

# TE Bvwg Erkenntnis 2024/1/10 W606 2281146-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.01.2024

## Entscheidungsdatum

10.01.2024

## Norm

BVergG 2018 §125

BVergG 2018 §134

BVergG 2018 §135

BVergG 2018 §140

BVergG 2018 §2 Z15

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §333

BVergG 2018 §342

BVergG 2018 §347 Abs1 Z2

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2018 § 125 heute

2. BVergG 2018 § 125 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 134 heute

2. BVergG 2018 § 134 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 135 heute

2. BVergG 2018 § 135 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 140 heute

2. BVergG 2018 § 140 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 2 heute

2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 2 gültig von 01.03.2026 bis 30.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

4. BVergG 2018 § 2 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 327 heute

2. BVergG 2018 § 327 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 328 heute

2. BVergG 2018 § 328 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 328 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 333 heute

2. BVergG 2018 § 333 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 342 heute

2. BVergG 2018 § 342 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 347 heute

2. BVergG 2018 § 347 gültig ab 21.08.2018

1. B-VG Art. 133 heute

2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013

6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003

8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974

9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946

10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945

11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 24 heute

2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017

4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

## Spruch

,

W606 2281146-1/31E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Thomas ZINIEL, LL.M., BSc als Vorsitzenden, Mag.a Susanne WIXFORTH als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Manfred MÜLLNER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der XXXX vertreten durch die DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH, Währinger Straße 2-4, 1090 Wien, betreffend die Ausscheidensentscheidung vom 03.11.2023 betreffend Los 2 „Sicherheitsvenenverweilkanüle mit Zuspritzventil und Fixierflügel“ im Vergabeverfahren „Nadelstichsichere Systeme“ der Auftraggeberinnen 1. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA) und 2. Österreichische Gesundheitskasse (ÖGK), beide vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte GmbH, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 15.12.2023 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Thomas ZINIEL, LL.M., BSc als Vorsitzenden, Mag.a Susanne WIXFORTH als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Manfred MÜLLNER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der römisch 40 vertreten durch die DSC Doralt

Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH, Währinger Straße 2-4, 1090 Wien, betreffend die Ausscheidensentscheidung vom 03.11.2023 betreffend Los 2 „Sicherheitsvenenverweilkanüle mit Zuspritzventil und Fixierflügel“ im Vergabeverfahren „Nadelstichsichere Systeme“ der Auftraggeberinnen 1. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA) und 2. Österreichische Gesundheitskasse (ÖGK), beide vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte GmbH, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 15.12.2023 zu Recht erkannt:

A)

Dem Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge die „angefochtene Ausscheidensentscheidung im Vergabeverfahren ‚Nadelstichsichere Systeme‘ (Projektnummer: 2023-47) vom 03.11.2023 betreffend das Los 2 nichtig erklären“, wird stattgegeben.

Das Bundesverwaltungsgericht erklärt die Ausscheidensentscheidung vom 03.11.2023 betreffend das Angebot der Antragstellerin für Los 2 „Sicherheitsvenenverweilkanüle mit Zuspritzventil und Fixierflügel“ im Vergabeverfahren „Nadelstichsichere Systeme“ der Auftraggeberinnen 1. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA) und 2. Österreichische Gesundheitskasse (ÖGK) gemäß § 347 Abs. 1 BVergG 2018 für nichtig. Das Bundesverwaltungsgericht erklärt die Ausscheidensentscheidung vom 03.11.2023 betreffend das Angebot der Antragstellerin für Los 2 „Sicherheitsvenenverweilkanüle mit Zuspritzventil und Fixierflügel“ im Vergabeverfahren „Nadelstichsichere Systeme“ der Auftraggeberinnen 1. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA) und 2. Österreichische Gesundheitskasse (ÖGK) gemäß Paragraph 347, Absatz eins, BVergG 2018 für nichtig.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

„

## **Text**

Entscheidungsgründe:, Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. Die Antragstellerin legte im Vergabeverfahren „Nadelstichsichere Systeme“ für mehrere Lose, darunter Los 2 „Sicherheitsvenenverweilkanüle mit Zuspritzventil und Fixierflügel“ und Los XXXX ein Angebot. Mit Entscheidung vom 03.11.2023 schieden die Auftraggeberinnen das Angebot für Los 2 und Los XXXX mangels Erfüllung von Anforderungen der Leistungsbeschreibung aus. 1. Die Antragstellerin legte im Vergabeverfahren „Nadelstichsichere Systeme“ für mehrere Lose, darunter Los 2 „Sicherheitsvenenverweilkanüle mit Zuspritzventil und Fixierflügel“ und Los römisch 40 ein Angebot. Mit Entscheidung vom 03.11.2023 schieden die Auftraggeberinnen das Angebot für Los 2 und Los römisch 40 mangels Erfüllung von Anforderungen der Leistungsbeschreibung aus.

2. Gegen die Ausscheidensentscheidung betreffend Los 2 brachte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gemäß § 342 BVergG 2018 ein, in dem sie im Wesentlichen vorbringt, dass die Auftraggeberinnen die Anforderung gemäß Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung zu Unrecht als Nicht-Erfüllt beurteilt hätten. 2. Gegen die Ausscheidensentscheidung betreffend Los 2 brachte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 342, BVergG 2018 ein, in dem sie im Wesentlichen vorbringt, dass die Auftraggeberinnen die Anforderung gemäß Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung zu Unrecht als Nicht-Erfüllt beurteilt hätten.

2.1. Diese Beurteilung beruhe auf einem fehlerhaften Verständnis der Ausschreibungsunterlagen. Nach dem Wortlaut von Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung sei diese dann erfüllt, wenn es durch die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus zu keiner weiteren Kontamination des umliegenden Hautareals sowie der unmittelbaren Umgebung komme. Die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus dürfe somit nicht kausal für etwaige weitere Kontaminationen sein. Das angebotene Produkt erfülle diese Anforderung durch seine Bau- und Anwendungsweise, weil es über einen passiven Sicherheitsmechanismus verfüge, der automatisch aktiviert werde, sobald die Nadel aus

dem Katheteransatz herausgezogen werde. Offenbar würden die Auftraggeberinnen Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung zu Unrecht die Anforderung entnehmen, dass es während des gesamten Einsatzes einer Sicherheitsvenenverweilkanüle zu keiner Kontamination kommen dürfe.

2.2. Folglich entspreche das Protokoll der Probestellung am XXXX nicht den Tatsachen. Dies sei von den Teilnehmerinnen der Antragstellerin bei der Probestellung vorgebracht und entsprechende Einwände seien formuliert worden. Auf diese Einwände sei von den auf Seiten der Auftraggeberinnen teilnehmenden Personen nicht bzw. nicht unter Zugrundelegung der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen eingegangen worden. Entgegen den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen seien die Einwände auch nicht protokolliert worden. Eine Ausfertigung des Protokolls sei der Antragstellerin ausgehändigt worden, die gegen das Protokoll Einspruch erhoben habe. 2.2. Folglich entspreche das Protokoll der Probestellung am römisch 40 nicht den Tatsachen. Dies sei von den Teilnehmerinnen der Antragstellerin bei der Probestellung vorgebracht und entsprechende Einwände seien formuliert worden. Auf diese Einwände sei von den auf Seiten der Auftraggeberinnen teilnehmenden Personen nicht bzw. nicht unter Zugrundelegung der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen eingegangen worden. Entgegen den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen seien die Einwände auch nicht protokolliert worden. Eine Ausfertigung des Protokolls sei der Antragstellerin ausgehändigt worden, die gegen das Protokoll Einspruch erhoben habe.

Die Antragstellerin habe die Auftraggeberinnen mit Schreiben vom XXXX wiederholt auf ihre unrichtige Interpretation der eigenen Ausschreibungsfestlegungen hingewiesen. Die Antragstellerin habe die Auftraggeberinnen mit Schreiben vom römisch 40 wiederholt auf ihre unrichtige Interpretation der eigenen Ausschreibungsfestlegungen hingewiesen.

2.3. Die Angebotsprüfung samt Probestellung wäre unter Heranziehung von Sachverständigen durchzuführen gewesen. Die Auftraggeberinnen hätten gegen ihre eigenen bestandsfesten Festlegungen verstoßen. Gemäß Pkt. 7 der Besonderen Bedingungen sei die Probestellung durch eine mindestens dreiköpfige Expertenkommission durchzuführen gewesen.

Eine der drei Personen, die auf Seiten der Auftraggeberinnen an der Probestellung teilgenommen habe, sei als Juristin bzw. Vergaberechtsexpertin tätig, weise aber keine spezifischen (medizinischen) Kenntnisse über Aufbau und Funktionsweise von Sicherheitsvenenverweilkanülen auf. Diese Person könne daher nicht als Expertin für die Überprüfung von Sicherheitsvenenverweilkanülen im Rahmen der Probestellung qualifiziert werden.

3. Die Auftraggeberinnen erstatteten eine Äußerung, in der sie die Antragslegitimation der Antragstellerin bestritten. Ihr drohe kein Schaden, weil ihr Angebot für Los 2 jedenfalls nicht das am besten zu bewertende sei.

3.1. Die Antragstellerin sei offenbar der Ansicht, dass eine Kontamination aus anderen Gründen als durch die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus erlaubt sei. Sie bestreite auch nicht, dass eine Kontamination erfolgt sei. Im Zuge des Herausziehens der Nadel aus dem bereits in der Vene verankerten Sicherheitsvenenverweilkanül sei Blut ausgetreten und das umliegende Hautareal kontaminiert worden. Der Vorgang vom Beginn des Herausziehens der Nadel bis zum endgültigen Abschluss durch den Sicherheitsmechanismus sei ein einheitlicher, nicht trennbarer Vorgang.

3.2. Selbst wenn die Kontamination nicht durch die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus erfolgt sein sollte, wäre für die Antragstellerin nichts gewonnen. Aus der Formulierung von Pkt. 2.15 dürfe nicht der Schluss gezogen werden, dass eine Kontamination aus anderen Gründen zulässig sei.

Um die Sicherheitsvenenverweilkanüle im Patientenarm zu fixieren, sei eine Punktion notwendig, bei der unweigerlich eine, wenn auch äußerst isolierte, (Erst-)Kontamination mit Blut auftrete. Sinn des Verbots jeder weiteren Kontamination sei es, eine (über diese Punktion) hinausgehende Kontamination durch möglicherweise infektiöses Blut zu vermeiden. Die Sicherheitsvenenverweilkanülen sollen auch für akut eingelieferte Unfallpatienten verwendet werden. Dieser Umstand sei der Antragstellerin bewusst, die neben dem angebotenen Produkt auch eine Sicherheitsvenenverweilkanüle mit Blutstoppventil, das verlässlich eine Kontamination durch Blut verhindere, anbiete und entsprechend bewerbe.

3.3. In den Ausschreibungsunterlagen seien keine weiteren Festlegungen zur Kommission, insbesondere fachliche Anforderungen an die Mitglieder, enthalten. Eine Fachkenntnis aller Mitglieder sei auch nicht erforderlich. Gegenstand der Überprüfung sei gewesen, ob eine Kontamination des umliegenden Hautareals oder der Umgebung stattfinde,

wozu es keiner besonderen Fachkenntnis bedürfe. Selbst wenn dies aber notwendig sei, seien zwei Personen mit medizinischer Fachkenntnis bei der Probestellung anwesend gewesen. Es genüge, wenn die Kommission in ihrer Gesamtheit über das nötige Fachwissen verfüge.

3.4. Unzutreffend sei, dass bei der Probestellung Einwendungen der Antragstellerin erhoben worden seien. Das Protokoll sei am Ende gemeinsam durchgegangen und unterfertigt worden. Der Anästhesist sei nur bei der Erprobung der Muss-Anforderungen der Leistungsbeschreibung anwesend gewesen und habe die Probestellung nach Abschluss der Prüfung wieder verlassen, weshalb er nicht im Protokoll aufscheine.

4. Die Antragstellerin erstattete eine Replik, in der sie zunächst ihre Antragslegitimation zur Anfechtung der Ausscheidensentscheidung bekräftigte.

Ein Verständnis von Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung, demnach es beim gesamten Anwendungsvorgang zu keiner Kontamination kommen dürfe, sei vom Wortlaut nicht gedeckt. Auch die Auftraggeberinnen gingen davon aus, dass es jedenfalls im Rahmen der Punktion zu einer (Erst-)Kontamination mit Blut komme. Hätten die Anforderungen anders gelaute, nämlich dahingehend, dass eine Kontamination nahezu ausschließende Konstruktion gefordert sei, hätte die Antragstellerin ein anderes Produkt anbieten können.

Offenbar hätten sich die Auftraggeberinnen gar nicht damit auseinandergesetzt, in welchem Anwendungsschritt die Kontamination aufgetreten sei, was die ausschreibungswidrige Feststellung der Nicht-Erfüllung von Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung erkläre.

5. Auf Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts legten die Auftraggeberinnen die Qualifikationen und beruflichen Stationen der Mitglieder der Expertenkommission vor.

6. Am 15.12.2023 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentlich mündliche Verhandlung statt, an der die Antragstellerin sowie die Auftraggeberinnen teilnahmen. Im Verlauf der mündlichen Verhandlung wurden mehrere Zeuginnen bzw. Zeugen, die alle an der Probestellung am XXXX teilgenommen haben, einvernommen. 6. Am 15.12.2023 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentlich mündliche Verhandlung statt, an der die Antragstellerin sowie die Auftraggeberinnen teilnahmen. Im Verlauf der mündlichen Verhandlung wurden mehrere Zeuginnen bzw. Zeugen, die alle an der Probestellung am römisch 40 teilgenommen haben, einvernommen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Allgemeines zum Vergabeverfahren:

1.1.1. Die Auftraggeberinnen 1. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA) und 2. Österreichische Gesundheitskasse (ÖGK), vertreten durch die vergebende Stelle Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), führen unter der Bezeichnung „Nadelstichsichere Systeme“ (Projektnummer: 2023-47) ein offenes Verfahren durch.

Es handelt sich um einen Lieferauftrag, der in acht Lose untergliedert ist. Los 2 dient der Beschaffung von „Sicherheitsvenenverweilkanülen mit Zuspritzventil und Fixierflügel“. Der CPV-Code lautet „33141320 Nadeln für medizinische Zwecke“.

