begünstigen, gegenüber Konkurrenzprodukten“. Eine derartige mangelnde neutrale Leistungsbeschreibung erblickt die Antragstellerin hinsichtlich der Anforderungen, wonach das Signal- und Bedienfeld wasserdicht bezüglich der Spritzenpumpen ausgeführt sein müsse, die manuelle Verabreichung eines Bolus möglich sein müsse, bezüglich der Infusionsverabreichung bei Spritzenpumpen das Vorhandensein von druckgeprüften Infusionsleitungen gefordert werde, während die dem neuesten Stand der Technik entsprechenden Infusionsleitungen nicht verlangt würden. Allgemein erscheine es eigenartig, dass die Antragsgegnerin 150 gleiche Infusionstürme, die aus acht Spritzenpumpen, zwei Infusionspumpen und einer Basisstation bestehen, ausgeschrieben habe. Dies werde unter den Mindestanforderungen an das Ordnungssystem ausdrücklich gefordert. Tatsächlich würden in der Praxis auf einer Herz-Intensivstation üblicher Weise weit mehr Spritzenpumpen als acht Stück benötigt. Diese Anforderung würde von den nunmehr ausgeschrieben Infusionstürmen nicht erfüllt, in diesem Zusammenhang erscheine es eigenartig, „dass ein modernes Krankenhaus wie das AKH ... Infusionstürme bestellt, die nicht der Konfiguration und den Bedürfnissen der einzelnen Intensivstationen angepasst sind“. Der Grund für diese unübliche Ausschreibung von Infusionstürmen liege offensichtlich darin, dass man die Infusionstürme des Herstellers „Alaris“ anschaffen möchte. Auch die Mindestanforderungen für die Anzahl der Medikamentenprotokolle pro Gerät sei eindeutig auf das Produkt dieses Unternehmens abgestellt. Die von der Antragsgegnerin festgelegten Mindestanforderungen würden daher nicht der eingangs der Ausschreibung festgehaltenen Vorgabe, „dass die Systeme den Letztstand der Technik und der Qualitätsanforderung an moderne Infusionstechnik auf Intensivstationen entsprechen“ müssten, gerecht werden.

Sollte der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren der Zuschlag nicht erteilt werden, drohe ihr ein im Detail näher aufgeschlüsselter Schaden an entgangenem Gewinn. Dazu kämen noch die Kosten der Beteiligung am

Vergabeverfahren sowie der möglicher Weise drohende Verlust eines Referenzprojektes. Ihr Interesse am Vertragsabschluss sei durch fristgerechte Abgabe eines Teilnahmeantrages nachgewiesen. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig von der beabsichtigten Antragstellung im Sinne des § 14 Abs. 1 WVRG verständigt worden, die Pauschalgebühren seien entrichtet worden. Sollte der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren der Zuschlag nicht erteilt werden, drohe ihr ein im Detail näher aufgeschlüsselter Schaden an entgangenem Gewinn. Dazu kämen noch die Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren sowie der möglicher Weise drohende Verlust eines Referenzprojektes. Ihr Interesse am Vertragsabschluss sei durch fristgerechte Abgabe eines Teilnahmeantrages nachgewiesen. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig von der beabsichtigten Antragstellung im Sinne des Paragraph 14, Absatz eins, WVRG verständigt worden, die Pauschalgebühren seien entrichtet worden.

Mit dem Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens hat die Antragstellerin auch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt. Diese wurde antragsgemäß mit Bescheid vom 7.12.2006 erlassen und mit dem in der mündlichen Verhandlung vom 17.1.2006 verkündeten Bescheid für die Dauer eines weiteren Monats verlängert.

Mit Schriftsatz vom 5.12.2006 hat die Antragsgegnerin zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung genommen und die Vergabeakten vorgelegt. In einem weiteren Schriftsatz vom 11.12.2006 hat die Antragsgegnerin zum Antrag auf Nichtigerklärung Stellung genommen und zunächst ausgeführt, der gegenständliche Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil der Anfechtungsgegenstand nicht eindeutig bezeichnet sei. Die Antragstellerin lasse offen, ob die bekämpfte Ausschreibungsunterlage als Teil der gesondert anfechtbaren Entscheidung „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ oder als eigenständige „sonstige Festlegung während der Angebotsfrist“ zu verstehen sei. Da gegenständlich weiterhin die Bestimmung des § 20 Z 13 lit. a BVergG 2002 anzuwenden sei, könne entweder die Bekanntmachung, die Bewerberauswahl, die Aufforderung zur Angebotsabgabe oder sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist und die Zuschlagsentscheidung angefochten werden. Die Antragstellerin fechte zunächst die Aufforderung zur Angebotsabgabe an und rüge damit angebliche Mängel der Ausschreibungsunterlagen. Mit der „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ seien die Bewerber aber erst aufgefordert worden, die Ausschreibungsunterlagen zu beheben und die Angebote zu legen. Die Aufforderung sei daher der Antragstellerin vor der Ausschreibungsunterlage zugekommen, Rechtswidrigkeiten der nachfolgenden Ausschreibungsunterlagen könnten daher nicht Inhalt der vorausgegangenen Aufforderung sein. Eine Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen sei damit verfristet und könnte allenfalls mit der nächsten gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden. Richtigerweise hätte die Antragstellerin die „Ausschreibung“ als eigenständige Festlegung anfechten müssen, die nunmehrige Anfechtung der Ausschreibung als Teil der Aufforderung zur Angebotsabgabe sei rechtswidrig, der Nachprüfungsantrag deshalb unzulässig. Mit Schriftsatz vom 5.12.2006 hat die Antragsgegnerin zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung genommen und die Vergabeakten vorgelegt. In einem weiteren Schriftsatz vom 11.12.2006 hat die Antragsgegnerin zum Antrag auf Nichtigerklärung Stellung genommen und zunächst ausgeführt, der gegenständliche Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil der Anfechtungsgegenstand nicht eindeutig bezeichnet sei. Die Antragstellerin lasse offen, ob die bekämpfte Ausschreibungsunterlage als Teil der gesondert anfechtbaren Entscheidung „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ oder als eigenständige „sonstige Festlegung während der Angebotsfrist“ zu verstehen sei. Da gegenständlich weiterhin die Bestimmung des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, BVergG 2002 anzuwenden sei, könne entweder die Bekanntmachung, die Bewerberauswahl, die Aufforderung zur Angebotsabgabe oder sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist und die Zuschlagsentscheidung angefochten werden. Die Antragstellerin fechte zunächst die Aufforderung zur Angebotsabgabe an und rüge damit angebliche Mängel der Ausschreibungsunterlagen. Mit der „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ seien die Bewerber aber erst aufgefordert worden, die Ausschreibungsunterlagen zu beheben und die Angebote zu legen. Die Aufforderung sei daher der Antragstellerin vor der Ausschreibungsunterlage zugekommen, Rechtswidrigkeiten der nachfolgenden Ausschreibungsunterlagen könnten daher nicht Inhalt der vorausgegangenen Aufforderung sein. Eine Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen sei damit verfristet und könnte allenfalls mit der nächsten gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden. Richtigerweise hätte die Antragstellerin die „Ausschreibung“ als eigenständige Festlegung anfechten müssen, die nunmehrige Anfechtung der Ausschreibung als Teil der Aufforderung zur Angebotsabgabe sei rechtswidrig, der Nachprüfungsantrag deshalb unzulässig.

Weiters macht die Antragsgegnerin geltend, der Antragstellerin würde es an einer entsprechenden Anfechtungsbefugnis mangeln. Die Antragstellerin habe in ihrem Nachprüfungsantrag ausdrücklich festgehalten, sechs

Anforderungen der gegenständlichen Ausschreibung mit ihren Produkten nicht erfüllen zu können. Daraus lasse sich „nicht mehr und nicht weniger ableiten“, als dass die Antragstellerin bewusst Falschangaben mache oder in jüngster Vergangenheit gemacht habe. Das Leistungsverzeichnis der gegenständlichen Ausschreibung sei gegenüber der Ausschreibung vom Frühjahr 2006 nahezu unverändert geblieben. An dieser ersten Ausschreibung habe sich die Antragstellerin beteiligt und im damals gelegten Angebot rechtsverbindlich zugesagt, mit dem angebotenen Infusionsturm alle Mindestanforderungen der Ausschreibung vollständig erfüllen zu können. Noch im Juni 2006 habe die Antragstellerin rechtsverbindlich diese Erklärungen abgegeben. Da sich die Produkte der Antragstellerin in den vergangenen fünf Monaten nicht maßgebend verändert hätten, lasse „das nunmehrige Vorbringen der Nachprüfungswerberin nur einen Schluss zu: *** sagt die Unwahrheit“. Entweder habe die Antragstellerin bei ihrer Angebotslegung im Frühjahr 2006 oder in ihrem aktuellen Nachprüfungsantrag gelogen. Damit habe sich die Antragstellerin bei der Erteilung von Auskünften in erheblichem Ausmaß falscher Erklärungen schuldig gemacht, weshalb ihr Angebot auszuschneiden wäre.