1.1.2. Das Vergabeverfahren wurde mit Bekanntmachung vom 04.08.2023 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Zahl 2023/S 149-475621 veröffentlicht.

1.1.3. Der geschätzte Auftragswert aller Lose übersteigt den Wert von EUR 215.000,-.

Der geschätzte Auftragswert von Los 2 unterschreitet den Wert von EUR 215.000,-.

1.1.4. Die Angebotsfrist endete am 31.08.2023, 11:00 Uhr.

Die Antragstellerin legte am letzten Tag der Frist ein Angebot für die Lose XXXX Die Antragstellerin legte am letzten Tag der Frist ein Angebot für die Lose römisch 40 .

1.1.5. Der Antragstellerin wurde am 03.11.2023 elektronisch mitgeteilt, dass ihr Angebot für Los 2 und Los XXXX ausgeschieden wird. 1.1.5. Der Antragstellerin wurde am 03.11.2023 elektronisch mitgeteilt, dass ihr Angebot für Los 2 und Los römisch 40 ausgeschieden wird.

1.1.6. Im Vergabeverfahren ist betreffend Los 2 noch keine Widerrufs- oder Zuschlagsentscheidung erlassen und der Widerruf oder der Zuschlag noch nicht erteilt worden.

1.2. Zu den Ausschreibungsunterlagen:

1.2.1. Pkt. 7 der „Besonderen Bedingungen“, Stand 21.08.2023, lautet auszugsweise (Formatierung abweichend):

„7. Probestellung

Die Auftraggeberinnen behalten sich vor, vor Zuschlagserteilung, die Produkte aller Bieter, welche ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt haben, anhand der in dieser Ausschreibung geforderten Eigenschaften von einer Expertenkommission überprüfen und bezüglich Bedienbarkeit testen zu lassen. Die Expertenkommission wird aus mindestens 3 Personen bestehen.

Der Bieter hat von jedem angebotenen Artikel, jeweils 6 idente Musterstücke an die ausschreibende Stelle zu übermitteln.

Hinsichtlich der Artikel der Sicherheitsvenenverweilkanülen (Los 2) in den Größen 18 Gauge (32 - 33 mm), 18 Gauge (45 mm), 20 Gauge (32-33 mm) und 22 Gauge (25 mm) sind jeweils 6 Musterstücke aus vier unterschiedlichen Chargen einzureichen.

Betreffend die Artikel der Sicherheitsvenenverweilkanülen in den Größen 14 Gauge, 16 Gauge, 17 Gauge und ist die Lieferung von jeweils 6 Musterstücken aus einer Charge ausreichend. Das Musterteil ist mit der Positionsnummer und Größe gemäß Leistungsbeschreibung zu kennzeichnen.

Die eingereichten Musterstücke müssen in jeder Hinsicht, beispielsweise hinsichtlich der Größe und den definierten Mindest-Qualitätsanforderungen, der Leistungsbeschreibung entsprechen. Widrigenfalls muss das Angebot ohne weitere Prüfung ausgeschieden werden.

Bitte übermitteln Sie Ihre Muster spätestens bis zum Ablauf der Angebotsfrist an die unten angeführte Adresse: [...]

Werden die geforderten Muster nicht mit dem Angebot eingereicht, so wird der Bieter einmalig aufgefordert die fehlenden Muster innerhalb von 7 Kalendertagen, nachzureichen. Widrigenfalls muss das Angebot ausgeschieden werden.

Es steht jedem Bieter frei, an der Probestellung der eigenen, angebotenen Produkte teilzunehmen. Die genauen Termine für die Probestellung werden während der Angebotsprüfung gesondert vereinbart. Allfällige Einwendungen und Bemängelungen im Rahmen der Probestellung werden protokolliert.“

1.2.2. Die Leistungsbeschreibung, Stand 21.08.2023, lautet auszugsweise wie folgt (Formatierung abweichend):

„LOS 2 – Sicherheitsvenenverweilkanüle mit Zuspritzventil und Fixierflügel

Die mit ‚M‘ gekennzeichneten Anforderungen (Muss-Anforderungen) sind jedenfalls zu erfüllen; jede Nichterfüllung führt zum Ausscheiden des Angebotes.

Leistungsmerkmale (mit ‚L‘ gekennzeichnet) werden im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet. Die neben dem jeweiligen Leistungsmerkmal angeführte Zahl stellt die zu erreichende Punkteanzahl bei Erfüllung oder Übererfüllung dieses Leistungsmerkmals dar.

[...]

2.14

Der Sicherheitsmechanismus muss so konstruiert sein, dass mehr als eine Punktionstechnik (Einstichwinkel) möglich ist. Das Punktionsergebnis muss sofort in einem Sichtfenster bewertet werden können, ohne dass es sofort zu einem retrograden Blutfluss und zu einer Kontamination des Punktionsgebietes kommt.

L

5

[ja/nein]

2.15

Der Sicherheitsmechanismus muss beim Herausziehen der Kanüle aus dem Katheteransatz, ohne Widerstand in vivo irreversibel (bei fachgerechter Anwendung) aktiviert werden, ohne dass es durch die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus zu einer weiteren Kontamination des umliegenden Hautareals sowie der unmittelbaren Umgebung kommt.

M

[ja/nein]

“

1.3. Zur Einladung und Teilnahme an der Probestellung betreffend die Antragstellerin:

1.3.1. Am XXXX fand nach vorheriger Einladung per E-Mail vom XXXX die Probestellung mit der Antragstellerin im Traumazentrum Wien, Standort Lorenz Böhler, statt. Die E-Mail vom XXXX lautet auszugsweise wie folgt (Formatierung abweichend): 1.3.1. Am römisch 40 fand nach vorheriger Einladung per E-Mail vom römisch 40 die Probestellung mit der Antragstellerin im Traumazentrum Wien, Standort Lorenz Böhler, statt. Die E-Mail vom römisch 40 lautet auszugsweise wie folgt (Formatierung abweichend):

„Gemäß Punkt 7 der Besonderen Bedingungen steht es jedem Bieter frei, an der Probestellung der eigenen Produkte teilzunehmen. Um die Teilnehmeranzahl auf ein Minimum zu reduzieren, bitten wir Sie jedoch lediglich eine zeichnungsberechtigte sowie eine mit den Produkten betraute Person zu entsenden.

Bitte um Bekanntgabe, ob Sie den Termin wahrnehmen.“

1.3.2. Für die Antragstellerin nahmen an der Probestellung XXXX und XXXX teil. Ihre Anwesenheit ist im Protokoll der Probestellung vermerkt; sie haben das Protokoll unterschrieben. XXXX ist für das Vergabeverfahren durch die Antragstellerin bevollmächtigt worden. 1.3.2. Für die Antragstellerin nahmen an der Probestellung römisch 40 und römisch 40 teil. Ihre Anwesenheit ist im Protokoll der Probestellung vermerkt; sie haben das Protokoll unterschrieben. römisch 40 ist für das Vergabeverfahren durch die Antragstellerin bevollmächtigt worden.

Für die Auftraggeberinnen nahmen an der Probestellung XXXX (im Folgenden: Hygienefachkraft), XXXX teil. Ihre Anwesenheit ist im Protokoll der Probestellung vermerkt; sie haben das Protokoll unterschrieben. Für die Auftraggeberinnen nahmen an der Probestellung römisch 40 (im Folgenden: Hygienefachkraft), römisch 40 teil. Ihre Anwesenheit ist im Protokoll der Probestellung vermerkt; sie haben das Protokoll unterschrieben.

1.3.3. XXXX (im Folgenden: Anästhesist) nahm für die Auftraggeberinnen nicht an der gesamten Probestellung teil; seine Anwesenheit ist nicht im Protokoll der Probestellung vermerkt; er hat das Protokoll nicht unterschrieben. 1.3.3. römisch 40 (im Folgenden: Anästhesist) nahm für die Auftraggeberinnen nicht an der gesamten Probestellung teil; seine Anwesenheit ist nicht im Protokoll der Probestellung vermerkt; er hat das Protokoll nicht unterschrieben.

Der Anästhesist wurde ausschließlich für die Testung des für Los 2 angebotenen Produkts am Demoarm hinzugezogen und hat die Probestellung unmittelbar nach Abschluss der Testung des für Los 2 angebotenen Produkts am Demoarm wieder verlassen.

1.3.4. Der Anästhesist ist Facharzt für Anästhesie und Intensivmedizin im XXXX 1.3.4. Der Anästhesist ist Facharzt für Anästhesie und Intensivmedizin im römisch 40 .

Die Hygienefachkraft ist Referentin in der Medizinischen Direktion der XXXX für Krankenhaushygiene und Hygienefachkraft im XXXX Sie besuchte unter anderem die XXXX . Die Hygienefachkraft ist Referentin in der Medizinischen Direktion der römisch 40 für Krankenhaushygiene und Hygienefachkraft im römisch 40 Sie besuchte unter anderem die römisch 40 .

XXXX ist Sachbearbeiterin in der Hauptstelle der XXXX – Abteilung Betriebswirtschaftlicher Einkauf. Sie besuchte unter anderem die XXXX . Sie hat noch nie eine Sicherheitsvenenverweilkanüle am Menschen angewendet und ist dazu auch nicht berechtigt. römisch 40 ist Sachbearbeiterin in der Hauptstelle der römisch 40 – Abteilung Betriebswirtschaftlicher Einkauf. Sie besuchte unter anderem die römisch 40 . Sie hat noch nie eine Sicherheitsvenenverweilkanüle am Menschen angewendet und ist dazu auch nicht berechtigt.

XXXX ist Referentin/Juristin in der XXXX und war zuvor XXXX . Sie studierte XXXX . Sie hat noch nie eine

Sicherheitsvenenverweilkanüle am Menschen angewendet und ist dazu auch nicht berechtigt. römisch 40 ist Referentin/Juristin in der römisch 40 und war zuvor römisch 40. Sie studierte römisch 40. Sie hat noch nie eine Sicherheitsvenenverweilkanüle am Menschen angewendet und ist dazu auch nicht berechtigt.

#### 1.4. Zum Ablauf der Probestellung betreffend die Antragstellerin:

1.4.1. Gegenstand der Probestellung waren neben dem von der Antragstellerin für das Los 2 angebotene Produkt auch jene anderen Produkte, die von der Antragstellerin in anderen Losen angeboten wurden.

1.4.2. Im Rahmen der Probestellung wurde das für Los 2 angebotene Produkt der Antragstellerin durch den Anästhesisten ein einziges Mal am Demoarm getestet. Produkte aus unterschiedlichen Chargen wurden nicht getestet.

1.4.3. Der Anästhesist erfuhr dem Grunde nach von den Anforderungen der Leistungsbeschreibung bei einer Morgenbesprechung. Den Text der Leistungsbeschreibung hat er erst nach der Probestellung gelesen. Ihm wurde der Text der Leistungsbeschreibung bei der Probestellung nicht mitgeteilt.

1.4.4. Der Anästhesist wendete die Sicherheitsvenenverweilkanüle am Demoarm lege artis an, wobei er, wie im Rahmen seiner beruflichen Tätig üblich, zügig vorging, ohne einzelne Schritte der Anwendung der Sicherheitsvenenverweilkanüle bewusst zu trennen.

1.4.5. Bei der Anwendung der Sicherheitsvenenverweilkanüle kam es zu einer Kontamination des Punktionsgebiets und des umliegenden Hautareals.

1.4.6. Ein Defekt der konkret getesteten Sicherheitsvenenverweilkanüle der Antragstellerin ist nicht auszuschließen, wenngleich keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorliegen.

Nach Ansicht des Anästhesisten lässt die einmalige Testung der Sicherheitsvenenverweilkanüle nicht den Schluss zu, dass das Produkt der Antragstellerin ungeeignet ist, sondern es wäre eine weitere Testung erforderlich gewesen, wenngleich besondere Gründe für eine Wiederholung des Testvorganges nicht vorlagen.

In der Praxis entsorgt der Anästhesist eine ganze Packung bzw. Charge von Sicherheitsvenenverweilkanülen erst nachdem zumindest ein zweites Produkt defekt war.

#### 1.5. Zur Protokollierung der Probestellung:

1.5.1. Im Protokoll der Probestellung sind die Anforderungen in den Pkt. 2.14 und 2.15 mit „nein“ markiert. Unter dem Punkt „Sonstige Anmerkungen“ findet sich auszugsweise folgende Passage (Formatierung abweichend):

„Ad Los 2: [...]“

Punkt 2.15. wird nicht erfüllt, da es zu einer Kontamination des Punktionsgebietes kommt. Sowohl im Echtbetrieb kam es zu einer Kontamination des umliegenden Hautareals als auch bei der Testung im Rahmen der Probestellung am ‚Demoarm‘ des Unternehmens.

Punkt 2.14. siehe Ausführungen zu Punkt 2.15., es kommt zu einer Kontamination des Punktionsgebietes, daher ist das Leistungskriterium nicht erfüllt.“

1.5.2. Am Ende der Probestellung wurde das Protokoll betreffend alle von der Antragstellerin angebotenen Lose gemeinsam von den Anwesenden durchgegangen. Zwischen Vertreterinnen der Auftraggeberinnen und Vertreterinnen der Antragstellerin kam es zu einer Diskussion betreffend der Nicht-Erfüllung von Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung. Die Hygienefachkraft erläuterte dabei, weshalb das angebotene Produkt der Antragstellerin die Anforderung gemäß Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung nicht erfülle.

Der Anästhesist war zu diesem Zeitpunkt nicht mehr anwesend. Er kannte den protokollierten Text zum damaligen Zeitpunkt nicht.

1.5.3. Auf der letzten Seite des Protokolls der Probestellung findet sich über den Unterschriften folgende Passage in Fettdruck (Formatierung abweichend):

„Wir bestätigen hiermit, dass das Ergebnis der Probestellung korrekt und wahrheitsgemäß protokolliert wurde.“

Diese Passage war den Vertreterinnen der Antragstellerin vor der Probestellung nicht bekannt.

1.5.4. Zum Schluss der Probestellung wurde den Vertreterinnen der Antragstellerin ein Protokoll ausgehändigt.

Das der Antragstellerin ausgehändigte Protokoll stimmt mit dem im Vergabeakt einliegenden Protokoll nicht überein. Am Deckblatt weicht die Beginnzeit der Probestellung um 15 Minuten ab. Weiters sind in dem der Antragstellerin ausgehändigten Protokoll die Teilnehmerinnen seitens der Antragstellerin nicht angeführt. Die inhaltlichen Begründungen für die Nicht-Erfüllung von Pkt. 2.14 und Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung stimmen jedoch überein.

#### 1.6. Zum sogenannten Echtbetrieb:

1.6.1. Die Auftraggeberinnen führten vor der Probestellung einen sogenannten Echtbetrieb durch, bei dem die angebotenen Produkte an zwei Standorten getestet wurden.

Der Echtbetrieb ist nicht im Vergabeakt dokumentiert worden. Während der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht legten die Auftraggeberinnen eine Kopie des Protokolls über den Echtbetrieb betreffend das der Antragstellerin in Los 2 angebotene Produkt vor. Der Antragstellerin wurde in der mündlichen Verhandlung eine Kopie dieses Protokolls übergeben.

1.6.2. Der Antragstellerin wurde am Beginn der Probestellung durch die Vertreterinnen der Auftraggeberinnen mitgeteilt, dass ein Echtbetrieb stattgefunden habe und dass es dabei zu Kontaminationen gekommen sei.

Nähere Angaben zum Echtbetrieb sowie das Protokoll des Echtbetriebs wurden der Antragstellerin nicht mitgeteilt bzw. kenntlich gemacht. Sie erlangten erst während der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht Kenntnis vom Inhalt des Protokolls.

1.6.3. Dem Protokoll ist nicht zu entnehmen, wann oder wo der Echtbetrieb stattgefunden hat. Im Formular sind in vier Spalten bestimmte Kriterien angeführt, deren Vorliegen von den die Testung vornehmenden Personen zu bejahen bzw. zu verneinen sind. Das Kriterium gemäß Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung ist im Protokoll zum Echtbetrieb unvollständig wiedergegeben.

Die Testung wurde von unterschiedlichen Personen vorgenommen, die von der Hygienefachkraft organisiert wurden. Diese Personen waren nicht bei der Probestellung anwesend. Den die Testung vornehmenden Personen lagen die Ausschreibungsunterlagen nicht vor. Bei den Testungen waren keine Vertreterinnen bzw. Vertreter der Antragstellerin anwesend.

#### 1.7. Zur Dokumentation der Angebotsprüfung:

1.7.1. In der Niederschrift der Angebotsprüfung vom XXXX findet sich begründend zur Nicht-Erfüllung der Anforderung gemäß Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung die bereits unter Pkt. 1.5.1. der Feststellungen wiedergegebene Passage. 1.7.1. In der Niederschrift der Angebotsprüfung vom römisch 40 findet sich begründend zur Nicht-Erfüllung der Anforderung gemäß Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung die bereits unter Pkt. 1.5.1. der Feststellungen wiedergegebene Passage.

Zum Protokoll der Probestellung wird in der Niederschrift ausgeführt: „Ein Original des Probestellungsprotokolls wurde der Firma auf Verlangen nach der Probestellung übergeben. Dieses Protokoll ist als Beilage angefügt und ein integrierender Bestandteil der Angebotsprüfung.“

Weiter ist festgehalten: „Das Angebot wird in den Losen 2 [...] gemäß § 141 Abs 1 Z 7 BVergG wegen der Nichterfüllung von Mindestanforderungen ausgeschieden.“ Weiter ist festgehalten: „Das Angebot wird in den Losen 2 [...] gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG wegen der Nichterfüllung von Mindestanforderungen ausgeschieden.“

1.7.2. In dem elektronischen Vergabeakt sind als die das Angebot prüfende Personen XXXX und XXXX eingetragen. In der im Akt an das Bundesverwaltungsgericht übermittelten Version sind weiters als „Prüfer – Produkt/Leistungsprüfung“ die Hygienefachkraft, XXXX und der Anästhesist angeführt. In der von den Auftraggeberinnen am 30.11.2023 übermittelten, geschwärzten Version ist nur die Hygienefachkraft angeführt, ohne dass an der maßgeblichen Stelle Schwärzungen ersichtlich sind. 1.7.2. In dem elektronischen Vergabeakt sind als die das Angebot prüfende Personen römisch 40 und römisch 40 eingetragen. In der im Akt an das Bundesverwaltungsgericht übermittelten Version sind weiters als „Prüfer – Produkt/Leistungsprüfung“ die Hygienefachkraft, römisch 40 und der Anästhesist angeführt. In der von den Auftraggeberinnen am 30.11.2023 übermittelten, geschwärzten Version ist nur die Hygienefachkraft angeführt, ohne dass an der maßgeblichen Stelle Schwärzungen ersichtlich sind.

#### 1.8. Zur Verwendung einer Sicherheitsvenenverweilkanüle:

Die Anwendung der in Los 2 nachgefragten Sicherheitsvenenverweilkanüle am Patienten stellt einen aus mehreren Schritten bestehenden Vorgang dar. Zu den Schritten gehören – unter anderem – die erstmalige Punktion des Arms des Patienten und, zu einem späteren Zeitpunkt, das Herausziehen der Kanüle aus dem Katheteransatz einschließlich Aktivierung des Sicherheitsmechanismus.

Ein weiterer Schritt kann die sofortige Bewertung des Punctionsergebnisses in einem Sichtfenster darstellen. Zu diesem Zeitpunkt befindet sich die Kanüle noch im Katheteransatz und der Sicherheitsmechanismus wurde noch nicht aktiviert.

#### 1.9. Zum Nachprüfungsantrag:

Die Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühren in der Höhe von EUR XXXX Die Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühren in der Höhe von EUR römisch 40

#### 2. Beweiswürdigung:

Zur Feststellung des für die Entscheidung maßgebenden Sachverhaltes wurde im Rahmen des Ermittlungsverfahrens Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die vorliegenden Akten – im Besonderen in den Vergabeakt der Auftraggeberinnen, den gegen die Ausscheidensentscheidung erhobenen Nachprüfungsantrag sowie alle eingebrachten Schriftsätze und vorgelegten Beweismittel – und durch die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, in der Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Probestellung am XXXX als Zeuginnen bzw. Zeugen einvernommen wurden. Zur Feststellung des für die Entscheidung maßgebenden Sachverhaltes wurde im Rahmen des Ermittlungsverfahrens Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die vorliegenden Akten – im Besonderen in den Vergabeakt der Auftraggeberinnen, den gegen die Ausscheidensentscheidung erhobenen Nachprüfungsantrag sowie alle eingebrachten Schriftsätze und vorgelegten Beweismittel – und durch die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, in der Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Probestellung am römisch 40 als Zeuginnen bzw. Zeugen einvernommen wurden.

Im Einzelnen ergeben sich die getroffenen Feststellungen aus folgenden beweiswürdigenden Erwägungen:

##### 2.1. Zu den Feststellungen zu 1.1. (Allgemeines zum Vergabeverfahren):

Die Feststellungen beruhen auf dem vorgelegten Vergabeakt sowie einer Einsicht in das Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union. Dass bis jetzt keine Widerrufs- oder Zuschlagsentscheidung betreffend Los 2 erlassen wurde und der Zuschlag und Widerruf nicht erteilt wurden, folgt aus dem Vorbringen der Auftraggeberinnen sowie einer Einsichtnahme in den elektronischen Vergabeakt.

##### 2.2. Zu den Feststellungen zu 1.2. (Ausschreibungsunterlagen):

Die Feststellungen ergeben sich aus dem vorgelegten Vergabeakt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel.

##### 2.3. Zu den Feststellungen zu 1.3. (Einladung und Teilnahme an der Probestellung):

Die Feststellungen zu 1.3.1. ergeben sich aus dem im Vergabeakt einliegenden E-Mail, dessen inhaltliche Richtigkeit außer Zweifel steht.

Die Feststellungen zu 1.3.2. und 1.3.3. ergeben sich aus den glaubwürdigen und übereinstimmenden Aussagen der Zeuginnen und des Zeugen in der mündlichen Verhandlung. Soweit an dieser Stelle maßgeblich, steht auch die inhaltliche Richtigkeit des Protokolls der Probestellung außer Zweifel. Die Vollmacht für XXXX liegt als Bestandteil des Angebotes der Antragstellerin im Vergabeakt ein. Die Feststellungen zu 1.3.2. und 1.3.3. ergeben sich aus den glaubwürdigen und übereinstimmenden Aussagen der Zeuginnen und des Zeugen in der mündlichen Verhandlung. Soweit an dieser Stelle maßgeblich, steht auch die inhaltliche Richtigkeit des Protokolls der Probestellung außer Zweifel. Die Vollmacht für römisch 40 liegt als Bestandteil des Angebotes der Antragstellerin im Vergabeakt ein.

Die Feststellungen zu 1.3.4. ergeben sich aus den von den Auftraggeberinnen vorgelegten Lebensläufen der genannten Personen sowie ihren glaubwürdigen Angaben als Zeugin bzw. Zeuge in der mündlichen Verhandlung.

##### 2.4. Zu den Feststellungen zu 1.4. (Ablauf der Probestellung):

Die Feststellungen zu 1.4.1. ergeben sich aus dem insoweit außer Zweifel stehenden Protokoll der Probestellung sowie den glaubwürdigen Aussagen der Zeuginnen in der mündlichen Verhandlung.

Die Feststellungen zu 1.4.2. ergeben sich aus den glaubwürdigen und übereinstimmenden Aussagen der Zeuginnen und des Zeugen in der mündlichen Verhandlung. Soweit allein die Hygienefachkraft als Zeugin aussagte, dass sie zunächst selbst eine Testung versuchte, die jedoch fehlschlug, weil sie es nicht geschafft habe, ist dies nicht als Testversuch zu werten und konnte somit auch nicht festgestellt werden.

Die Feststellungen zu 1.4.3. ergeben sich aus den glaubwürdigen Angaben des Zeugen. Nicht festgestellt werden kann, dass dem Anästhesisten die Leistungsbeschreibung zum Zeitpunkt der Testung im Detail bekannt waren. Er sagte aus, dass er im Rahmen einer Morgenbesprechung davon erfahren habe und dass er „[a]us dem OP wusste [...], dass wir Sicherheitsvenenverweilkanülen brauchen, die nicht bluten.“ Weiters sagte er aus, dass er den Text der Leistungsbeschreibung erst nach der Probestellung gelesen habe. Die Hygienefachkraft sagte aus, dass dem Anästhesisten die Muss-Anforderungen vor dessen Hinzuziehung nicht mitgeteilt wurden.

Die Feststellungen zu 1.4.4. ergeben sich aus den glaubwürdigen und übereinstimmenden Aussagen der Zeuginnen und des Zeugen in der mündlichen Verhandlung. Es ist kein Anhaltspunkt dafür hervorgekommen, der gegen eine ordnungsgemäße Anwendung der Sicherheitsvenenverweilkanüle durch den Anästhesisten spricht. Angesichts der von ihm geschilderten Vorgänge und seiner Erfahrung ist davon auszugehen, dass auch der Stauschlauch ordnungsgemäß angelegt und ebenso gelöst wurde. Daran vermag auch die Aussage der Zeugin XXXX, die spezifisch die Lösung des Stauschlauches verneinte, nichts zu ändern. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass sie dies erst auf eine dahingehend explizite Frage ausführte, während sie zuvor bei der Beschreibung des Anwendungsvorganges einer Sicherheitsvenenverweilkanüle die Verwendung des Stauschlauches zunächst ausgelassen hatte und erst auf Nachfrage erwähnte. Auch wusste sie nicht, ob bei Beurteilung des Punktionsergebnisses im Sichtfenster bereits eine Kontamination aufgetreten war. Die Feststellungen zu 1.4.4. ergeben sich aus den glaubwürdigen und übereinstimmenden Aussagen der Zeuginnen und des Zeugen in der mündlichen Verhandlung. Es ist kein Anhaltspunkt dafür hervorgekommen, der gegen eine ordnungsgemäße Anwendung der Sicherheitsvenenverweilkanüle durch den Anästhesisten spricht. Angesichts der von ihm geschilderten Vorgänge und seiner Erfahrung ist davon auszugehen, dass auch der Stauschlauch ordnungsgemäß angelegt und ebenso gelöst wurde. Daran vermag auch die Aussage der Zeugin römisch 40, die spezifisch die Lösung des Stauschlauches verneinte, nichts zu ändern. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass sie dies erst auf eine dahingehend explizite Frage ausführte, während sie zuvor bei der Beschreibung des Anwendungsvorganges einer Sicherheitsvenenverweilkanüle die Verwendung des Stauschlauches zunächst ausgelassen hatte und erst auf Nachfrage erwähnte. Auch wusste sie nicht, ob bei Beurteilung des Punktionsergebnisses im Sichtfenster bereits eine Kontamination aufgetreten war.

Der Anästhesist beschrieb nachvollziehbar, dass er bei der Anwendung einer Sicherheitsvenenverweilkanüle zügig vorgehe („Das passiert sehr schnell, binnen einer Sekunde.“). Auch die Hygienefachkraft sagte glaubwürdig aus, dass der Anästhesist relativ rasch gestochen habe, so „wie man es in der Praxis macht“.