Letztlich hält die Antragsgegnerin dafür, dass der Nachprüfungsantrag unbegründet wäre, weil ein unfaires Verfahren von ihr nicht geführt werde, die Subkriterien objektiv und ausreichend transparent dargestellt würden und die Leistungsbeschreibung neutral erfolgt sei. Zu den einzelnen Anfechtungspunkten wird dazu im Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 11.12.2006 eingehend Stellung genommen.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt stellt der Vergabekontrollsenat aufgrund des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die jeweils auch der anderen Seite zur Kenntnis gebracht wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 17.1.2006 folgenden weiteren entscheidungserheblichen Sachverhalt fest:

Bei der ausgeschriebenen Leistung handelt es sich um die Vergabe eines Auftrages zur Lieferung, Montage und Inbetriebnahme von ca. 150 Stück Infusionstürmen. Das Vergabeverfahren wird als nicht offenes, beschleunigtes Verfahren bei Dringlichkeit mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich geführt. Die Bekanntmachung ist sowohl europaweit als auch im Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt.

Die aus Anlass der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 28.11.2006, am 29.11.2006 von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen weisen folgende, für das gegenständliche

Nachprüfungsverfahren maßgeblichen Bestimmungen auf:

Zum Leistungsgegenstand wird unter Punkt 4.3 festgehalten:

„Auftragsgegenständlich ist ein Rahmenvertrag über die Lieferung, Montage und Inbetriebnahme von ca. 150 (einhundertfünfzig) Stk. Infusionstürmen für die Krankenanstalten des KAV. Jeder einzelne Infusionsturm muss aus einem Ordnungssystem, 8 (acht) Stk. Spritzpumpen und 2 (zwei) Stk. Infusionspumpen bestehen und die in Anhang 1 genannten Spezifikationen erfüllen.

Der Auftrag soll im Rahmen eines wegen Dringlichkeit beschleunigten nicht offenen Verfahrens nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich (§ 25 Abs. 3 iVm § 63 BVergG 2006) vergeben werden. Die Wahl dieser Vergabeverfahrensart ist deshalb zulässig, weil ein Großteil der derzeit in den Krankenanstalten des KAV (und insb. im AK) in Verwendung stehenden Infusionstürme dringend ersetzt werden muss, um die bestmögliche medizinische Versorgung aufrecht erhalten zu können.“ Der Auftrag soll im Rahmen eines wegen Dringlichkeit beschleunigten nicht offenen Verfahrens nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich (Paragraph 25, Absatz 3, in Verbindung mit Paragraph 63, BVergG 2006) vergeben werden. Die Wahl dieser Vergabeverfahrensart ist deshalb zulässig, weil ein Großteil der derzeit in den Krankenanstalten des KAV (und insb. im AK) in Verwendung stehenden Infusionstürme dringend ersetzt werden muss, um die bestmögliche medizinische Versorgung aufrecht erhalten zu können.“

Zur Beurteilung des mit 60 % gewichteten Kriteriums „Qualität“ hat die Antragsgegnerin eine Bewertungskommission eingesetzt und den diesbezüglichen Verfahrensablauf wie folgt festgelegt:

„5.1.1. Bewertungskommission

Die Bewertung erfolgt durch eine eigens eingerichtete Bewertungskommission, die aus Personen mit medizintechnischem, medizinischem und pflegerischem Sachverstand besteht. Derzeit (Änderungen im Verhinderungsfall sind möglich) ist geplant, die Bewertungskommission wie folgt zu besetzen:

TOAR Ing. *** (Technische Direktion)

*** (Technische Direktion)

o. Univ.-Prof. Dr. *** (Vorstand der Univ.-Klinik für Notfallmedizin) Stat.-Pfleger *** (Univ.-Klinik für Notfallmedizin) ao. Univ.-Prof. Dr. *** (Univ.-Klinik für Anästhesie und Intensivmedizin) Stat.-Schwester *** (Univ.-Klinik für Anästhesie und Intensivmedizin)

5.1.2. Teststellung

Die Bieter sind verpflichtet, dem Auftraggeber einen der angebotsgegenständlichen Infusionstürme zu einer Teststellung zur Verfügung zu stellen. Der Infusionsturm muss in der geforderten Ausstattung bereitstehen; Dauer (längstens 3 Tage pro Station) und Ort der Teststellung werden dem jeweiligen Bieter spätestens zwei Tagen nach der Anbotsöffnung mitgeteilt. Die Geräte müssen über eine SiTe-Eingangsprüfung durch die dafür vorgesehene Stelle verfügen. Für die Probestellung sollen die im Haus verwendeten Verbrauchsmaterialien verwendet werden. Eine Verweigerung der Teststellung führt zum Ausscheiden des Angebotes; versäumt ein Bieter die Teststellung, so gilt dies als Verweigerung.

5.1.3. Abstimmung und Begründungspflicht

Die Bewertungskommission trifft ihre Entscheidungen nach Diskussionen in offener Abstimmung mit einfacher Mehrheit; sowohl das Mehrheits- als auch ein allfälliges Minderheitsvotum müssen schriftlich begründet werden. Bei Stimmgleichstand gibt die Stimme von Herrn TOAR Ing. *** als ranghöchstem Vertreter der Technischen Direktion den Ausschlag. Verhinderte Mitglieder der Bewertungskommission müssen vertreten werden. Stimmrechtsübertragungen sind ebenso unzulässig wie Stimmenthaltungen.

5.2. Vorprüfung

Nach Ablauf der Angebotsfrist prüft die Bewertungskommission die eingelangten Angebote in Hinblick auf die Ausschreibungserfordernisse. Angebote, die von nicht geeigneten Bietern stammen, welche die Mindestanforderungen nicht erfüllen oder die nicht ausschreibungskonform sind, werden ausgeschieden. Weiters werden Angebote, die verfristet, geöffnet oder nicht ordnungsgemäß freigemacht einlangen, ausgeschieden.

5.3. Bestbieterermittlung

Der Zuschlag wird dem besten Angebot erteilt (Bestbieterprinzip). Bestbieter ist, wer bei einer Gesamtbetrachtung der in dieser Ausschreibungsunterlage beschriebenen Zuschlagskriterien das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gelegt hat.

Insgesamt werden maximal 100 Punkte vergeben, wobei auf die einzelnen Zuschlagskriterien höchstens die der jeweils angegebenen Gewichtung entsprechende Punktzahl entfällt. Die Punkte werden kaufmännisch auf eine Kommastelle genau gerundet. Die Addition der Punkte aus der Bewertung des Erfüllungsgrades der einzelnen Zuschlagskriterien ergibt die Gesamtpunktzahl eines Angebots. Das Angebot mit der insgesamt höchsten Gesamtpunktzahl wird als technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot („bestes Angebot“) bewertet. Bei Punktegleichstand entscheidet die höhere Punktzahl beim Zuschlagskriterium „Preis“

5.4. Zuschlagskriterien und deren Gewichtung

5.4.1. Gewichtung

Die Zuschlagskriterien werden wie folgt gewichtet:

Preis 40 % (40/100 Punkten)

Qualität 60 % (60/100 Punkten)

5.4.2. Preis

Bewertet wird der in Pkt 6. angegebene Pauschalpreis für die zeitgerechte Lieferung, Montage und Inbetriebnahme eines ausschreibungskonformen Infusionsturms. Das demnach billigste Angebot enthält 40 (vierzig) Punkte. Die nachfolgenden Angebote erhalten in eben jenem Ausmaß weniger Punkte, als sie teurer als das billigste Angebot sind. Eine Vergabe von Minuspunkten ist ausgeschlossen.

Die Bepunktung erfolgt demnach anhand der Formel $(\text{Preis Billigstbieter} / \text{angebotener Preis}) \times 40$ (maximale Punktezahl) = erreichte Punkte.

5.4.3. Qualität

Die Qualität (technische Beurteilung und Nutzerbeurteilung) eines Angebots wird durch sachverständige Bewertung der abgefragten Subkriterien ermittelt. Die bei den einzelnen Subkriterien kommissionell vergebenen Punkte werden addiert; jenes Angebot, auf das demnach die höchste Punktezahl entfällt, ist das technisch beste Angebot.

Die Bepunktung erfolgt anhand der Formel $(\text{Summe Subkriterien Angebot} / 320) \times 60$ (maximale Punktezahl) = erreichte Punkte.

5.4.4. Ergebnis

Die auf die Kriterien „Preis“ und „Qualität“ entfallenden Punkte werden addiert. Das Angebot, auf das demnach die höchste Punktezahl entfällt, ist das wirtschaftlich und technisch günstigste Angebot („Bestbieter“).