Die Feststellungen zu 1.4.5. ergeben sich aus den glaubwürdigen und übereinstimmenden Aussagen der Zeuginnen und des Zeugen in der mündlichen Verhandlung. Nicht festgestellt werden kann, bei welchem Anwendungsschritt der Sicherheitsvenenverweilkanüle die Kontamination eingetreten ist:

Als Erstes ist das Protokoll der Probestellung zu berücksichtigen: Zu Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung ist zunächst nur dokumentiert, dass es zu einer Kontamination gekommen sei, nicht aber bei welchem Anwendungsschritt bzw. wodurch diese ausgelöst wurde. Diese Begründung würde sich zunächst noch zur konkreten Anforderung, demnach es durch die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus zu keiner weiteren Kontamination des umliegenden Hautareals sowie der unmittelbaren Umgebung kommen dürfe, in Bezug setzen lassen. Jedoch ist Pkt. 2.14 der Leistungsbeschreibung ebenso als Nicht-Erfüllt gewertet, wobei diesbezüglich auf die Begründung zu Pkt. 2.15 verwiesen wird. Gemäß Pkt. 2.14 der Leistungsbeschreibung muss das Punktionsergebnis sofort in einem Sichtfenster bewertet werden können, ohne dass es sofort zu einem retrograden Blutfluss und zu einer Kontamination des Punktionsgebietes komme. Da sich zum für diese Bewertung maßgeblichen Zeitpunkt die Kanüle noch im Katheteransatz befindet und der Sicherheitsmechanismus noch nicht aktiviert wurde (siehe die Feststellung zu 1.8.), ist das Protokoll der Probestellung insoweit aber bereits unschlüssig, wenn für die Nicht-Erfüllung von Pkt. 2.14 auf die Begründung zu Pkt. 2.15 verwiesen wird. Dies wurde von den Auftraggeberinnen in der mündlichen Verhandlung auch als „tatsächlich nicht nachvollziehbar“ beschrieben. Die Begründung im Protokoll zu Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung erlaubt somit keinen Rückschluss über den Zeitpunkt der Kontamination und ob diese tatsächlich durch die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus erfolgte.

Als Zweites ist auf die Aussagen der Zeuginnen und des Zeugen einzugehen: Der Anästhesist führte zwar aus, dass beim Hineinstechen noch nichts passiert sei und erst nachdem das Plastikteil hineingeschoben worden sei und er umgegriffen habe, Blut beim Plastikteil herausgeronnen sei, beschrieb den Anwendungsvorgang jedoch wiederholt als in der Praxis einheitlichen Vorgang, als „Automatismus“, der zügig erfolge (siehe die Feststellung zu 1.4.4.). Da auch dem Anästhesisten zum Zeitpunkt der Testung die Leistungsbeschreibung im Detail nicht bekannt war (siehe die Feststellung zu 1.4.3.), kann allein auf Basis seiner Aussagen nicht festgestellt werden, dass es durch die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus zu einer (weiteren) Kontamination gekommen ist. Die Hygienefachkraft sagte zunächst aus, dass es durch das Zurückziehen der Nadel zu einem Blutfluss gekommen sei, wies aber darauf hin, dass der Anästhesist „relativ rasch“ gestochen habe. Zugleich hat sie auch ausgesagt, dass sie sich nicht daran erinnern könne, ob es bereits bei der Bewertung des Punktionsergebnisses zu einem Blutfluss gekommen sei und auch nicht, ob im Rahmen der Testung der Stauschlauch gelöst wurde, weil sie es „schlicht nicht beobachtet“ habe. Angesichts der raschen Anwendung der Sicherheitsvenenverweilkanüle und der nicht durchgehenden Beobachtung des Anwendungsvorganges relativiert sich die zunächst getätigte Aussage. Zeugin XXXX sagte ebenso zunächst aus, dass die Kontamination beim Zurückziehen der Nadel und somit bei der Aktivierung des Sicherheitsmechanismus aufgetreten sei, aber auch sie konnte auf Nachfrage nicht beurteilen, ob schon bei der Bewertung des Punktionsergebnisses eine Kontamination vorlag, weil „[s]o genau habe ich nicht hingesehen“. Sie sagte auch, dass die Testung „relativ kurz“ gewesen sei und dass sie „das nicht genau beurteilen“ könne. Nachgefragt meinte sie zwar, die Tätigkeit selbst schon genau gesehen zu haben, beschrieb aber wiederholt die Anwendung einer Sicherheitsvenenverweilkanüle als „durchgängigen Prozess“ („Für mich ist das ein Vorgang.“; „[...] von der Punktion bis zum Herausziehen der Nadel.“). Schließlich relativierte sie ihre vorherige Aussage und sagte aus, dass sie nicht beurteilen könne, auf Grund welchen Anwendungsschrittes es zu einer Kontamination mit Blut gekommen sei. Zeugin XXXX sagte aus, dass es durch die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus (beim Zurückziehen der Nadel) zu einem Blutfluss gekommen sei, gab aber ebenfalls an, dass bereits bei der Bewertung des Punktionsergebnisses im Sichtfenster eine leichte Blutverschmierung (wenn auch kein direkter Blutfluss) ersichtlich gewesen sei; auch sie kann sich aber „nicht mehr genau erinnern“. Zeugin XXXX sagte aus, dass die Kontamination aufgetreten sei, nachdem die Nadel entfernt worden sei, bestritt aber, dass die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus dafür verantwortlich sei. Sie wusste aber auch nicht, ob bereits bei der Beurteilung des Punktionsergebnisses im Sichtfenster eine Kontamination aufgetreten ist.

Als Zweites ist auf die Aussagen der Zeuginnen und des Zeugen einzugehen: Der Anästhesist führte zwar aus, dass beim Hineinstechen noch nichts passiert sei und erst nachdem das Plastikteil hineingeschoben worden sei und er umgegriffen habe, Blut beim Plastikteil herausgeronnen sei, beschrieb den Anwendungsvorgang jedoch wiederholt als in der Praxis einheitlichen Vorgang, als „Automatismus“, der zügig erfolge (siehe die Feststellung zu 1.4.4.). Da auch dem Anästhesisten zum Zeitpunkt der Testung die Leistungsbeschreibung im Detail nicht bekannt war (siehe die Feststellung zu 1.4.3.), kann allein auf Basis seiner Aussagen nicht festgestellt werden, dass es durch die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus zu einer (weiteren) Kontamination gekommen ist. Die Hygienefachkraft sagte zunächst aus, dass es durch das Zurückziehen der Nadel zu einem Blutfluss gekommen sei, wies aber darauf hin, dass der Anästhesist „relativ rasch“ gestochen habe. Zugleich hat sie auch ausgesagt, dass sie sich nicht daran erinnern könne, ob es bereits bei der Bewertung des Punktionsergebnisses zu einem Blutfluss gekommen sei und auch nicht, ob im Rahmen der Testung der Stauschlauch gelöst wurde, weil sie es „schlicht nicht beobachtet“ habe. Angesichts der raschen Anwendung der Sicherheitsvenenverweilkanüle und der nicht durchgehenden Beobachtung des Anwendungsvorganges relativiert sich die zunächst getätigte Aussage. Zeugin römisch 40 sagte ebenso zunächst aus, dass die Kontamination beim Zurückziehen der Nadel und somit bei der Aktivierung des Sicherheitsmechanismus aufgetreten sei, aber auch sie konnte auf Nachfrage nicht beurteilen, ob schon bei der Bewertung des Punktionsergebnisses eine Kontamination vorlag, weil „[s]o genau habe ich nicht hingesehen“. Sie sagte auch, dass die Testung „relativ kurz“ gewesen sei und dass sie „das nicht genau beurteilen“ könne. Nachgefragt meinte sie zwar, die Tätigkeit selbst schon genau gesehen zu haben, beschrieb aber wiederholt die Anwendung einer Sicherheitsvenenverweilkanüle als „durchgängigen Prozess“ („Für mich ist das ein Vorgang.“; „[...] von der Punktion bis zum Herausziehen der Nadel.“). Schließlich relativierte sie ihre vorherige Aussage und sagte aus, dass sie nicht beurteilen könne, auf Grund welchen Anwendungsschrittes es zu einer Kontamination mit Blut gekommen sei. Zeugin römisch 40 sagte aus, dass es durch die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus (beim Zurückziehen der Nadel) zu einem Blutfluss gekommen sei, gab aber ebenfalls an, dass bereits bei der Bewertung des Punktionsergebnisses im Sichtfenster eine leichte Blutverschmierung (wenn auch kein direkter Blutfluss) ersichtlich gewesen sei; auch sie kann

sich aber „nicht mehr genau erinnern“. Zeugin römisch 40 sagte aus, dass die Kontamination aufgetreten sei, nachdem die Nadel entfernt worden sei, bestritt aber, dass die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus dafür verantwortlich sei. Sie wusste aber auch nicht, ob bereits bei der Beurteilung des Punktionsergebnisses im Sichtfenster eine Kontamination aufgetreten ist.

Die Feststellungen zu 1.4.6. ergeben sich aus den glaubwürdigen Aussagen des Anästhesisten in der mündlichen Verhandlung. Dass ein Defekt nicht auszuschließen ist, war deshalb festzustellen, weil der Anästhesist aussagte, dass ihm als Arzt eine Kontamination nicht zum ersten Mal passiert sei, sondern vielmehr solche Situationen „immer einmal wieder“ vorkommen könnten und seiner Erfahrung nach die Kontamination auch die Folge einer defekten Sicherheitsvenenverweilkanüle sein könne. Konkrete Anhaltspunkte für einen Defekt liegen ihm jedoch nicht vor.

Des Weiteren sind die Feststellungen aus der Sicht des (konkreten) Anästhesisten zu treffen gewesen, weil dessen Sicht als Mitglied der Expertenkommission im Rahmen der Probestellung maßgeblich sind. Die Feststellungen ergeben sich insoweit aus seinen glaubwürdigen und schlüssigen Aussagen in der mündlichen Verhandlung.

#### 2.5. Zu den Feststellungen zu 1.5. (Protokollierung der Probestellung):

Die Feststellungen zu 1.5.1. ergeben sich aus dem im Vergabeakt einliegenden Protokoll der Probestellung, dessen inhaltliche Richtigkeit soweit hier maßgeblich außer Zweifel steht.

Die Feststellungen zu 1.5.2. ergeben sich aus den glaubwürdigen und übereinstimmenden Aussagen der Zeuginnen in der mündlichen Verhandlung. Nicht festgestellt werden kann, dass die Vertreterinnen der Antragstellerinnen auf zu protokollierenden Einwänden bestanden hätten. Zwar kann ebenfalls nicht festgestellt werden, dass seitens der anwesenden Vertreterinnen der Auftraggeberinnen gefragt wurde, ob noch Anmerkungen zum Protokoll bestehen (siehe die insoweit übereinstimmenden Aussagen von Zeugin XXXX und Zeugin XXXX ), doch sagte zugleich Zeugin XXXX aus, dass sie eine Protokollierung nicht eingefordert habe. Die Feststellungen zu 1.5.2. ergeben sich aus den glaubwürdigen und übereinstimmenden Aussagen der Zeuginnen in der mündlichen Verhandlung. Nicht festgestellt werden kann, dass die Vertreterinnen der Antragstellerinnen auf zu protokollierenden Einwänden bestanden hätten. Zwar kann ebenfalls nicht festgestellt werden, dass seitens der anwesenden Vertreterinnen der Auftraggeberinnen gefragt wurde, ob noch Anmerkungen zum Protokoll bestehen (siehe die insoweit übereinstimmenden Aussagen von Zeugin römisch 40 und Zeugin römisch 40 ), doch sagte zugleich Zeugin römisch 40 aus, dass sie eine Protokollierung nicht eingefordert habe.

Soweit der Anästhesist nicht mehr anwesend war und den protokollierten Text nicht kannte, ergibt sich dies auch aus seinen glaubwürdigen Aussagen in der mündlichen Verhandlung. Es kann nicht festgestellt werden, wer von den sonstigen für die Auftraggeberinnen anwesenden Personen die Formulierung der Begründung vorgenommen bzw. an dieser mitgewirkt hat. Laut Aussage der Hygienefachkraft verfasste das im Protokoll festgehaltene Ergebnis XXXX ohne ihre Mitwirkung; laut Zeugin XXXX habe jedoch die Hygienefachkraft die Begründung formuliert. Soweit der Anästhesist nicht mehr anwesend war und den protokollierten Text nicht kannte, ergibt sich dies auch aus seinen glaubwürdigen Aussagen in der mündlichen Verhandlung. Es kann nicht festgestellt werden, wer von den sonstigen für die Auftraggeberinnen anwesenden Personen die Formulierung der Begründung vorgenommen bzw. an dieser mitgewirkt hat. Laut Aussage der Hygienefachkraft verfasste das im Protokoll festgehaltene Ergebnis römisch 40 ohne ihre Mitwirkung; laut Zeugin römisch 40 habe jedoch die Hygienefachkraft die Begründung formuliert.

Die Feststellungen zu 1.5.3. ergeben sich aus dem im Vergabeakt einliegenden Protokoll der Probestellung, dessen inhaltliche Richtigkeit soweit hier maßgeblich außer Zweifel steht.

Die Feststellungen zu 1.5.4. ergeben sich zunächst aus den übereinstimmenden Aussagen der Zeuginnen sowie dem Umstand, dass die Antragstellerin ein Protokoll der Probestellung als Beilage ./F ihrem Nachprüfungsantrag beilegte.

Auf dem Protokoll zur Probestellung, das die Antragstellerin als Beilage ./F ihrem Antrag beilegte, ergibt sich ein Beginn der Probestellung um 14:45 Uhr. In dem im Akt einliegenden Protokoll zur Probestellung ist der Beginn mit 14:30 Uhr ausgewiesen. Die Abweichung erklärte Zeugin XXXX insoweit schlüssig als zur Probestellung schon ein Deckblatt von den Vertreterinnen der Auftraggeberinnen mitgenommen wurde, weil es bereits zu Problemen mit dem Drucker bei der Probestellung gekommen sei. Das andere Deckblatt wurde schließlich vor Ort ausgedruckt. Da bis auf die unterschiedliche Beginnzeit der Inhalt der verschiedenen Protokollversionen deckungsgleich ist, besteht an dessen Echtheit insoweit kein Zweifel und der Inhalt konnte entsprechend den Feststellungen zugrunde gelegt werden. Auf

dem Protokoll zur Probestellung, das die Antragstellerin als Beilage .F ihrem Antrag beilegte, ergibt sich ein Beginn der Probestellung um 14:45 Uhr. In dem im Akt einliegenden Protokoll zur Probestellung ist der Beginn mit 14:30 Uhr ausgewiesen. Die Abweichung erklärte Zeugin römisch 40 insoweit schlüssig als zur Probestellung schon ein Deckblatt von den Vertreterinnen der Auftraggeberinnen mitgenommen wurde, weil es bereits zu Problemen mit dem Drucker bei der Probestellung gekommen sei. Das andere Deckblatt wurde schließlich vor Ort ausgedruckt. Da bis auf die unterschiedliche Beginnzeit der Inhalt der verschiedenen Protokollversionen deckungsgleich ist, besteht an dessen Echtheit insoweit kein Zweifel und der Inhalt konnte entsprechend den Feststellungen zugrunde gelegt werden.