5.5. Subkriterien und deren Gewichtung

Die Bewertung der Qualität (technische Beurteilung und Nutzerbeurteilung) erfolgt anhand folgender Subkriterien:

Kriterium	[G]	[P]	[G]x[P]
Display	3		
Befestigungsmöglichkeit		3	
Verwendungsflexibilität		3	
Drucküberwachungssystem		3	
Akkuladedauer	2		
Bilanzierungssystem		3	
Variabilität Verbrauchsmaterial		2	
Spritzenwechsel		3	
Bedienbarkeit der Funktionstasten		3	
Bedienungsführung		2	
Ergonomie	2		
Farbcodierung		2	
Lieferzeit	1		

Summe

Die Subkriterien sind – je nach ihrer Bedeutung für den Auftraggeber – mit 1, 2 oder 3 gewichtet („Gewichtungsfaktor“: [G]); je bedeutsamer ein Subkriterium für den Auftraggeber ist, desto höher ist der Gewichtungsfaktor [G]. Die Bewertungskommission hat jedes Subkriterium mit 0 bis 10 Punkten zu bewerten; je besser das Angebot das jeweilige Subkriterium erfüllt, desto mehr Punkte werden vergeben. Die von der Bewertungskommission solcherart vergebenden Punkte [P] werden mit dem Gewichtungsfaktor [G] multipliziert. Das Resultat aus [G]x[P] ist die Bewertung des betreffenden Subkriteriums.

5.6. Verbale Umschreibung der Subkriterien

5.6.1. Display

Bei diesem Subkriterium werden Übersichtlichkeit und Ablesbarkeit des Displays der Spritzenpumpe bewertet (zB Displaygröße, Kontrast, maximale Schriftgröße). Je übersichtlicher und besser ablesbar das Display ist, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben.

5.6.2. Befestigungsmöglichkeiten

1. a.Litera a

Bei diesem Subkriterium werden die Flexibilität und Einfachheit der zur Verfügung stehenden

Befestigungsmöglichkeiten der Spritzenpumpe bewertet (zB Möglichkeit der Montage an Normschienen bzw. Infusionsstangen, Einschub in das Ordnungssystem). Je flexibler und einfacher die Befestigungsmöglichkeiten sind, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben (0 bis 5 Punkte).

2. b.Litera b

Bei diesem Subkriterium werden die Flexibilität und Einfachheit der zur Verfügung stehenden Befestigungsmöglichkeiten der Infusionspumpe bewertet (zB Möglichkeit der Montage an Normschienen bzw. Infusionsstangen, Einschub in das Ordnungssystem). Je flexibler und einfacher die Befestigungsmöglichkeiten sind, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben (0 bis 5 Punkte).

5.6.3. Verwendungsflexibilität im intensivmedizinischen Notfall

Bei diesem Subkriterium wird bewertet, wie rasch mit der angebotenen Spritzenpumpe nicht voreingestellte patientenspezifische Fördermengen im intensivmedizinischen Notfall verabreicht werden können (zB durch manuellen Bolus). Je rascher und patientenspezifischer eine solche Verabreichung möglich ist, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben.

5.6.4. Drucküberwachungssystem

Bei diesem Subkriterium wird bewertet, wie lange das Drucküberwachungssystem der Spritzenpumpe die Daten über den Infusionsdruck bereitstellt bzw. wie übersichtlich diese Daten dargestellt werden können. Je länger die Daten verfügbar sind und je übersichtlicher die Daten dargestellt werden, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben.

5.6.5. Akkuladedauer

1. a.Litera a

Bei diesem Subkriterium wird die Akkuladedauer bei der Spritzenpumpe im ausgeschalteten und im eingeschalteten Zustand bewertet. Je kürzer die Summe aus diesen beiden Ladezeiträumen ist, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben (0 bis 5 Punkte)

2. b.Litera b

Bei diesem Subkriterium wird die Akkuladedauer bei der Infusionspumpe im ausgeschalteten und im eingeschalteten Zustand bewertet. Je kürzer die Summe aus diesen beiden Ladezeiträumen ist, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben (0 bis 5 Punkte).

5.6.6. Bilanzierungssystem

Bei diesem Subkriterium wird bewertet, wie lange das Bilanzierungssystem die Daten des infundierten Volumens bereitstellt. Je länger die Daten verfügbar sind, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben.

5.6.7. Variabilität Verbrauchsmaterial

1. a.Litera a

Bei diesem Subkriterium wird die Variabilität der Spritzenpumpe in Bezug auf fremde Verbrauchsmaterialien bewertet. Je mehr Verbrauchsmaterialien von fremden Herstellern verwendet werden können, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben (0 bis 5 Punkte).

2. b.Litera b

Bei diesem Subkriterium wird die Variabilität der Infusionspumpe in Bezug auf fremde Verbrauchsmaterialien bewertet. Je mehr Verbrauchsmaterialien von fremden Herstellern verwendet werden können, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben (0 bis 5 Punkte)

5.6.8. Spritzenwechsel

Bei diesem Subkriterium wird die Einfachheit und Schnelligkeit der Handhabung eines Spritzentausches bei der Spritzpumpe bewertet. Je einfacher und schneller der Spritzenwechsel für den Nutzer möglich ist, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben.

5.6.9. Bedienbarkeit der Funktionstasten

1. a.Litera a

Bei diesem Subkriterium wird die Bedienbarkeit der Spritzenpumpe (zB Tasten, Knöpfe, Laschen, Hebel) bewertet. Je komfortabler die Bedienung, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben (5

Punkte)

2. b.Litera b

Bei diesem Subkriterium wird die Bedienbarkeit der Infusionspumpe (zB Tasten, Knöpfe, Laschen, Hebel) bewertet. Je komfortabler die Bedienung, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben (0 bis 5 Punkte)

5.6.10. Bedienungsführung

1. a.Litera a

Bei diesem Subkriterium wird die Einfachheit der Bedienungsführung der Spritzenpumpe bewertet (zB Menüführung, Veränderung der Konfigurationen). Je komfortabler und einfacher die Handhabung, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben (0 bis 5 Punkte).

2. b.Litera b

Bei diesem Subkriterium wird die Einfachheit der Bedienungsführung der Infusionspumpe bewertet (zB Menüführung, Veränderung der Konfigurationen). Je komfortabler und einfacher die Handhabung, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben (0 bis 5 Punkte).

5.6.11 Ergonomie

1. a.Litera a

Bei diesem Subkriterium wird die Ergonomie (zB Verarbeitung, Gewicht, Größe) der Spritzenpumpe bewertet. Je höherwertiger die Verarbeitung und je kleiner und leichter die Geräte, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben (0 bis 5 Punkte).

2. b.Litera b

Bei diesem Subkriterium wird die Ergonomie (zB Verarbeitung, Gewicht, Größe) der Infusionspumpe bewertet. Je höherwertiger die Verarbeitung und je kleiner und leichter die Geräte, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben (0 bis 5 Punkte).

5.6.12. Farbcodierung

Bei diesem Subkriterium wird die Einheitlichkeit und Übersichtlichkeit der Farbcodierung von Infusionspumpe und Spritzpumpe bewertet (zB Ein/Aus-Taste, Alarmer, Start/Stop, Funktionstasten, Menütasten). Je einheitlicher und übersichtlicher diese Farbcodierung ist, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben.

5.6.13. Lieferzeit

Die ersten 50 (fünfzig) Stk. Infusionstürme müssen innerhalb von 6 (sechs) Wochen ab Zuschlag geliefert werden (Mindestkriterium). Die restlichen Infusionstürme werden in den Chargen von 1 (einem) bis 10 (zehn) Stück abgerufen; bei der Bestbieterermittlung wird bewertet, innerhalb welchen Zeitraums nach Anforderung durch den Auftraggeber der Auftragnehmer die abgerufenen Chargen liefern kann. Je kürzer diese Lieferzeit ist, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben."

Der Anhang 1 zu den Ausschreibungsunterlagen ist das Leistungsverzeichnis in dem die ausgeschriebenen Infusionstürme beschrieben werden.

Zur Bewertung der Subkriterien vertritt die Antragsgegnerin den Standpunkt, dass das relativ beste Angebot die höchste Punktzahl, nicht aber unbedingt die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen 10 Punkte erhält. Dies deshalb, weil bei den einzelnen Subkriterien darauf abgestellt wird, dass dann mehr Punkte vergeben werden, je „übersichtlicher und besser“ diese erfüllt werden (Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vom 17.1.2007). Wann aber ein Subkriterium „übersichtlicher und besser“ erfüllt wird, ist in den Ausschreibungsbestimmungen nicht festgelegt.

Die Antragstellerin hat rechtzeitig einen Teilnahmeantrag gestellt. Mit E-Mail vom 28.11.2006, das der Antragstellerin um 19.39 Uhr dieses Tages zugekommen ist, hat die Antragsgegnerin folgendes mitgeteilt:

„Es freut uns, Ihnen mitteilen zu können, dass Ihr Teilnahmeantrag präqualifiziert wurde. Wir dürfen Sie daher auffordern, die Ausschreibungsunterlagen ab morgen, dem 29.11.2006, 9.00 Uhr, in der Kanzlei der Abteilung Medizintechnik, Technische Direktion AKH Wien zu beheben und innerhalb der darin genannten Fristen ein zuschlagsfähiges (!) Angebot zu legen.“ Die Antragstellerin hat die Ausschreibungsunterlagen am 29.11.2006 behoben.

Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderung der Stadt Wien zur Angebotsabgabe in eventu der Ausschreibungsunterlagen „Rahmenvertrag Infusionstürme“ als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist ist am 1.12.2006 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin im Sinne des § 14 Abs. 1 WVRG ist nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich wurden entrichtet. „Es freut uns, Ihnen mitteilen zu können, dass Ihr Teilnahmeantrag präqualifiziert wurde. Wir dürfen Sie daher auffordern, die Ausschreibungsunterlagen ab morgen, dem 29.11.2006, 9.00 Uhr, in der Kanzlei der Abteilung Medizintechnik, Technische Direktion AKH Wien zu beheben und innerhalb der darin genannten Fristen ein zuschlagsfähiges (!) Angebot zu legen.“ Die Antragstellerin hat die Ausschreibungsunterlagen am 29.11.2006 behoben. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderung der Stadt Wien zur Angebotsabgabe in eventu der Ausschreibungsunterlagen „Rahmenvertrag Infusionstürme“ als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist ist am 1.12.2006 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin im Sinne des Paragraph 14, Absatz eins, WVRG ist nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich wurden entrichtet.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Vergabekontrollsenat auf Grund des Inhaltes der Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht in Zweifel gezogen wurde. Die Feststellungen, wie die Antragsgegnerin die von ihr in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bestimmungen zur Bewertung der Subkriterien anzuwenden gedenkt, gründet sich auf deren Vorbringen in der mündlichen Verhandlung. In der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin auch beantragt, Univ.Prof. Dr. ***, Facharzt für Anästhesie und Intensivmedizin, als Zeugen zum Nachweis dafür zu vernehmen, dass die in den Ausschreibungsbedingungen aufgestellten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien sachlich gerechtfertigt sind. Diesem Antrag war nicht stattzugeben, weil, wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung aufzuzeigen sein wird, der Schwerpunkt in der Beurteilung der Frage liegt, inwieweit die von der Antragsgegnerin gewählten Subkriterien bzw. deren Bewertung, für den Ausgang des Verfahrens wesentlich sind. Dabei handelt es sich aber, ebenso wie bei dem von der Antragsgegnerin angeführten Beweisthema, um Fragen der rechtlichen Beurteilung, deren Lösung einem Beweisverfahren nicht zugänglich ist (Spruchpunkt 1).

Ausgehend von diesen Feststellungen hat der Vergabekontrollsenat erwogen:

Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde durch Kundmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 15.11.2006 eingeleitet. Es sind daher die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 mit den aus § 345 Abs. 3 leg. cit. ersichtlichen Ausnahmen auf den vorliegenden Sachverhalt anzuwenden. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde durch Kundmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 15.11.2006 eingeleitet. Es sind daher die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 mit den aus Paragraph 345, Absatz 3, leg. cit. ersichtlichen Ausnahmen auf den vorliegenden Sachverhalt anzuwenden.

Gegenständlich führt die Antragsgegnerin ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes, nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich. Angefochten wird von der Antragstellerin als gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 20 Z 13 lit. a sublit. bb BVergG 2002 die Aufforderung der Antragsgegnerin zur Angebotsabgabe und die dieser zugrunde liegenden Ausschreibungsbedingungen. Gegenständlich führt die Antragsgegnerin ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes, nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich. Angefochten wird von der Antragstellerin als gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG 2002 die Aufforderung der Antragsgegnerin zur Angebotsabgabe und die dieser zugrunde liegenden Ausschreibungsbedingungen.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den §§ 11 Abs. 2 Z 2 und 13 Abs. 1 WVRG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den Paragraphen 11, Absatz 2, Ziffer 2 und 13 Absatz eins, WVRG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Die Frage der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages, der formalen Voraussetzungen nach § 17 Abs. 1 WVRG sowie zur Einhaltung der Fristen wurden bereits im Zuge der mit Bescheid vom 7.12.2006 beschlossenen Stattgebung der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung eingehend geprüft. Die dabei festgestellten Verfahrensvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag liegen weiterhin vor. Es kann daher – um Wiederholungen zu vermeiden – auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden. Die Frage der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages, der formalen Voraussetzungen nach Paragraph 17, Absatz eins, WVRG sowie

zur Einhaltung der Fristen wurden bereits im Zuge der mit Bescheid vom 7.12.2006 beschlossenen Stattgebung der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung eingehend geprüft. Die dabei festgestellten Verfahrensvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag liegen weiterhin vor. Es kann daher – um Wiederholungen zu vermeiden – auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin bekämpft die Antragstellerin zutreffend die Aufforderung zur Angebotsabgabe als gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 20 Z 13 lit. bb BVergG 2002 und die damit im Zusammenhang stehenden Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin. Aus dem Umstand, dass mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 28.11.2006 die Ausschreibungsunterlagen nicht mit übermittelt worden sind, sondern erst am darauffolgenden Tage den Bietern zur Verfügung gestellt wurden, ist für die Antragsgegnerin nichts gewonnen. Diese von der Antragsgegnerin gewählte Vorgangsweise ist viel mehr als einheitliche Handlung zu bewerten. Mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe sind grundsätzlich die Ausschreibungsbedingungen den Bietern zur Verfügung zu stellen. Geschieht dies nicht in einem einheitlichen Vorgang sondern getrennt, so ist auf jenen Zeitpunkt abzustellen, zu dem die Bieter frühestens die Ausschreibungsunterlagen erhalten konnten, weshalb auch von diesem Zeitpunkt gerechnet die Anfechtungsfrist zu laufen beginnt. Wollte man die von der Antragsgegnerin gewählte Vorgangsweise der Trennung der Aufforderung zur Angebotsabgabe und der zur Verfügungsstellung der Ausschreibungsunterlagen gutheißen, würde dies bedeuten, dass eine Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen nicht möglich wäre, weil diese – dem Standpunkt der Antragsgegnerin folgend – auch nicht als Festlegungen während der Angebotsfrist gewertet werden könnten. Zutreffend hat daher die Antragstellerin die Aufforderung zur Angebotsabgabe und die eine Grundlage für die Angebotserstellung bildenden Ausschreibungsunterlagen als gesondert anfechtbare Entscheidung der Antragsgegnerin bekämpft (vgl. auch VwGH 4.9.2002, 2002/04/0074).

Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin bekämpft die Antragstellerin zutreffend die Aufforderung zur Angebotsabgabe als gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, lit. bb BVergG 2002 und die damit im Zusammenhang stehenden Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin. Aus dem Umstand, dass mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 28.11.2006 die Ausschreibungsunterlagen nicht mit übermittelt worden sind, sondern erst am darauffolgenden Tage den Bietern zur Verfügung gestellt wurden, ist für die Antragsgegnerin nichts gewonnen. Diese von der Antragsgegnerin gewählte Vorgangsweise ist viel mehr als einheitliche Handlung zu bewerten. Mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe sind grundsätzlich die Ausschreibungsbedingungen den Bietern zur Verfügung zu stellen. Geschieht dies nicht in einem einheitlichen Vorgang sondern getrennt, so ist auf jenen Zeitpunkt abzustellen, zu dem die Bieter frühestens die Ausschreibungsunterlagen erhalten konnten, weshalb auch von diesem Zeitpunkt gerechnet die Anfechtungsfrist zu laufen beginnt. Wollte man die von der Antragsgegnerin gewählte Vorgangsweise der Trennung der Aufforderung zur Angebotsabgabe und der zur Verfügungsstellung der Ausschreibungsunterlagen gutheißen, würde dies bedeuten, dass eine Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen nicht möglich wäre, weil diese – dem Standpunkt der Antragsgegnerin folgend – auch nicht als Festlegungen während der Angebotsfrist gewertet werden könnten. Zutreffend hat daher die Antragstellerin die Aufforderung zur Angebotsabgabe und die eine Grundlage für die Angebotserstellung bildenden Ausschreibungsunterlagen als gesondert anfechtbare Entscheidung der Antragsgegnerin bekämpft vergleiche auch VwGH 4.9.2002, 2002/04/0074).

Da die Aufforderung zur Angebotsabgabe der Antragstellerin zwar am 28.11.2006 zugegangen ist, ihr die Ausschreibungsunterlagen jedoch erst am 29.11.2006 zur Verfügung gestellt wurden, ist der am 1.12.2006 eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung im Sinne des § 20 Abs. 1 Z 2 lit. c WVRG rechtzeitig. Da die Aufforderung zur Angebotsabgabe der Antragstellerin zwar am 28.11.2006 zugegangen ist, ihr die Ausschreibungsunterlagen jedoch erst am 29.11.2006 zur Verfügung gestellt wurden, ist der am 1.12.2006 eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung im Sinne des Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, WVRG rechtzeitig.

Der Antrag erweist sich auch im Ergebnis als berechtigt, weil die gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen in mehrfacher Hinsicht gegen Grundsätze des Vergaberechts verstoßen.

Zu den einzelnen behaupteten Rechtsverstößen wird in der Reihenfolge, wie sie im Antrag der Antragstellerin dargestellt wurden, Stellung genommen.

Die Antragstellerin kritisiert zunächst, dass sich die Antragsgegnerin ca. 3 Monate zwischen dem Widerruf des vorangegangenen Vergabeverfahrens und der Bekanntmachung des gegenständlichen Verfahrens Zeit gelassen habe und jetzt ihr Vorgehen mit besonderer Dringlichkeit begründet. Damit bezwecke die Antragsgegnerin nur die

Verhinderung der Ausübung der Rechtsschutzmöglichkeiten.

Dieser Standpunkt kann nicht geteilt werden. Die Möglichkeit der Wahl eines beschleunigten Verfahrens ist im BVergG 2006 grundsätzlich vorgesehen, sofern die Antragsgegnerin dies begründen kann. Wenn daher die Antragsgegnerin ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gewählt hat, ist dies unbedenklich, zumal gerade im Hinblick auf den Beschaffungsgegenstand und das von der Antragstellerin erwähnte, dem gegenständlichen Vergabeverfahren vorangegangene Verfahren die Gründe für die Wahl des beschleunigten Verfahrens ausreichend dargelegt sind. Diese Entscheidung hätte überdies von der Antragstellerin gemäß § 20 Abs. 1 Z 2 lit. a WVRG innerhalb der dafür vorgesehenen Fristen angefochten werden müssen. Da die Entscheidung der Antragsgegnerin über die Wahl des Vergabeverfahrens unbeeinträchtigt geblieben ist, kann sie mit dem gegenständlichen Antrag nicht mehr bekämpft werden. Dieser Standpunkt kann nicht geteilt werden. Die Möglichkeit der Wahl eines beschleunigten Verfahrens ist im BVergG 2006 grundsätzlich vorgesehen, sofern die Antragsgegnerin dies begründen kann. Wenn daher die Antragsgegnerin ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gewählt hat, ist dies unbedenklich, zumal gerade im Hinblick auf den Beschaffungsgegenstand und das von der Antragstellerin erwähnte, dem gegenständlichen Vergabeverfahren vorangegangene Verfahren die Gründe für die Wahl des beschleunigten Verfahrens ausreichend dargelegt sind. Diese Entscheidung hätte überdies von der Antragstellerin gemäß Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, WVRG innerhalb der dafür vorgesehenen Fristen angefochten werden müssen. Da die Entscheidung der Antragsgegnerin über die Wahl des Vergabeverfahrens unbeeinträchtigt geblieben ist, kann sie mit dem gegenständlichen Antrag nicht mehr bekämpft werden.

Zum Vorwurf der mangelnden Objektivität und Transparenz der Subkriterien zum Kriterium „Qualität“ ist auszuführen, dass das BVergG 2006 in § 2 Z 20 definiert, was unter Zuschlagskriterien zu verstehen ist und wie sie beschaffen sein müssen. Da die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung nach dem Bestbieterprinzip (Qualität 60 %, Preis 40 %) erfolgen soll, sind (§ 2 Z 20 lit. d sublit. aa) Zuschlagskriterien bei der Wahl des technischen wirtschaftlich günstigsten Angebotes die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegt, nicht diskriminierend und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien, „nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, wie zB Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist“. Zum Vorwurf der mangelnden Objektivität und Transparenz der Subkriterien zum Kriterium „Qualität“ ist auszuführen, dass das BVergG 2006 in Paragraph 2, Ziffer 20, definiert, was unter Zuschlagskriterien zu verstehen ist und wie sie beschaffen sein müssen. Da die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung nach dem Bestbieterprinzip (Qualität 60 %, Preis 40 %) erfolgen soll, sind (Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, Sub-Litera, a, a,) Zuschlagskriterien bei der Wahl des technischen wirtschaftlich günstigsten Angebotes die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegt, nicht diskriminierend und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien, „nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, wie zB Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist“.

Aufgrund dieser gesetzlichen Definition in Verbindung mit der bereits zahlreichen Judikatur (vgl. EuGH Rs 31/87, Rs C-448/01, Rs C-234/03 u.a., Schwartz, BVergG 2002, Rz 16 zu § 20) ist davon auszugehen, dass es grundsätzlich Sache des Auftraggebers ist, welche Zuschlagskriterien er in einem konkreten Vergabeverfahren festlegt und wie er sie im Zuge der Bestbieterermittlung bewertet. Allerdings hat der Auftraggeber darauf zu achten, dass die jeweils festgelegten Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und geeignet sind, eine inhaltliche Bewertung der angebotenen Leistung vorzunehmen. Daher müssen die Zuschlagskriterien auch so beschaffen sein, dass anhand dieser Kriterien die einzelnen Angebote nachvollziehbar bewertet und entsprechend ihrer Bewertung gereiht werden können. Je nach gewähltem Zuschlagskriterium kann entweder eine rein mathematische Methode herangezogen werden oder eine Bewertung durch eine Kommission erfolgen. Die hierfür gewählte Bewertungsmethode muss geeignet sein, ein nachvollziehbares Ergebnis der Bewertung zu ermöglichen. Insbesondere muss für den Bieter erkennbar sein, unter welchen Umständen der Auftraggeber wofür welche Punktezahl vergeben wird. Aufgrund dieser gesetzlichen Definition in Verbindung mit der bereits zahlreichen Judikatur (vergleiche EuGH Rs 31/87, Rs C-448/01, Rs C-234/03 u.a., Schwartz, BVergG 2002, Rz 16 zu Paragraph 20,) ist davon auszugehen, dass es grundsätzlich Sache des

Auftraggebers ist, welche Zuschlagskriterien er in einem konkreten Vergabeverfahren festlegt und wie er sie im Zuge der Bestbieterermittlung bewertet. Allerdings hat der Auftraggeber darauf zu achten, dass die jeweils festgelegten Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und geeignet sind, eine inhaltliche Bewertung der angebotenen Leistung vorzunehmen. Daher müssen die Zuschlagskriterien auch so beschaffen sein, dass anhand dieser Kriterien die einzelnen Angebote nachvollziehbar bewertet und entsprechend ihrer Bewertung gereiht werden können. Je nach gewähltem Zuschlagskriterium kann entweder eine rein mathematische Methode herangezogen werden oder eine Bewertung durch eine Kommission erfolgen. Die hierfür gewählte Bewertungsmethode muss geeignet sein, ein nachvollziehbares Ergebnis der Bewertung zu ermöglichen. Insbesondere muss für den Bieter erkennbar sein, unter welchen Umständen der Auftraggeber wofür welche Punktezahl vergeben wird.

Im konkreten Vergabeverfahren ist vorgesehen, dass die einzelnen Subkriterien durch eine Kommission aus Fachleuten bewertet werden. Insoweit kann die Ausschreibung als grundsätzlich vergaberechtskonform bezeichnet werden und entspricht § 122 BVergG 2006. Die Bekanntgabe der Mitglieder wird vom Gesetz nicht gefordert. Im konkreten Vergabeverfahren ist vorgesehen, dass die einzelnen Subkriterien durch eine Kommission aus Fachleuten bewertet werden. Insoweit kann die Ausschreibung als grundsätzlich vergaberechtskonform bezeichnet werden und entspricht Paragraph 122, BVergG 2006. Die Bekanntgabe der Mitglieder wird vom Gesetz nicht gefordert.

Zu prüfen ist aber, ob die einzelnen Subkriterien mit dem Leistungsgegenstand in Zusammenhang stehen, ob sie für die Bieter eindeutig verständlich sind, ob sie eine nachvollziehbare Bewertung ermöglichen und ob das vorgesehene Bewertungsmodell geeignet ist, ohne Benachteiligung einzelner Bieter, das beste Angebot über die ausgeschriebene Leistung zu ermitteln. Nicht gefordert ist, dass Zuschlagskriterien so gestaltet sein müssen, dass die bedungene Eigenschaft der zu erbringenden Leistung von allen denkbaren Bietern gleich gut erfüllt werden muss. Diese Unterschiede der angebotenen Leistungen gilt es ja gerade durch Anwendung von Zuschlagskriterien herauszuarbeiten. Der im Antrag der Antragstellerin enthaltene generelle Tenor, die Zuschlagskriterien würden ihr bzw. ihrem Produkt nicht in allen Aspekten entgegen kommen, stellt daher keinen Verstoß gegen das Vergaberecht dar.

Gleiches gilt grundsätzlich bezüglich des immer wieder erkennbaren Wunsches der Antragstellerin, die Zuschlagskriterien sachlich zu ändern. Es obliegt eben dem Auftraggeber durch Festlegung der Zuschlagskriterien jene Eigenschaften eines Produktes zu forcieren, die ihm besonders wesentlich sind.