#### 2.6. Zu den Feststellungen zu 1.6. (Sogenannter Echtbetrieb):

Die Feststellungen zu 1.6.1. ergeben sich aus den Angaben der Auftraggeberinnen. Dass der Echtbetrieb nicht im Vergabeakt dokumentiert ist, ergibt sich durch eine Einsichtnahme in den dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegten Akt sowie eine Einsichtnahme in den elektronischen Akt. Das vorgelegte Protokoll nennt ausschließlich das von der Antragstellerin für Los 2 angebotene Produkt.

Die Feststellungen zu 1.6.2. ergeben sich aus den insoweit übereinstimmenden Aussagen der Zeuginnen sowie den Angaben der Auftraggeberinnen sowie der Antragstellerin im Verfahren.

Die Feststellungen zu 1.6.3. ergeben sich aus dem Protokoll, das als Beilage zur Niederschrift der mündlichen Verhandlung im Gerichtsakt einliegt. Die Abweichung zu Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung folgt daraus, dass in dem Protokoll nur folgende Formulierung enthalten ist (Formatierung abweichend): „Der Sicherheitsmechanismus muss beim Herausziehen der Kanüle irreversibel aktiviert werden, ohne dass es zu einer weiteren Kontamination des umliegenden Hautareals sowie der unmittelbaren Umgebung kommt.“ Demgegenüber sieht Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung vor, dass der Sicherheitsmechanismus „ohne Widerstand“ aktiviert werden muss und dass es „durch die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus“ zu keiner Kontamination kommen darf.

Dass den die Testungen im Echtbetrieb durchführenden Personen die Ausschreibungsunterlagen nicht vorlagen, ergibt sich aus den insoweit glaubwürdigen Aussagen der Hygienefachkraft. Sie sagte weiters aus, dass die Testungen von XXXX (Hygienefachkraft im XXXX ) und XXXX (Hygienefachkraft im XXXX ) durchgeführt wurden, die beide ausweislich übereinstimmender Aussagen der Zeuginnen und des Zeugen nicht bei der Probestellung anwesend waren. Dass den die Testungen im Echtbetrieb durchführenden Personen die Ausschreibungsunterlagen nicht vorlagen, ergibt sich aus den insoweit glaubwürdigen Aussagen der Hygienefachkraft. Sie sagte weiters aus, dass die Testungen von römisch 40 (Hygienefachkraft im römisch 40 ) und römisch 40 (Hygienefachkraft im römisch 40 ) durchgeführt wurden, die beide ausweislich übereinstimmender Aussagen der Zeuginnen und des Zeugen nicht bei der Probestellung anwesend waren.

#### 2.7. Zu den Feststellungen zu 1.7. (Dokumentation der Angebotsprüfung):

Die Feststellungen zu 1.7.1. ergeben sich aus der im Vergabeakt einliegenden Niederschrift der Angebotsprüfung, deren inhaltliche Richtigkeit soweit hier maßgeblich außer Zweifel steht.

Die Feststellungen zu 1.7.2. beruhen auf den jeweiligen Akten- bzw. Verfahrensstücken.

#### 2.8. Zu den Feststellungen zu 1.8. (Verwendung einer Sicherheitsvenenverweilkanüle):

Die Feststellungen zu 1.8. ergeben sich aus dem Vorbringen der Parteien, der im Vergabeakt einliegenden Bedienungsanleitung des angebotenen Produkts der Antragstellerin sowie den diesbezüglich glaubwürdigen Aussagen des Anästhesisten und der Hygienefachkraft in der mündlichen Verhandlung. Zwar führten der Anästhesist und die Hygienefachkraft übereinstimmend aus, dass es in der Praxis üblich sei, dass die Verwendung einer Sicherheitsvenenverweilkanüle zügig und fließend erfolge. Beide gaben jedoch auch an, dass die Anwendung aus einzelnen Schritten besteht, die getrennt ausgeführt werden und die jeweils eigenständig zu Kontaminationen führen können.

#### 2.9. Zu den Feststellungen zu 1.9. (Nachprüfungsantrag):

Die Feststellungen zu 1.9. ergeben sich aus dem verwaltungsgerichtlichen Akt.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Die maßgeblichen Vorschriften des Bundesvergabegesetzes 2018 – BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018 idGF, lauten: 3.1. Die maßgeblichen Vorschriften des Bundesvergabegesetzes 2018 – BVergG 2018, Bundesgesetzblatt Teil

eins, Nr. 65 aus 2018, idgF, lauten:

## „Prüfung der Angebote und Ausscheiden von Angeboten

### Allgemeine Bestimmungen

§ 134. Die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes ist nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen. Paragraph 134, Die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes ist nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen.

### Vorgehen bei der Prüfung

§ 135. (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien. Paragraph 135, (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen:

1. ob den in § 20 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
  2. nach Maßgabe der §§ 80 bis 87 die Eignung des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer hinsichtlich des diese betreffenden Auftragssteiles;
  3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
  4. die Angemessenheit der Preise;
  5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.
- (2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen:
1. ob den in Paragraph 20, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde; 2. nach Maßgabe der Paragraphen 80 bis 87 die Eignung des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer hinsichtlich des diese betreffenden Auftragssteiles; 3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist; 4. die Angemessenheit der Preise; 5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

[...]

### Dokumentation der Angebotsprüfung

§ 140. (1) Die Prüfung der Angebote ist so zu dokumentieren, dass alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände nachvollziehbar sind. Paragraph 140, (1) Die Prüfung der Angebote ist so zu dokumentieren, dass alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände nachvollziehbar sind.

(2) Über die Gesamtpreise, die sich nach Prüfung der Angebote ergeben – bei Teilvergabe auch über die betreffenden Teilgesamtpreise –, ist jedem verbliebenen Bieter Auskunft zu geben, sofern das Ergebnis der Angebotsöffnung nicht geheim ist. Jeder Bieter kann von seinem allenfalls berechtigten Angebot oder der Durchrechnung seines Angebotes Kenntnis nehmen.

(3) Der Bieter kann die Übermittlung oder Bereitstellung des Teiles der Dokumentation verlangen, der sein Angebot betrifft.“

### 3.2. Zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

3.2.1. Soweit die Auftraggeberinnen vorbringen, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei, weil das Angebot der Antragstellerin nicht als Bestangebot zu qualifizieren sei und ihr somit kein Schaden drohe, ist darauf hinzuweisen, dass gegenständlich die Ausscheidensentscheidung für Los 2 als gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. aa BVergG 2018 durch die Antragstellerin bekämpft wird.

3.2.1. Soweit die Auftraggeberinnen vorbringen, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei, weil das Angebot der Antragstellerin nicht als Bestangebot zu qualifizieren sei und ihr somit kein Schaden drohe, ist darauf hinzuweisen, dass gegenständlich die Ausscheidensentscheidung für Los 2 als gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2018 durch die Antragstellerin bekämpft wird.

Im Vergabeverfahren ist betreffend Los 2 bisher keine Zuschlagsentscheidung ergangen und der Zuschlag wurde auch

nicht erteilt. Welchem Angebot die Auftraggeberinnen daher allenfalls den Zuschlag erteilen möchten, steht zum derzeitigen Zeitpunkt nicht fest. Da es in diesem Verfahrensstadium den Auftraggeberinnen innerhalb der gesetzlichen Bestimmungen grundsätzlich freisteht, jederzeit weitere Entscheidungen zu treffen, etwa auch das aus ihrer derzeitigen Sicht – und damit hypothetisch – beste Angebot auszuschneiden oder das Vergabeverfahren zu widerrufen, ist das diesbezügliche Vorbringen nicht erheblich. Solange keine Zuschlagsentscheidung ergangen ist, gibt es auch keine für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin. Es ist nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichtes anstelle der Auftraggeberinnen eine Reihung der Angebote im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens betreffend die Ausscheidensentscheidung vorzunehmen, zumal diese auch nicht die Auftraggeberinnen für den weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens binden könnte.

„Sache“ des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens ist daher alleine die Rechtmäßigkeit der von der Antragstellerin bekämpften Ausscheidensentscheidung (vgl. VwGH 25.03.2014, Ra 2014/04/0001). Die Hauptfrage des Nachprüfungsverfahrens betreffend diese Entscheidung ist somit allein die Frage, ob die Antragstellerin von den Auftraggeberinnen zu Recht ausgeschieden worden ist (vgl. VwGH 25.01.2011, 2009/04/0302). „Sache“ des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens ist daher alleine die Rechtmäßigkeit der von der Antragstellerin bekämpften Ausscheidensentscheidung vergleiche VwGH 25.03.2014, Ra 2014/04/0001). Die Hauptfrage des Nachprüfungsverfahrens betreffend diese Entscheidung ist somit allein die Frage, ob die Antragstellerin von den Auftraggeberinnen zu Recht ausgeschieden worden ist vergleiche VwGH 25.01.2011, 2009/04/0302).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes genügt es, wenn die Behauptung eines drohenden oder eingetretenen Schadens plausibel ist; ins Einzelne gehende (genaueste) Darlegungen sind nicht geboten. Auch die Kosten einer frustrierten Angebotserstellung stellen bereits einen drohenden Schaden dar (vgl. VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes genügt es, wenn die Behauptung eines drohenden oder eingetretenen Schadens plausibel ist; ins Einzelne gehende (genaueste) Darlegungen sind nicht geboten. Auch die Kosten einer frustrierten Angebotserstellung stellen bereits einen drohenden Schaden dar vergleiche VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065).

Im Hinblick auf die gegenständliche Ausscheidensentscheidung kommt der Antragstellerin daher die Antragslegitimation zu (vgl. VwGH 25.01.2011, 2009/04/0302). Im Hinblick auf die gegenständliche Ausscheidensentscheidung kommt der Antragstellerin daher die Antragslegitimation zu vergleiche VwGH 25.01.2011, 2009/04/0302).

3.2.2. Sonstige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit sind nicht hervorgekommen.

3.2.3. Da der geschätzte Auftragswert von Los 2 im Unterschwellenbereich liegt, war für den Nachprüfungsantrag eine Pauschalgebühr iHv EUR 1.080,- zu entrichten (vgl. § 340 Abs. 1 Z 6 BVergG 2018 iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe 2018), womit der Nachprüfungsantrag im Hinblick auf § 344 Abs. 2 Z 3 BVergG 2018 jedenfalls ordnungsgemäß vergebührt wurde. 3.2.3. Da der geschätzte Auftragswert von Los 2 im Unterschwellenbereich liegt, war für den Nachprüfungsantrag eine Pauschalgebühr iHv EUR 1.080,- zu entrichten vergleiche Paragraph 340, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2018 in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV Vergabe 2018), womit der Nachprüfungsantrag im Hinblick auf Paragraph 344, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2018 jedenfalls ordnungsgemäß vergebührt wurde.

3.2.4. Der Nachprüfungsantrag ist somit zulässig.

3.3. Zu A) zur Stattgabe des Nachprüfungsantrages:

3.3.1. Die Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen erfolgt nach den materiellen Bestimmungen des BVergG 2018 für den Oberschwellenbereich, weil der geschätzte Auftragswert aller Lose im Oberschwellenbereich liegt.

3.3.2. Die Ausschreibungsunterlagen und alle anderen Festlegungen in diesem Vergabeverfahren sind nicht rechtzeitig angefochten worden und daher bestandsfest. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (vgl. mwN VwGH 22.03.2019, Ra 2017/04/0038). Das Bundesverwaltungsgericht kann allfällige Rechtswidrigkeiten der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen nicht mehr aufgreifen (vgl. mwN VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029). 3.3.2. Die Ausschreibungsunterlagen und alle anderen Festlegungen in diesem Vergabeverfahren sind nicht rechtzeitig angefochten worden und daher bestandsfest. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden vergleiche mwN VwGH 22.03.2019, Ra 2017/04/0038). Das Bundesverwaltungsgericht kann allfällige Rechtswidrigkeiten der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen nicht mehr aufgreifen vergleiche mwN VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029).

Ausschreibungsbestimmungen und alle anderen Festlegungen und Erklärungen sowohl der Auftraggeberinnen und der Bieter sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an (vgl. mwN VwGH 14.12.2021, Ro 2021/04/0014). Die Festlegungen sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (vgl. mwN VwGH 16.12.2015, Ra 2015/04/0071; mwN EuGH 02.06.2016, Rs. C-27/15, Pizzo, Rz 39). Ausschreibungsbestimmungen und alle anderen Festlegungen und Erklärungen sowohl der Auftraggeberinnen und der Bieter sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an vergleiche mwN VwGH 14.12.2021, Ro 2021/04/0014). Die Festlegungen sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend vergleiche mwN VwGH 16.12.2015, Ra 2015/04/0071; mwN EuGH 02.06.2016, Rs. C-27/15, Pizzo, Rz 39).

Die Beurteilung der Angebote erfolgt anhand der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen. Die Überprüfung des Vorliegens des Ausscheidenstatbestandes erfordert somit die Auslegung der bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen und der vom betreffenden Bieter erstatteten Angebotslegung (vgl. mwN VwGH 28.03.2022, Ro 2019/04/0226; mwN EuGH 02.06.2016, Rs. C-27/15, Pizzo, Rz 36) Die Beurteilung der Angebote erfolgt anhand der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen. Die Überprüfung des Vorliegens des Ausscheidenstatbestandes erfordert somit die Auslegung der bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen und der vom betreffenden Bieter erstatteten Angebotslegung vergleiche mwN VwGH 28.03.2022, Ro 2019/04/0226; mwN EuGH 02.06.2016, Rs. C-27/15, Pizzo, Rz 36).