Was die Wahl der einzelnen Subkriterien betrifft, erscheint die jeweilige Begründung in der Stellungnahme der Antragsgegnerin zunächst grundsätzlich nachvollziehbar; allein aus den Ausschreibungsunterlagen und damit für die Bieter transparent ist dies nicht ablesbar. Auch die im Zuge der mündlichen Verhandlung von der Antragsgegnerin vorgebrachten Erklärungen ändern die Situation nicht.

Die Subkriterien „Display“ und „Befestigungsmöglichkeiten“ sind klassisch als ein Zuschlagskriterium zu qualifizieren, das nur durch die Bewertung einer Jury in die Bestbieterermittlung eingehen kann und darf. In diesem Zusammenhang fehlt es jedoch der Ausschreibung an jeglichem Anhaltspunkt, welche Eigenschaften für die Antragsgegnerin wünschenswert und wichtig sind.

Die Subkriterien „Verwendungsflexibilität im intensivmedizinischen Notfall“, „Akkuladedauer“ und „Spritzenwechsel“ stellen offensichtlich auf einen bestimmten (von vielen) Aspekten der Funktionalität ab und werden je besser bewertet, je schneller (zeitlich messbar) diese Funktionalität bei der Teststellung durchführbar ist. Warum hier eindeutig messbare Kriterien einer kommissionellen Bewertung zugeführt werden, ist unverständlich. Dies vor allem auch deshalb, weil der Bieter in seinem Angebot bereits verbindliche technische Angaben hiezu zu machen hat. Es ist somit unklar, ob es sich um Mindestanforderungen oder um Eigenschaften, die einer Bewertung im Zuge der kommissionellen Prüfung der Erfüllung der Zuschlagskriterien zu unterwerfen sind, handelt (vgl. EuGH Rs T-169/00 u.a.). Am Beispiel des Zuschlagskriteriums „Akkuladedauer“ ist diese Problematik deutlich darstellbar, dass die von der Antragsgegnerin vorgesehene Vorgangsweise nicht geeignet ist, eine objektive und nachvollziehbare Bewertung durchzuführen. Neben der Problematik eindeutig messbare Kriterien durch eine Kommission bewerten zu lassen, zeigt sich hier insbesondere die Möglichkeit die Punkte willkürlich zu vergeben. So hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass das relativ beste Angebot zwar mit der höchsten Punkteanzahl bewertet werden soll, aber nicht unbedingt zehn Punkte erhalten soll. Das würde dann bei jenen Kriterien die „mathematisierbar“ sind, wie Akkuladedauer, Bilanzierungssystem, Variabilität, Verbrauchsmaterial, Spritzenwechsel,

eine willkürliche, nicht näher dargestellte Punktevergabe der Kommissionsmitglieder ermöglichen. So wird in den Ausschreibungsunterlagen etwa nur festgelegt, dass die Jury je Subkriterium zwischen 0 und 10 Punkten vergibt. Offen bleibt, unter welchen Voraussetzungen das konkrete Angebot mit der niedrigsten bzw. höchsten Punkteanzahl bedacht wird. Während man allgemein davon ausgehen könnte (und hinsichtlich des Zuschlagskriteriums „Preis“ dies auch so geregelt ist), dass das Angebot mit der niedrigsten Ladedauer die volle Punkteanzahl (10) erhält, führt die Antragsgegnerin hierzu aus, dass vorgesehen wäre, dem Angebot mit der kürzesten Ladedauer zwar die höchste Punkteanzahl aber nicht zwingend die volle Punkteanzahl (5) zu geben. Wovon das abhängt ist aber weder in der Ausschreibung beschrieben, z.B. durch Festlegung einer Zuordnung von Akkuladezeit und Punkten, noch kann das von jedem Beteiligten eindeutig und ausschließlich nur in einer Art und Weise verstanden werden. Die Subkriterien „Verwendungsflexibilität im intensivmedizinischen Notfall“, „Akkuladedauer“ und „Spritzenwechsel“ stellen offensichtlich auf einen bestimmten (von vielen) Aspekten der Funktionalität ab und werden je besser bewertet, je schneller (zeitlich messbar) diese Funktionalität bei der Teststellung durchführbar ist. Warum hier eindeutig messbare Kriterien einer kommissionellen Bewertung zugeführt werden, ist unverständlich. Dies vor allem auch deshalb, weil der Bieter in seinem Angebot bereits verbindliche technische Angaben hierzu zu machen hat. Es ist somit unklar, ob es sich um Mindestanforderungen oder um Eigenschaften, die einer Bewertung im Zuge der kommissionellen Prüfung der Erfüllung der Zuschlagskriterien zu unterwerfen sind, handelt (vergleiche EuGH Rs T-169/00 u.a.). Am Beispiel des Zuschlagskriteriums „Akkuladedauer“ ist diese Problematik deutlich darstellbar, dass die von der Antragsgegnerin vorgesehene Vorgangsweise nicht geeignet ist, eine objektive und nachvollziehbare Bewertung durchzuführen. Neben der Problematik eindeutig messbare Kriterien durch eine Kommission bewerten zu lassen, zeigt sich hier insbesondere die Möglichkeit die Punkte willkürlich zu vergeben. So hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass das relativ beste Angebot zwar mit der höchsten Punkteanzahl bewertet werden soll, aber nicht unbedingt zehn Punkte erhalten soll. Das würde dann bei jenen Kriterien die „mathematisierbar“ sind, wie Akkuladedauer, Bilanzierungssystem, Variabilität, Verbrauchsmaterial, Spritzenwechsel, eine willkürliche, nicht näher dargestellte Punktevergabe der Kommissionsmitglieder ermöglichen. So wird in den Ausschreibungsunterlagen etwa nur festgelegt, dass die Jury je Subkriterium zwischen 0 und 10 Punkten vergibt. Offen bleibt, unter welchen Voraussetzungen das konkrete Angebot mit der niedrigsten bzw. höchsten Punkteanzahl bedacht wird. Während man allgemein davon ausgehen könnte (und hinsichtlich des Zuschlagskriteriums „Preis“ dies auch so geregelt ist), dass das Angebot mit der niedrigsten Ladedauer die volle Punkteanzahl (10) erhält, führt die Antragsgegnerin hierzu aus, dass vorgesehen wäre, dem Angebot mit der kürzesten Ladedauer zwar die höchste Punkteanzahl aber nicht zwingend die volle Punkteanzahl (5) zu geben. Wovon das abhängt ist aber weder in der Ausschreibung beschrieben, z.B. durch Festlegung einer Zuordnung von Akkuladezeit und Punkten, noch kann das von jedem Beteiligten eindeutig und ausschließlich nur in einer Art und Weise verstanden werden.

Die Subkriterien „Drucküberwachungssystem“ und „Bilanzierungssystem“ erscheinen im Hinblick auf die Feststellung der Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme, wonach nicht überall ein PDMS vorhanden ist, sinnvoll. Allerdings spricht der Text der Ausschreibung eindeutig gegen diese Annahme, da wiederholt die Anschlussmöglichkeit und die Kompatibilität über entsprechende Schnittstellen mit dem PDMS gefordert wird. Auch wenn noch weitere Funktionalitäten in diesem Zusammenhang bewertbar wären, insbesondere solche bei denen sich die Antragstellerin verspricht, dass sie besser als die Konkurrenz abschneiden würde, kann die Festlegung dieser Zuschlagskriterien nicht als grundsätzlich vergaberechtswidrig qualifiziert werden. Der Antragsgegnerin kommt es eben ganz besonders darauf an. Warum sie es aber dann verabsäumt hat die Mindestanforderungen in Einklang dazu zu bringen, ist unklar und belastet die Verständlichkeit der Ausschreibung. Hinsichtlich der Problematik der Bewertung messbarer technischer Eigenschaften durch die Kommission, sowie der fehlenden Festlegung der Punktevergabe bei der Bewertung, wird auf die diesbezüglichen Ausführungen weiter oben verwiesen.

Die Subkriterien „Bedienbarkeit der Funktionstasten“, „Bedienungsführung“, „Ergonomie“ und „Farbcodierung“ sind wiederum klassische Kriterien, die durch eine Jury von entsprechenden Fachleuten zu bewerten sind. Hierzu gelten die Ausführungen zu „Display“ u.a. sinngemäß. Für das Subkriterium „Ergonomie“ gilt weiters das bereits dargestellte Problem der Messbarkeit, aber auch der Verständlichkeit der Ausschreibung. Da davon ausgegangen werden kann, dass der Antragsgegnerin die verschiedenen Produkte der in Frage kommenden Hersteller wohl bekannt sind, erhebt sich weiter die Frage nach dem Zweck der Bewertung von Gewicht und Abmessung.

Das Subkriterium „Lieferzeit“ ist hingegen ein durch eine Zahlenangabe des Bieters definiertes Kriterium. Hier wird die

Jurybewertung jedenfalls in den Hintergrund zu treten haben. Der von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang behauptete Widerspruch zur Dringlichkeit kann nicht erkannt werden. Offensichtlich geht es um die laufende Lieferung der Infusionstürme während der dreijährigen Vertragslaufzeit, nachdem jedenfalls binnen 6 Wochen ab Zuschlag die ersten 50 Stk. zur Abdeckung des dringenden Bedarfes geliefert wurden. Allerdings wäre die diesbezügliche Bieterangabe im Zuge der Angebotsöffnung zu verlesen, da sie eindeutig durch Zahlen angebbar ist. Bezüglich der Bewertung mit Punkten gilt wieder die Problematik, dass nicht ersichtlich ist, wann die Antragsgegnerin hier 10 Punkte vergibt. Nach Aussage der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung wäre das nur für den Fall vorgesehen, dass der Bieter die maximale Abrufmenge (10 Stk.) „sofort“ liefern kann. Diesbezüglich findet sich jedoch keine Festlegung in der Ausschreibung. Weiters ist bei diesem „zweidimensionalen Kriterium“ unklar ob die Anzahl (A-10 Stk.) oder die Kürze der Lieferzeit ausschlaggebend für eine gute Bepunktung sind. Beispielsweise wäre unklar ob die Lieferung von 10 Stk. in 10 Tagen besser bewertet wird als von 5 Stk. in 5 Tagen oder 1 Stk. täglich.

Zur behaupteten Intransparenz der Zusammensetzung und Entscheidungsfindung der Bewertungskommission ist festzustellen, dass im Fall von nicht ausschließlich durch Zahlenangaben feststellbaren Zuschlagskriterien diese kommissionell zu bewerten sind. Ständige Judikatur hiezu ist es, dass die Mitglieder der Jury eine dem Leistungsgegenstand entsprechende fachliche Qualifikation aufweisen müssen. Der Modus der Entscheidungsfindung wie er in der Ausschreibung festgelegt wird, ist nicht unüblich und vergaberechtlich unbedenklich. Die Offenlegung der Jurymitglieder spricht für die Antragsgegnerin, da sie dadurch die Transparenz, ohne dazu vergaberechtlich gezwungen zu sein, möglicherweise erhöht. Gegen die so angeführten Personen hat die Antragstellerin keine konkreten Vorbehalte eingebracht. Der generelle Vorbehalt aufgrund der Vermutung, die Jury wäre auch schon bei der ersten, misslungenen Bestbieterermittlung tätig gewesen, geht wohl ins Leere, da andernfalls Fachleute eines bestimmten Sachgebietes im Laufe der Zeit „Mangelware“ werden würden, wenn sie jeweils nur ein Mal zum Zug kommen dürften.

Hinsichtlich der Problematik der im Zuge der Teststellung verwendeten Verbrauchsmaterialien hat die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme erklärt, dass die jeweils passenden Verbrauchsmaterialien zur Anwendung gelangen. Darüber hinaus besteht eine weitere Anforderung lt. Leistungsverzeichnis in der Möglichkeit auch Spritzen anderer Hersteller verwenden zu können.

Zusammenfassend ist zum beeinspruchten Themenkomplex „Zuschlagskriterien“ daher festzustellen, dass die Antragsgegnerin bis auf vier Kriterien solche gewählt hat, die zumindest teilweise kommissionell bewertet werden müssen, da sie nicht durch Zahlenangaben allein ausgedrückt werden können. Hierzu wird eine Teststellung durchgeführt und eine fachlich ausgewogen besetzte Jury vorgesehen. Ob im Zuge dieser Angebotsbewertung Fehler gemacht werden oder einzelne Bieter ungerecht behandelt werden, kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht gesagt werden. Diesbezüglich unterliegt dieser Vorgang mit einer Zuschlagsentscheidung als Ergebnis, einer gesonderten Anfechtungsmöglichkeit zum dafür relevanten Zeitpunkt. Dass die gewählte Vorgangsweise grundsätzlich anfälliger ist, im Nachhinein als nicht nachvollziehbar und diskriminierungsfrei qualifiziert zu werden, ist eine Tatsache die den Auftraggeber belastet, jedoch im derzeitigen Stadium des Vergabeverfahren keinen vergaberechtlichen Verstoß darstellt. Hiezu sei auf die Ausführungen im Bescheid zu den GZ VKS-2064/06 und VKS-2065/06 vom 9.8.2006 verwiesen, der beiden Teile zugekommen ist. Nicht die gewählte Vorgangsweise, die gegenständliche Vergabe anhand von teilweise durch eine Kommission zu bewertenden Eigenschaften der Leistung zu entscheiden ist zu kritisieren, sondern die insgesamt für den Bieter nicht erkennbare, dem Auftraggeber einen willkürlichen Entscheidungsspielraum einräumende, klare Abgrenzung zwischen Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien sowie die intransparente Bewertungsmethode der einzelnen Subkriterien. Dazu kommt noch die Bewertung messbarer Kriterien durch die Jury, was der Antragsgegnerin einen willkürlichen Spielraum bei der Bestbieterermittlung einräumt. Damit erweisen sich die vorliegenden Ausschreibungsunterlagen als vergaberechtswidrig (§ 19 Abs 1 BVergG 2006). Zusammenfassend ist zum beeinspruchten Themenkomplex „Zuschlagskriterien“ daher festzustellen, dass die Antragsgegnerin bis auf vier Kriterien solche gewählt hat, die zumindest teilweise kommissionell bewertet werden müssen, da sie nicht durch Zahlenangaben allein ausgedrückt werden können. Hierzu wird eine Teststellung durchgeführt und eine fachlich ausgewogen besetzte Jury vorgesehen. Ob im Zuge dieser Angebotsbewertung Fehler gemacht werden oder einzelne Bieter ungerecht behandelt werden, kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht gesagt werden. Diesbezüglich unterliegt dieser Vorgang mit einer Zuschlagsentscheidung als Ergebnis, einer gesonderten Anfechtungsmöglichkeit zum dafür relevanten Zeitpunkt. Dass die gewählte Vorgangsweise grundsätzlich anfälliger ist, im Nachhinein als nicht

nachvollziehbar und diskriminierungsfrei qualifiziert zu werden, ist eine Tatsache die den Auftraggeber belastet, jedoch im derzeitigen Stadium des Vergabeverfahren keinen vergaberechtlichen Verstoß darstellt. Hiezu sei auf die Ausführungen im Bescheid zu den GZ VKS-2064/06 und VKS-2065/06 vom 9.8.2006 verwiesen, der beiden Teile zugekommen ist. Nicht die gewählte Vorgangsweise, die gegenständliche Vergabe anhand von teilweise durch eine Kommission zu bewertenden Eigenschaften der Leistung zu entscheiden ist zu kritisieren, sondern die insgesamt für den Bieter nicht erkennbare, dem Auftraggeber einen willkürlichen Entscheidungsspielraum einräumende, klare Abgrenzung zwischen Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien sowie die intransparente Bewertungsmethode der einzelnen Subkriterien. Dazu kommt noch die Bewertung messbarer Kriterien durch die Jury, was der Antragsgegnerin einen willkürlichen Spielraum bei der Bestbieterermittlung einräumt. Damit erweisen sich die vorliegenden Ausschreibungsunterlagen als vergaberechtswidrig (Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006).

Keine neutrale Leistungsbeschreibung:

Einer eindeutigen, vollständigen und neutralen Leistungsbeschreibung kommt in einem Vergabeverfahren hoher Stellenwert zu (§§ 95ff BVergG 2006). Diese dient insbesondere dazu, dass alle Bieter klar erkennen können, welche Leistung vom Auftraggeber gewünscht wird, und welche Merkmale dieser Leistung gegeben sein müssen. Mit der Leistungsbeschreibung ist auch sicherzustellen, dass vergleichbare Angebote gelegt werden. Die Leistung darf auch nicht so umschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen. Schließlich ist sie so abzufassen, dass sie unverändert zum Vertrag erhoben werden kann. Einer eindeutigen, vollständigen und neutralen Leistungsbeschreibung kommt in einem Vergabeverfahren hoher Stellenwert zu (Paragraphen 95 f, f, BVergG 2006). Diese dient insbesondere dazu, dass alle Bieter klar erkennen können, welche Leistung vom Auftraggeber gewünscht wird, und welche Merkmale dieser Leistung gegeben sein müssen. Mit der Leistungsbeschreibung ist auch sicherzustellen, dass vergleichbare Angebote gelegt werden. Die Leistung darf auch nicht so umschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen. Schließlich ist sie so abzufassen, dass sie unverändert zum Vertrag erhoben werden kann.

Die Antragstellerin behauptet, dass die Leistungsbeschreibung auf die Produkte des Konkurrenzunternehmens „Alaris“ zugeschnitten, also nicht neutral, ist. Diesbezüglich seien einerseits die Anforderungen so ausgestaltet worden, dass die durchwegs älteren Produkte dieses Herstellers diese auch erfüllen können und andererseits dies Produkte sogar begünstigt werden, da, obwohl sachlich nicht erforderlich, Anforderungen gewählt wurden, die nur von diesem Unternehmer erfüllt werden.