Es ist daher zu klären, ob das Angebot der Antragstellerin für Los 2 zu Recht auf Basis der bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen ausgeschieden wurde:

### 3.3.3. Zu Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung:

3.3.3.1. Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung stellt eine zwingend zu erfüllende Anforderung auf. Dem Wortlaut zufolge muss der Sicherheitsmechanismus beim Herausziehen der Kanüle aus dem Katheteransatz, ohne Widerstand in vivo irreversibel aktiviert werden, „ohne dass es durch die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus zu einer weiteren Kontamination des umliegenden Hautareals sowie der unmittelbaren Umgebung kommt“. Es darf somit durch die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus nicht zu einer weiteren Kontamination kommen. Kontaminationen, die in anderem Zusammenhang mit der Verwendung der Sicherheitsvenenverweilkanüle auftreten, sind damit bei Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung nicht maßgeblich.

Dieses, zunächst aus dem Wortlaut folgende Verständnis von Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung bestätigt Pkt. 2.14 der Leistungsbeschreibung: Gemäß dem Zuschlagskriterium in Pkt. 2.14 der Leistungsbeschreibung muss der Sicherheitsmechanismus so konstruiert sein, dass mehr als eine Punktionstechnik (Einstichwinkel) möglich ist. Das Punktionsergebnis muss sofort in einem Sichtfenster bewertet werden können, ohne dass es sofort zu einem retrograden Blutfluss und zu einer Kontamination des Punktionsgebietes kommt. Zu dem für die Feststellung der Erfüllung von Pkt. 2.14 der Leistungsbeschreibung maßgeblichen Zeitpunkt befindet sich die Kanüle noch im Katheteransatz und der Sicherheitsmechanismus wurde noch nicht aktiviert.

Weiters haben die Auftraggeberinnen in ihrer Stellungnahme vom XXXX ausgeführt, dass es im Rahmen der Anwendung einer Sicherheitsvenenverweilkanüle gemäß Los 2 „unweigerlich“ zu einer, „wenn auch äußerst isolierte[n], (Erst-)Kontamination“ mit Blut kommt, wenn der Arm des Patienten punktiert werde. Weiters haben die Auftraggeberinnen in ihrer Stellungnahme vom römisch 40 ausgeführt, dass es im Rahmen der Anwendung einer Sicherheitsvenenverweilkanüle gemäß Los 2 „unweigerlich“ zu einer, „wenn auch äußerst isolierte[n], (Erst-)Kontamination“ mit Blut kommt, wenn der Arm des Patienten punktiert werde.

3.3.3.2. Somit bestätigt sich der Wortlaut der Anforderung gemäß Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung, demnach es für die Erfüllung dieses Kriteriums durch die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus nicht zu einer weiteren Kontamination mit Blut kommen darf. Eine Kontamination, die infolge eines vor- oder nachgelagerten Schrittes der Anwendung der Sicherheitsvenenverweilkanüle auftritt, ist für die Erfüllung der Anforderung gemäß Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung nicht maßgeblich.

Das Vorbringen der Auftraggeberinnen, dass die Sicherheitsvenenverweilkanülen „auch“ für die notfallmedizinische Behandlung verwendet werden sollen, wo jedwede Kontamination vermieden werden müsse, weil (anders als bei planbaren Operationen) Patienten nicht auf ansteckende Krankheiten überprüft werden könnten, ändert nicht den Erklärungswert der spezifischen Anforderung von Pkt. 2.15. Abseits davon ist ein solcher Verwendungszweck den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich zu entnehmen und er folgt auch nicht allein aus dem Umstand, dass neben Einrichtungen der ÖGK auch Einrichtungen der XXXX zu beliefern sind. Das Vorbringen der Auftraggeberinnen, dass die Sicherheitsvenenverweilkanülen „auch“ für die notfallmedizinische Behandlung verwendet werden sollen, wo jedwede Kontamination vermieden werden müsse, weil (anders als bei planbaren Operationen) Patienten nicht auf ansteckende Krankheiten überprüft werden könnten, ändert nicht den Erklärungswert der spezifischen Anforderung von Pkt. 2.15. Abseits davon ist ein solcher Verwendungszweck den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich zu entnehmen und er folgt auch nicht allein aus dem Umstand, dass neben Einrichtungen der ÖGK auch Einrichtungen der römisch 40 zu beliefern sind.

Den bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen ist zusammengefasst vielmehr zu entnehmen, dass die Auftraggeberinnen in unterschiedlichen Phasen der Anwendung einer Sicherheitsvenenverweilkanüle Kontaminationen mit Blut entweder ausschließen oder bei der Angebotsbewertung als Zuschlagskriterien bewerten möchten.

3.3.3.3. Gemäß § 140 Abs. 1 BVergG 2018 ist die Prüfung der Angebote so zu dokumentieren, dass alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände nachvollziehbar sind. Die Dokumentation soll sicherstellen, dass die Angebotsprüfung und somit die Beurteilung der Angebote nachvollziehbar sind. Alle wesentlichen Umstände, die eine Auftraggeberin der Beurteilung der Angebote zugrunde gelegt hat, sind in der Dokumentation zu erfassen. Wenn keine weiteren wesentlichen Umstände für die Beurteilung des Angebotes festzuhalten waren, ist es generell ausreichend, wenn im Protokoll über die Angebotsprüfung angemerkt wurde, dass sämtliche Angebote auf Vollständigkeit, Formrichtigkeit und rechnerische Richtigkeit überprüft und im Zuge der Angebotsprüfung keine Auffälligkeiten festgestellt wurden (vgl. Moick/Gföhler, BVergG 2018, § 140 BVergG 2018, E 219, unter Verweis auf VwGH 12.05.2011, 2007/04/0040). Wesentlich und somit nachvollziehbar festzuhalten ist hingegen, aus welchen Gründen ein Angebot die Anforderungen der Leistungsbeschreibung nicht erfüllt und deshalb ausgeschieden werden soll (vgl. dazu auch Plattner-Schwarz, Die Bewertungskommission im Vergaberecht, 2021, 144 f.). 3.3.3.3. Gemäß Paragraph 140, Absatz eins, BVergG 2018 ist die Prüfung der Angebote so zu dokumentieren, dass alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände nachvollziehbar sind. Die Dokumentation soll sicherstellen, dass die Angebotsprüfung und somit die Beurteilung der Angebote nachvollziehbar sind. Alle wesentlichen Umstände, die eine Auftraggeberin der Beurteilung der Angebote zugrunde gelegt hat, sind in der Dokumentation zu erfassen. Wenn keine weiteren wesentlichen Umstände für die Beurteilung des Angebotes festzuhalten waren, ist es generell ausreichend, wenn im Protokoll über die Angebotsprüfung angemerkt wurde, dass sämtliche Angebote auf Vollständigkeit, Formrichtigkeit und rechnerische Richtigkeit überprüft und im Zuge der Angebotsprüfung keine Auffälligkeiten festgestellt wurden vergleiche Moick/Gföhler, BVergG 2018, Paragraph 140, BVergG 2018, E 219, unter Verweis auf VwGH 12.05.2011, 2007/04/0040). Wesentlich und somit nachvollziehbar festzuhalten ist hingegen, aus welchen Gründen ein Angebot die Anforderungen der Leistungsbeschreibung nicht erfüllt und deshalb ausgeschieden werden soll vergleiche dazu auch Plattner-Schwarz, Die Bewertungskommission im Vergaberecht, 2021, 144 f.).

Der Dokumentation der Angebotsprüfung ist nicht zu entnehmen, bei welchem Anwendungsschritt des Produkts der Antragstellerin für Los 2 eine Kontamination des umliegenden Hautareals sowie der unmittelbaren Umgebung aufgetreten ist.

Dies legt bereits die Begründung zu Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung nahe, der zufolge es zu einer Kontamination des Punktionsgebiets bzw. des umliegenden Hautareals kam, ohne dass ein Bezug zu dem für diesen Punkt maßgeblichen Anwendungsschritt hergestellt wird. Zwar ist es isoliert betrachtet nicht ausgeschlossen, diese Begründung in Bezug zur konkreten Anforderung, der zufolge es durch die Aktivierung des Sicherheitsmechanismus zu keiner weiteren Kontamination kommen dürfe, zu setzen, zumal die Dokumentation „nur“ nachvollziehbar sein muss, ohne die diesbezüglichen (formalen) Anforderungen zu überspannen. Doch offenbart die Begründung im Protokoll der Probestellung zu Pkt. 2.14 der Leistungsbeschreibung, dass sich die Auftraggeberinnen nicht näher mit dem Zeitpunkt der Kontamination auseinandergesetzt haben. Die Nicht-Erfüllung von Pkt. 2.14 wird nämlich mit einem Verweis auf Pkt. 2.15 begründet. Pkt. 2.14 und Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung nehmen jedoch auf verschiedene

Schritte der Anwendung einer Sicherheitsvenenverweilkanüle Bezug, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten erfolgen. Zum für die Beurteilung von Pkt. 2.14 der Leistungsbeschreibung maßgeblichen Zeitpunkt ist der Sicherheitsmechanismus noch nicht aktiviert. Folglich ist die Begründung der Nicht-Erfüllung von Pkt. 2.14 der Leistungsbeschreibung unter Verweis auf Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung, wie auch die Auftraggeberinnen in der mündlichen Verhandlung zugestanden haben, nicht nachvollziehbar.

3.3.3.4. Der Dokumentation der Angebotsprüfung ist somit nicht nachvollziehbar zu entnehmen, dass sich die Auftraggeberinnen bei der Angebotsprüfung mit den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen insoweit auseinandergesetzt und geprüft haben, zu welchem Zeitpunkt eine Kontamination mit Blut aufgetreten ist. Folglich ist die Nicht-Erfüllung von Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung des Angebotes der Antragstellerin für Los 2 mit dem isolierten Verweis auf eine Kontamination nicht nachvollziehbar belegt.

Im Nachprüfungsverfahren ist zwar unstrittig geblieben, dass im Rahmen der Probestellung eine Kontamination aufgetreten ist, jedoch konnte deren auslösendes Moment nicht festgestellt werden. Im Hinblick auf die bestandsfesten Anforderungen der Leistungsbeschreibung, die die Erfüllung von Pkt. 2.14 nur als Zuschlagskriterium, die Erfüllung von Pkt. 2.15 jedoch als Mindestanforderung vorsehen, wäre dies zwingend erforderlich gewesen.

3.3.3.5. Schon aus diesem Grund ist die Antragstellerin in ihrem Recht auf ausschreibungskonforme Prüfung ihres Angebotes und in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter verletzt (vgl. dazu mwN EuGH 11.05.2017, Rs. C-131/16, Archus und Gama, Rz 25 f.). Diese Rechtswidrigkeit ist auch gemäß § 347 Abs. 1 BVergG 2018 wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens, weil bei rechtskonformen Vorgehen der Auftraggeberinnen ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens nicht ausgeschlossen werden kann. 3.3.3.5. Schon aus diesem Grund ist die Antragstellerin in ihrem Recht auf ausschreibungskonforme Prüfung ihres Angebotes und in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter verletzt vergleiche dazu mwN EuGH 11.05.2017, Rs. C-131/16, Archus und Gama, Rz 25 f.). Diese Rechtswidrigkeit ist auch gemäß Paragraph 347, Absatz eins, BVergG 2018 wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens, weil bei rechtskonformen Vorgehen der Auftraggeberinnen ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens nicht ausgeschlossen werden kann.

3.3.4. Zur Probestellung:

3.3.4.1. Weiters entsprach der Ablauf der Probestellung am XXXX nicht den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen: 3.3.4.1. Weiters entsprach der Ablauf der Probestellung am römisch 40 nicht den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen:

3.3.4.2. Pkt. 7 der Besonderen Bedingungen legt die näheren Bedingungen der Probestellung fest. Die Bieterinnen mussten für das in Los 2 angebotene Produkt für vier Größen jeweils sechs Musterstücke aus vier unterschiedlichen Chargen einreichen; für drei weitere Größen reichten jeweils sechs Musterstücken aus einer Charge aus. In der mündlichen Verhandlung wurde diese Anforderung damit begründet, dass bei vergangenen Ausschreibungen von Bieterinnen für die Probestellung eine gute Charge vorgelegt worden sei, während später im Rahmen der Vertragsdurchführung Produkte geliefert worden seien, die diverse Anforderungen nicht erfüllt hätten.

Bei einer Verpflichtung zur Vorlage von insgesamt 42 Stück des angebotenen Produkts im Kontext der Probestellung dürfen Bieterinnen zunächst grundsätzlich davon ausgehen, dass im Bedarfsfall mehrere Produkte aus unterschiedlichen Chargen getestet werden, zumal bei Nicht-Vorlage der Muster (nach Nachforderung) das Angebot auszuschneiden gewesen wäre.

3.3.4.3. Wie jedoch grundsätzlich bei der Probestellung vorzugehen ist und insbesondere wie oft Testungen durchzuführen sind, ist mangels näherer Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen von der Expertenkommission zu entscheiden. Dieser kommt gemäß Pkt. 7 der Besonderen Bedingungen die Aufgabe zu, die Produkte anhand der in der Ausschreibung geforderten Eigenschaften zu überprüfen und bezüglich Bedienbarkeit zu testen.

Die Auftraggeberinnen weisen zunächst zu Recht darauf hin, dass hinsichtlich der Mitglieder der Expertenkommission oder ihrer Qualifikationen in den Ausschreibungsunterlagen keine näheren Festlegungen getroffen werden. Durch die Verwendung des Wortes „Expertenkommission“ kommt jedoch zum Ausdruck, dass die Mitglieder die für das Prüfungsthema – hier die in der Ausschreibung geforderten Anforderungen – entsprechende Expertise aufweisen müssen. Im Zweifel sind auch Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (vgl. VwGH 09.09.2015, Ra 2014/04/0036). Gemäß §

134 BVergG 2018 darf die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes auch nur solchen Personen übertragen werden, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Die Auftraggeberinnen weisen zunächst zu Recht darauf hin, dass hinsichtlich der Mitglieder der Expertenkommission oder ihrer Qualifikationen in den Ausschreibungsunterlagen keine näheren Festlegungen getroffen werden. Durch die Verwendung des Wortes „Expertenkommission“ kommt jedoch zum Ausdruck, dass die Mitglieder die für das Prüfungsthema – hier die in der Ausschreibung geforderten Anforderungen – entsprechende Expertise aufweisen müssen. Im Zweifel sind auch Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (vergleiche VwGH 09.09.2015, Ra 2014/04/0036). Gemäß Paragraph 134, BVergG 2018 darf die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes auch nur solchen Personen übertragen werden, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen.