Zu den einzelnen Punkten:

Die Festlegung einer wasserdichten Ausführung für Signal- und Bedienfeld liegt eindeutig in der Dispositionsfreiheit des Auftraggebers und kann für sich kein Mangel einer Leistungsbeschreibung sein. Sollte sich herausstellen, dass diese Anforderung nur von einem Anbieter erfüllt werden kann, wird das Angebotsergebnis auf seine Wirtschaftlichkeit zu hinterfragen und gegebenenfalls das Vergabeverfahren zu widerrufen sein.

Die Bolus-Funktion stellt eine eindeutige Anforderung an die zu erbringende Leistung dar. Die Ausführungen zum vorangehenden Punkt gelten sinngemäß. Es kann nicht Sache des Bieters sein, dem Auftraggeber die medizinisch richtige Vorgangsweise bei der Behandlung von Patienten vorzuschreiben.

Ob sich die Festlegung in der Ausschreibung auf den neuesten Stand der Technik beziehen oder nicht, ist vordergründig kein Thema des Vergabeverfahrens, sondern der fachlichen Verantwortung des Auftraggebers in medizinischer Hinsicht. Ein vergaberechtlich relevanter Mangel wäre hier nur dann gegeben, wenn die ausgeschriebene Ausführung gegen geltende Gesetze oder Genehmigungen verstoßen sollte. Untragbar ist in diesem Zusammenhang aber die Festlegung der Antragsgegnerin, dass der Bieter jedenfalls sicherzustellen hat, dass die angebotene Leistung am Stand der Technik ist. Dies hat der Bieter gemäß Pkt. 7 der Ausschreibungsunterlage ausdrücklich zu erklären und im Pkt. 6.2 des Rahmenvertrages ausdrücklich zu garantieren.

Zum Datenprotokoll in XML ist festzuhalten, dass es auch hier dem Auftraggeber frei bleibt, die Anforderungen nach seinen Bedürfnissen festzulegen. Selbstverständlich kann der Bieter nachweisen, dass sein verwendetes Datenprotokoll gleichwertig und mit dem System der Antragsgegnerin kompatibel ist. Der Antragsgegnerin kann nicht zugemutet werden, dass sie ihre bestehenden Einrichtungen und Abläufe an spezielle technische Merkmale des Produktes, das der Bieter anbieten möchte, anpasst.

Bezüglich der Mindestanforderung „integriertes Netzteil“ liegt offensichtlich eine vergaberechtswidrige Spezifikation vor. Warum das Netzteil integriert sein muss, ist weder verständlich noch wird es von der Antragsgegnerin nachvollziehbar begründet.

Die Entscheidung der Antragsgegnerin, 150 Stk. gleiche Infusionstürme mit je 8 Spritzenpumpen und 2 Infusionspumpen auszuschreiben, kann nicht als vergaberechtswidrig erkannt werden. Der Umstand, dass ein Konkurrent höchstens 8 Spritzen- und 3 Infusionspumpen je Infusionsturm anbieten kann, während andere Unternehmen auch eine größere Zahl an Pumpen bieten könnten, ist der Antragsgegnerin nicht vorzuwerfen. Gleiches gilt auch für die Anforderung hinsichtlich der Zahl der speicherbaren Medikamentenprotokolle. Jedenfalls kann in dieser Festlegung keine Einschränkung des potentiellen Bieterkreises erblickt werden, auch dann nicht, wenn diese Produkte die Anforderungen um ein mehrfaches erfüllen.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht geeignet ist, ein faires und transparentes Vergabeverfahren zu gewährleisten. Dies liegt einerseits an der unklaren Trennung zwischen Mindestanforderungen und Eigenschaften die im Zuge der Bestbieterermittlung bewertet werden sollen, sowie in dem dafür vorgesehenen Bewertungssystem und andererseits an den inhaltlichen Vorgaben für die Leistung in der Leistungsbeschreibung. Die Antragsgegnerin hat offensichtlich versucht sich für die Ermittlung des besten Angebotes einen größtmöglichen Spielraum zu lassen. Dies widerspricht aber den Grundsätzen des Vergaberechts, wonach dem Bieter eindeutig und nachvollziehbar darzustellen ist, auf was es dem Auftraggeber bei der nachgefragten Leistung ankommt und wie er die Angebote bewerten wird. Außerdem hat der Auftraggeber die Leistung neutral zu beschreiben, sodass sich ein möglichst großer Kreis von Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligen kann.

Da sich die Ausschreibungsunterlagen im wesentlichen in ihren Bestimmungen zur Bewertung der Kriterien aber auch in den inhaltlichen Vorgaben für die Leistung in der Leistungsbeschreibung als vergaberechtswidrig erwiesen haben, diese Bestimmungen zentrale Punkte der Ausschreibungsunterlagen betreffen, hatte der Vergabekontrollsenat von der Anwendung der Bestimmung des § 26 Abs. 2 WVRG Abstand zu nehmen und dem Antrag auf Nichtigerklärung in seiner Gesamtheit stattzugeben. Da sich die Ausschreibungsunterlagen im wesentlichen in ihren Bestimmungen zur Bewertung der Kriterien aber auch in den inhaltlichen Vorgaben für die Leistung in der Leistungsbeschreibung als vergaberechtswidrig erwiesen haben, diese Bestimmungen zentrale Punkte der Ausschreibungsunterlagen betreffen, hatte der Vergabekontrollsenat von der Anwendung der Bestimmung des Paragraph 26, Absatz 2, WVRG Abstand zu nehmen und dem Antrag auf Nichtigerklärung in seiner Gesamtheit stattzugeben.

In ihrer Stellungnahme vom 11.12.2006, Pkt.3.3, macht die Antragsgegnerin geltend, die Antragstellerin habe unter Berücksichtigung ihres Angebotes im ersten Vergabeverfahren unrichtige Angaben gemacht („Entweder hat uns die Nachprüfungswerberin bei ihrer Angebotslegung im Frühjahr 2006 oder in ihrem aktuellen Nachprüfungsverfahren belogen“), weshalb ihre Angebote auszuschneiden wären. Dieser Standpunkt wird vom Senat nicht geteilt. Die von der Antragsgegnerin behaupteten Umstände könnten erst dann einen Ausscheidungsgrund nach § 129 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 abgeben, wenn sich die Antragstellerin einer Falscherklärung im Nachweisverfahren (§ 68 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006) schuldig gemacht hat. Dabei ist nicht jede falsche Auskunft geeignet den Ausschluss des Bieters nach sich zu ziehen. Bei der Beurteilung ist vielmehr auf das Schwergewicht des Auftrages Bedacht zu nehmen (vgl. BVA 11.6.2002, N-128/01-102). Ein derartiges Nachweisverfahren im Sinne des § 68 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 wurde weder im vorangegangenen Verfahren noch im gegenständlichen Verfahren durchgeführt. In ihrer Stellungnahme vom 11.12.2006, Pkt.3.3, macht die Antragsgegnerin geltend, die Antragstellerin habe unter Berücksichtigung ihres Angebotes im ersten Vergabeverfahren unrichtige Angaben gemacht („Entweder hat uns die Nachprüfungswerberin bei ihrer Angebotslegung im Frühjahr 2006 oder in ihrem aktuellen Nachprüfungsverfahren belogen“), weshalb ihre Angebote auszuschneiden wären. Dieser Standpunkt wird vom Senat nicht geteilt. Die von der Antragsgegnerin behaupteten Umstände könnten erst dann einen Ausscheidungsgrund nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 abgeben, wenn sich die Antragstellerin einer Falscherklärung im Nachweisverfahren (Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006) schuldig gemacht hat. Dabei ist nicht jede falsche Auskunft geeignet den Ausschluss des Bieters nach sich zu ziehen. Bei der Beurteilung ist vielmehr auf das Schwergewicht des Auftrages Bedacht zu nehmen vergleiche BVA 11.6.2002, N-128/01-102). Ein derartiges Nachweisverfahren im Sinne des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 wurde weder im vorangegangenen Verfahren noch im gegenständlichen Verfahren durchgeführt.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war gemäß § 23 Abs. 5 WVRG die einstweilige

Verfügung mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war gemäß Paragraph 23, Absatz 5, WVRG die einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Kostenentscheidung begründet sich auf § 74 Abs. 2 AVG in Verbindung mit § 30 Abs. 5 WVRG. Die Kostenentscheidung begründet sich auf Paragraph 74, Absatz 2, AVG in Verbindung mit Paragraph 30, Absatz 5, WVRG.

Schlagworte

Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe; Übermittlung der Ausschreibungsbedingungen löst Fristenlauf zur Anfechtung aus; Zuschlagskriterien; Leistungsbeschreibung.

Dokumentnummer

VERGT_20070117_3467_06_00

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