Den Auftraggeberinnen ist weiters zuzustimmen, dass nicht jedes Mitglied der Kommission für sich die entsprechende Fachkenntnis aufweisen muss, sondern es ausreicht, wenn diese in ihrer Gesamtheit geeignet ist (vgl. auch VwGH 22.12.2020, Ra 2019/04/0091; Plattner-Schwarz, 140 f.). Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass bereits durch die Mitwirkung auch schon nur einer Person, die nicht spezifisch medizinische Kenntnisse aufweise, die Expertenkommission nicht ordnungsgemäß zusammengesetzt ist, kann nicht gefolgt werden, zumal auch andere Kriterien der Leistungsbeschreibung zu überprüfen waren, die keine spezifisch medizinischen Kenntnisse erfordern (vgl. im Übrigen Moick/Gföhler, BVergG 2018, § 140 BVergG 2018, E 8, unter Verweis auf VwGH 12.09.2013, 2010/04/0149). Den Auftraggeberinnen ist weiters zuzustimmen, dass nicht jedes Mitglied der Kommission für sich die entsprechende Fachkenntnis aufweisen muss, sondern es ausreicht, wenn diese in ihrer Gesamtheit geeignet ist (vergleiche auch VwGH 22.12.2020, Ra 2019/04/0091; Plattner-Schwarz, 140 f.). Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass bereits durch die Mitwirkung auch schon nur einer Person, die nicht spezifisch medizinische Kenntnisse aufweise, die Expertenkommission nicht ordnungsgemäß zusammengesetzt ist, kann nicht gefolgt werden, zumal auch andere Kriterien der Leistungsbeschreibung zu überprüfen waren, die keine spezifisch medizinischen Kenntnisse erfordern (vergleiche im Übrigen Moick/Gföhler, BVergG 2018, Paragraph 140, BVergG 2018, E 8, unter Verweis auf VwGH 12.09.2013, 2010/04/0149).

3.3.4.4. Für die Beurteilung von Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung sind jedoch insoweit spezifisch medizinische Kenntnisse erforderlich, weil dieser seinem Wortlaut zufolge eine fachgerechte Anwendung der Sicherheitsvenenverweilkanüle voraussetzt. Die dazu notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen weisen der Anästhesist und die Hygienefachkraft unstrittig auf. Wenngleich auch die anderen Mitglieder der Expertenkommission zu erkennen vermögen, ob bei der Verwendung einer Sicherheitsvenenverweilkanüle eine Kontamination mit Blut eintritt oder nicht, sagt allein dieser Umstand noch nichts darüber aus, ob das Produkt fachgerecht angewendet wurde oder bei welchem Anwendungsschritt es zu einer Kontamination gekommen ist.

Neben der bei der Probestellung durchgängig anwesenden Hygienefachkraft wurde spezifisch zum Zweck der Testung des Produkts der Antragstellerin am Demoarm der Anästhesist als Experte zur Probestellung hinzugezogen. Er testete auch das Produkt der Antragstellerin ein einziges Mal am Demoarm *lege artis*, wobei es zu einer Kontamination gekommen ist.

In der mündlichen Verhandlung befragt, ob ihm dies als Arzt das erste Mal passiert sei, führte der Anästhesist aus, dass es vom Produkt abhängt und es „immer einmal wieder Situationen [gibt], wo es dazu kommen kann“. Der Anästhesist sagte weiters Folgendes aus:

„[Vorsitzender Richter]: Aus Ihrer Erfahrung derzufolge durchaus derartige Situationen auftreten können: Lässt diese einmalige Testung den Schluss zu, dass das Produkt ungeeignet ist?

[Anästhesist]: Das könnte auch eine defekte Sicherheitsvenenverweilkanüle sein.

[Vorsitzender Richter]: Aus Ihrer fachlichen Expertensicht: Wäre es notwendig gewesen, das Produkt nochmals zu testen?

[Anästhesist]: Um sicher zu gehen, wäre es wohl erforderlich gewesen. Ich habe schon in meiner Praxis Produkte bekommen, wo z.B. vorn die Nadel verschlossen war.“

Der als Experte für die konkrete Testung des Produkts für Los 2 hingezogene Anästhesist geht folglich selbst davon aus, dass eine weitere Testung erforderlich gewesen wäre, um die Eignung des von der Antragstellerin angebotenen

Produkts beurteilen zu können. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Anästhesist auf Befragung des Rechtsvertreters der Auftraggeberinnen in der mündlichen Verhandlung aussagte, dass weder Anzeichen für einen Defekt der konkret getesteten Sicherheitsvenenverweilkanüle vorlagen noch aus seiner Sicht „besondere Gründe“ für eine Wiederholung des Prüfungsvorgangs bestanden hätten. Auf anschließende Fragen des erkennenden Senats führte der Anästhesist nämlich weiters aus, dass er in der Praxis – bevor er eine bestimmte Charge eines Produkts entsorge – jedenfalls zuvor ein zweites Produkt aus dieser Charge probiere bzw. verwende.

Da entgegen der Ansicht des Expertenmitglieds keine weitere Testung des Produkts, auch nicht aus einer anderen Charge, bei der Probestellung erfolgt ist, ist die Probestellung mangelhaft und nicht in Übereinstimmung mit den bestandsfesten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen durchgeführt worden.

3.3.4.5. Schon aus dem Grund, dass der an der Probestellung seitens der Auftraggeberinnen teilnehmende Experte die Testung für unzureichend beurteilt, vermag die am XXXX durchgeführte Probestellung die Nicht-Erfüllung von Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung nicht zu belegen. 3.3.4.5. Schon aus dem Grund, dass der an der Probestellung seitens der Auftraggeberinnen teilnehmende Experte die Testung für unzureichend beurteilt, vermag die am römisch 40 durchgeführte Probestellung die Nicht-Erfüllung von Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung nicht zu belegen.

Dass die Auftraggeberinnen der Antragstellerin am Ende der Probestellung eine weitere Testung an einer Vertreterin der Auftraggeberinnen selbst anboten, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Zunächst obliegt die Prüfung eines Angebotes und somit in diesem Fall auch die ordnungsmäße Durchführung der Probestellung den Auftraggeberinnen, zumal die Teilnahme der Antragstellerin an selbiger fakultativ war. Weiters war zum konkreten Zeitpunkt der Anästhesist nicht mehr bei der Probestellung anwesend, weshalb den Vertreterinnen der Antragstellerin auch nicht klar sein konnte, unter welchen Umständen eine solche Testung allenfalls ablaufen würde.

Auch aus diesem Grund ist folglich die Antragstellerin in ihrem Recht auf ausschreibungskonforme Prüfung ihres Angebotes verletzt. Diese Rechtswidrigkeit ist auch gemäß § 347 Abs. 1 BVergG 2018 wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens, weil bei rechtskonformen Vorgehen der Auftraggeberinnen ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens nicht ausgeschlossen werden kann. Auch aus diesem Grund ist folglich die Antragstellerin in ihrem Recht auf ausschreibungskonforme Prüfung ihres Angebotes verletzt. Diese Rechtswidrigkeit ist auch gemäß Paragraph 347, Absatz eins, BVergG 2018 wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens, weil bei rechtskonformen Vorgehen der Auftraggeberinnen ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens nicht ausgeschlossen werden kann.

3.3.4.6. Hinzu tritt, dass der Anästhesist nicht während der gesamten Probestellung anwesend war. Maßgeblich ist seine Abwesenheit jedenfalls für die Beurteilung von Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung, weil er die entsprechende Testung am Demoarm durchgeführt hat.

Die Expertenkommission hat die in der Ausschreibung geforderten Eigenschaften zu überprüfen. Dies erschöpft sich nicht in der Durchführung der konkreten Testung, sondern schließt die Beurteilung der Erfüllung der Anforderungen mit ein. Es gebietet die Gleichbehandlung aller Bieter, dass jenes Mitglied der Expertenkommission, das spezifisch für die Testung hinzugezogen wurde und ebendiese vorgenommen hat, an der Beurteilung im Rahmen der Expertenkommission mitwirkt (vgl. dazu auch Plattner-Schwarz, 262 f.), andernfalls bereits die Rolle des Mitglieds in der Kommission fraglich wäre. Dies gilt im Besonderen dann, wenn nicht jedes Mitglied der Expertenkommission das spezifische Fachwissen zur Beurteilung der betreffenden Anforderung, sondern vielmehr die Kommission in ihrer Gesamtheit die fachliche Eignung aufweist. Die Mitwirkung verlangt zwar nicht notwendigerweise, dass das fragliche Mitglied die Beurteilung selbst formuliert, es muss aber Einfluss auf die konkrete Bewertung nehmen können. Wie festzustellen war, hat der Anästhesist aber unmittelbar nach der Testung die Probestellung verlassen und wirkte weder an der Ausgestaltung der Begründung noch an der Diskussion mit den Vertreterinnen der Antragstellerin zu Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung mit; ihm war das tatsächlich protokollierte Ergebnis zum Zeitpunkt der Protokollierung auch gar nicht bekannt. Es konnte auch nicht festgestellt werden, ob die Hygienefachkraft als weiteres Mitglied mit spezifischem Wissen auf Basis der vom Anästhesisten durchgeführten Testung die Begründung der Nicht-Erfüllung von Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung vornahm oder nicht. Die Expertenkommission hat die in der Ausschreibung geforderten Eigenschaften zu überprüfen. Dies erschöpft sich nicht in der Durchführung der konkreten Testung, sondern schließt die Beurteilung der Erfüllung der Anforderungen mit ein. Es gebietet die Gleichbehandlung aller Bieter, dass jenes Mitglied der Expertenkommission, das spezifisch für die Testung hinzugezogen wurde und

ebendiese vorgenommen hat, an der Beurteilung im Rahmen der Expertenkommission mitwirkt vergleiche dazu auch Plattner-Schwarz, 262 f.), andernfalls bereits die Rolle des Mitglieds in der Kommission fraglich wäre. Dies gilt im Besonderen dann, wenn nicht jedes Mitglied der Expertenkommission das spezifische Fachwissen zur Beurteilung der betreffenden Anforderung, sondern vielmehr die Kommission in ihrer Gesamtheit die fachliche Eignung aufweist. Die Mitwirkung verlangt zwar nicht notwendigerweise, dass das fragliche Mitglied die Beurteilung selbst formuliert, es muss aber Einfluss auf die konkrete Bewertung nehmen können. Wie festzustellen war, hat der Anästhesist aber unmittelbar nach der Testung die Probestellung verlassen und wirkte weder an der Ausgestaltung der Begründung noch an der Diskussion mit den Vertreterinnen der Antragstellerin zu Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung mit; ihm war das tatsächlich protokollierte Ergebnis zum Zeitpunkt der Protokollierung auch gar nicht bekannt. Es konnte auch nicht festgestellt werden, ob die Hygienefachkraft als weiteres Mitglied mit spezifischem Wissen auf Basis der vom Anästhesisten durchgeführten Testung die Begründung der Nicht-Erfüllung von Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung vornahm oder nicht.

Des Weiteren sind in die Bewertung der Expertenkommission ausweislich der Begründung im Protokoll auch Ergebnisse aus dem sogenannten Echtbetrieb (siehe dazu noch im Folgenden) eingeflossen, da spezifisch auf Kontamination in selbigem Bezug genommen wird. Der die Probestellung regelnde Pkt. 7 der Besonderen Bedingungen sieht jedoch keinen Echtbetrieb vor, sondern richtet spezifisch für die Probestellung die Expertenkommission ein. Die die Testungen im Echtbetrieb vornehmenden Personen nahmen an der Probestellung auch nicht teil bzw. waren auch nicht Mitglied der Expertenkommission; sie kannten auch nicht die Anforderungen der Leistungsbeschreibung. Dass die Expertenkommission somit das Vorliegen der in der Ausschreibung geforderten Eigenschaften nicht allein selbstständig überprüft, sondern von Dritten gewonnene Wahrnehmungen außerhalb der Probestellung ihrer Beurteilung zugrunde gelegt hat, verstößt gegen ihre in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen festgelegte Aufgabe und somit im Ergebnis gegen selbige.

Vor diesem Hintergrund war jedenfalls zum Zeitpunkt der Beurteilung der Nicht-Erfüllung von Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung die Expertenkommission nicht entsprechend den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen zusammengesetzt und die protokollierte Begründung ohne Einbeziehung des Anästhesisten und unter Verweis auf den Echtbetrieb ist nicht ausschreibungskonform.

3.3.4.7. Auch aus diesem Grund ist folglich die Antragstellerin in ihrem Recht auf ausschreibungskonforme Prüfung ihres Angebotes und in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter verletzt (vgl. dazu, dass Festlegungen für alle Angebote gleichermaßen gelten und bei allen zur Anwendung gelangen müssen, EuGH 25.04.1996, Rs. C-87/94, Kommission/Belgien, Rz 70 ff.). Diese Rechtswidrigkeit ist auch gemäß § 347 Abs. 1 BVergG 2018 wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens, weil bei rechtskonformen Vorgehen der Auftraggeberinnen ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens nicht ausgeschlossen werden kann. 3.3.4.7. Auch aus diesem Grund ist folglich die Antragstellerin in ihrem Recht auf ausschreibungskonforme Prüfung ihres Angebotes und in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter verletzt vergleiche dazu, dass Festlegungen für alle Angebote gleichermaßen gelten und bei allen zur Anwendung gelangen müssen, EuGH 25.04.1996, Rs. C-87/94, Kommission/Belgien, Rz 70 ff.). Diese Rechtswidrigkeit ist auch gemäß Paragraph 347, Absatz eins, BVergG 2018 wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens, weil bei rechtskonformen Vorgehen der Auftraggeberinnen ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens nicht ausgeschlossen werden kann.

3.3.4.8. Die Unterschrift der Vertreterinnen der Antragstellerin am Protokoll der Probestellung mag an der Wesentlichkeit der angeführten Rechtswidrigkeiten nichts zu ändern.

Die ordnungsgemäße Durchführung der Probestellung in Übereinstimmung mit den bestandsfesten Festlegungen im Rahmen der Angebotsprüfung obliegt gemäß § 134 BVergG 2018 allein den Auftraggeberinnen, die die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes nur solchen Personen übertragen dürfen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Eine Mitwirkung einer Bieterin an der Angebotsprüfung sieht das BVergG 2018 nicht vor. In dieser Phase des Vergabeverfahrens kann eine Bieterin ihr Angebot auch nicht mehr zurückziehen. Vielmehr ist sie nach dem Ende der Angebotsfrist und dem Beginn der Zuschlagsfrist an ihr Angebot gebunden (vgl. § 131 Abs. 2 iVm § 125 Abs. 8 BVergG 2018). Gemäß § 131 Abs. 2 Satz 3 BVergG 2018 kann der öffentliche Auftraggeber lediglich auf Ersuchen eines Bieters, dessen Angebot für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht kommt, diesen aus der Bindung an sein Angebot entlassen, wobei hier die Initiative vom Bieter auszugehen hat. Die ordnungsgemäße Durchführung der Probestellung in Übereinstimmung mit den bestandsfesten Festlegungen im Rahmen der Angebotsprüfung obliegt gemäß Paragraph

134, BVergG 2018 allein den Auftraggeberinnen, die die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes nur solchen Personen übertragen dürfen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Eine Mitwirkung einer Bieterin an der Angebotsprüfung sieht das BVergG 2018 nicht vor. In dieser Phase des Vergabeverfahrens kann eine Bieterin ihr Angebot auch nicht mehr zurückziehen. Vielmehr ist sie nach dem Ende der Angebotsfrist und dem Beginn der Zuschlagsfrist an ihr Angebot gebunden (vergleiche Paragraph 131, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 125, Absatz 8, BVergG 2018). Gemäß Paragraph 131, Absatz 2, Satz 3 BVergG 2018 kann der öffentliche Auftraggeber lediglich auf Ersuchen eines Bieters, dessen Angebot für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht kommt, diesen aus der Bindung an sein Angebot entlassen, wobei hier die Initiative vom Bieter auszugehen hat.

Den Ausschreibungsunterlagen sind auch keine abweichenden Festlegungen zu entnehmen. Aus der der Antragstellerin vor der Probestellung nicht bekannten Passage im Protokoll, dass das Ergebnis der Probestellung korrekt und wahrheitsgemäß protokolliert worden sei, kann jedoch kein rechtsverbindliches Anerkenntnis der Nicht-Erfüllung der Anforderungen der Leistungsbeschreibung durch die Antragstellerin abgeleitet oder eine dahingehende, unwiderlegbare Vermutung aufgestellt werden. Ein solches Verständnis hätte zur Konsequenz, dass eine Bieterin damit das Ausscheiden ihres Angebotes – als Folge der Nicht-Erfüllung von Mindestanforderungen – durch ihre Unterschrift akzeptieren würde, was in weiterer Folge faktisch einem – zumindest partiellen – Rechtsmittelverzicht gleich zu halten wäre, weil das protokollierte Ergebnis nicht mehr erfolgreich vor der zuständigen Vergabekontrollbehörde releviert werden könnte.

Eine sohin zu verstehende Erklärung einer Bieterin dürfte jedenfalls keine Zweifel offenlassen und müsste in diese Richtung eindeutig sein (vgl. zur Zurückziehung von Anträgen vor Verwaltungsbehörden VwGH 10.11.2022, Ra 2022/06/0079 mwN; zur Zurückziehung einer Beschwerde VwSlg. 19.363 A/2016 mwN; zum Rechtsmittelverzicht VwGH 08.11.2016, Ra 2016/09/0098 mwN, wobei das Vorliegen eines Rechtsmittelverzichts besonders streng zu prüfen und ein anlässlich der Abgabe eines Rechtsmittelverzichts vorliegender Willensmangel zu Gunsten der Partei zu beachten ist; auch ist die Annahme, ein Bieter wolle ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen, nur dann gerechtfertigt, wenn er dies – klar – zum Ausdruck bringt, vgl. VwGH 27.10.2014, 2012/04/0066 mwN). Dies liegt unter Bezugnahme auf die im Protokoll den Unterschriften vorangestellte Passage nicht vor, zumal die Teilnahme an der Probestellung freiwillig war und die Vertreterinnen der Antragstellerin nicht damit rechnen mussten, dass sie im Rahmen der Probestellung durch Unterschrift unter das Protokoll eine solche Erklärung abgeben müssten bzw. würden. Dies insbesondere dann, wenn am Ende der Probestellung Diskussionen ob der (Nicht-)Erfüllung der Anforderungen der Leistungsbeschreibung zwischen Vertreterinnen der Auftraggeberinnen und der Antragstellerin stattgefunden haben, von deren Erheblichkeit im Hinblick auf die Erfüllung der Anforderungen der Leistungsbeschreibung die Vertreterinnen der Antragstellerin ausweislich der mündlichen Verhandlung ausgingen. Eine sohin zu verstehende Erklärung einer Bieterin dürfte jedenfalls keine Zweifel offenlassen und müsste in diese Richtung eindeutig sein (vergleiche zur Zurückziehung von Anträgen vor Verwaltungsbehörden VwGH 10.11.2022, Ra 2022/06/0079 mwN; zur Zurückziehung einer Beschwerde VwSlg. 19.363 A/2016 mwN; zum Rechtsmittelverzicht VwGH 08.11.2016, Ra 2016/09/0098 mwN, wobei das Vorliegen eines Rechtsmittelverzichts besonders streng zu prüfen und ein anlässlich der Abgabe eines Rechtsmittelverzichts vorliegender Willensmangel zu Gunsten der Partei zu beachten ist; auch ist die Annahme, ein Bieter wolle ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen, nur dann gerechtfertigt, wenn er dies – klar – zum Ausdruck bringt, vergleiche VwGH 27.10.2014, 2012/04/0066 mwN). Dies liegt unter Bezugnahme auf die im Protokoll den Unterschriften vorangestellte Passage nicht vor, zumal die Teilnahme an der Probestellung freiwillig war und die Vertreterinnen der Antragstellerin nicht damit rechnen mussten, dass sie im Rahmen der Probestellung durch Unterschrift unter das Protokoll eine solche Erklärung abgeben müssten bzw. würden. Dies insbesondere dann, wenn am Ende der Probestellung Diskussionen ob der (Nicht-)Erfüllung der Anforderungen der Leistungsbeschreibung zwischen Vertreterinnen der Auftraggeberinnen und der Antragstellerin stattgefunden haben, von deren Erheblichkeit im Hinblick auf die Erfüllung der Anforderungen der Leistungsbeschreibung die Vertreterinnen der Antragstellerin ausweislich der mündlichen Verhandlung ausgingen.

### 3.3.5. Zum sogenannten Echtbetrieb:

3.3.5.1. Wenngleich der „Echtbetrieb“ nicht spezifisch in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ist, ist es den Auftraggeberinnen im Rahmen der Angebotsprüfung möglich, ein Angebot in jeder Hinsicht zu prüfen.

Der sogenannte Echtbetrieb ist jedoch nicht im Vergabeakt dokumentiert worden. Erst während der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht legten die Auftraggeberinnen ein Protokoll über den Echtbetrieb vor,

das jedoch ausschließlich das von der Antragstellerin für Los 2 angebotene Produkt zum Inhalt hat. Es ist aber nicht der Zweck des Nachprüfungsverfahrens die Dokumentation des Vergabeverfahrens nachzuholen (vgl. Plattner-Schwarz, 367 mwN). Dies ergibt sich schon daraus, dass gemäß § 140 Abs. 3 BVergG 2018 ein Bieter die Übermittlung oder Bereitstellung des Teiles der Dokumentation verlangen kann, der sein Angebot betrifft. Dieses umfasst die Bereitstellung der sein Angebot betreffenden – vollständigen – Dokumentation, ohne dass ein Bieter dafür zunächst ein Rechtsmittel ergreifen müsste (zur Bedeutung der Kenntnis aller Umstände im Hinblick auf die Geltendmachung von Rechten vgl. auch jüngst mwN EuGH 21.12.2023, Rs. C-66/22, Infraestruturas de Portugal und Futrifer Indústrias Ferroviárias, Rz 87). Der sogenannte Echtbetrieb ist jedoch nicht im Vergabeakt dokumentiert worden. Erst während der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht legten die Auftraggeberinnen ein Protokoll über den Echtbetrieb vor, das jedoch ausschließlich das von der Antragstellerin für Los 2 angebotene Produkt zum Inhalt hat. Es ist aber nicht der Zweck des Nachprüfungsverfahrens die Dokumentation des Vergabeverfahrens nachzuholen (vergleiche Plattner-Schwarz, 367 mwN). Dies ergibt sich schon daraus, dass gemäß Paragraph 140, Absatz 3, BVergG 2018 ein Bieter die Übermittlung oder Bereitstellung des Teiles der Dokumentation verlangen kann, der sein Angebot betrifft. Dieses umfasst die Bereitstellung der sein Angebot betreffenden – vollständigen – Dokumentation, ohne dass ein Bieter dafür zunächst ein Rechtsmittel ergreifen müsste (zur Bedeutung der Kenntnis aller Umstände im Hinblick auf die Geltendmachung von Rechten vergleiche auch jüngst mwN EuGH 21.12.2023, Rs. C-66/22, Infraestruturas de Portugal und Futrifer Indústrias Ferroviárias, Rz 87).

3.3.5.2. Unabhängig davon vermag das vorgelegte Protokoll die Nicht-Erfüllung von Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung nicht nachvollziehbar zu belegen. Wie festzustellen war, waren den die Testungen im Echtbetrieb durchführenden Personen die Anforderungen der Leistungsbeschreibung nicht bekannt. Ihnen wurden zu überprüfende Anforderungen in einer Tabelle vorgegeben, die jedoch in wesentlichen Aspekten von den konkreten Anforderungen der Leistungsbeschreibung abwichen. So fehlten bereits wesentliche Passagen vom Text des hier strittigen Pkt. 2.15 der Leistungsbeschreibung.

3.3.6. Zur Wesentlichkeit der Rechtswidrigkeiten:

Gemäß § 347 Abs. 1 BVergG 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis dann für nichtig zu erklären, wenn sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist, und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Die Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung ist sohin ausgeschlossen, wenn die Rechtswidrigkeit keine – auch keine potenzielle – Auswirkung auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hat (vgl. mwN VwGH 30.01.2019, Ra 2018/04/0001). Gemäß Paragraph 347, Absatz eins, BVergG 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis dann für nichtig zu erklären, wenn sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist, und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Die Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung ist sohin ausgeschlossen, wenn die Rechtswidrigkeit keine – auch keine potenzielle – Auswirkung auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hat (vergleiche mwN VwGH 30.01.2019, Ra 2018/04/0001).

Zur Wesentlichkeit einzelner Rechtswidrigkeiten wird auf die bisherigen Ausführungen verwiesen. Da nicht belegt ist, dass die Antragstellerin einen der geltend gemachten Ausscheidensgründe verwirklicht hat, erging die Ausscheidensentscheidung zu Unrecht und somit erweist sich diese Entscheidung als rechtswidrig. Das Verfahren befindet sich im Stadium der Prüfung der Angebote. Eine Zuschlagsentscheidung für Los 2 erfolgte bislang nicht. Angesichts dessen kann zum derzeitigen Zeitpunkt nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin als Zuschlagsempfängerin in Betracht kommt, sodass die Rechtswidrigkeit der genannten Entscheidung der Auftraggeberinnen auch als potenziell relevant im Hinblick auf den Ausgang des Vergabeverfahrens betreffend Los 2 zu beurteilen ist.

3.3.7. Zum Schluss des Ermittlungsverfahrens:

Am Ende der mündlichen Verhandlung konnte das Ermittlungsverfahren gemäß § 39 Abs. 3 AVG iVm § 17 VwGVG geschlossen werden, weil die Sache zur Entscheidung reif war, der rechtlich relevante Sachverhalt zur Gänze ermittelt wurde und den Parteien ausreichend Gelegenheit gegeben worden ist, ihre Rechte und rechtlichen Interessen geltend

zu machen. Weitere Beweiserhebungen waren nicht erforderlich, zumal auch die Parteien am Ende der mündlichen Verhandlung keine weiteren Anträge und Stellungnahmen mehr hatten. Am Ende der mündlichen Verhandlung konnte das Ermittlungsverfahren gemäß Paragraph 39, Absatz 3, AVG in Verbindung mit Paragraph 17, VwGVG geschlossen werden, weil die Sache zur Entscheidung reif war, der rechtlich relevante Sachverhalt zur Gänze ermittelt wurde und den Parteien ausreichend Gelegenheit gegeben worden ist, ihre Rechte und rechtlichen Interessen geltend zu machen. Weitere Beweiserhebungen waren nicht erforderlich, zumal auch die Parteien am Ende der mündlichen Verhandlung keine weiteren Anträge und Stellungnahmen mehr hatten.

#### 3.4. Zu B) zur Zulässigkeit der Revision:

Die Revision ist gemäß § 25a Abs. 1 VwGG zulässig, weil eine Rechtsfrage iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Revision ist gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG zulässig, weil eine Rechtsfrage iSd Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Die rechtliche Beurteilung zu Spruchpunkt A) betrifft zunächst im Wesentlichen die Auslegung von Ausschreibungsunterlagen in einem konkreten Vergabeverfahren, im Speziellen einzelne Punkte der Leistungsbeschreibung sowie der Besonderen Bedingungen und der konkreten Vorgehensweise der Auftraggeberinnen bei der Angebotsprüfung. Dabei weicht die gegenständliche Entscheidung nicht von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die insoweit maßgebliche Rechtsprechung ist unter Pkt. A) zitiert.

Hingegen liegt – soweit ersichtlich – keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur unter Pkt. A), 3.3.4.8., thematisierten Rechtsfrage vor, ob und unter welchen Bedingungen im Rahmen einer Probestellung mit fakultativer Teilnahme im Zuge der Angebotsprüfung eine Bieterin allenfalls die Nicht-Erfüllung von Anforderungen der Leistungsbeschreibung anerkennen und somit in weiterer Folge auch das Ausscheiden ihres Angebotes (unwiderruflich) akzeptieren kann.

#### **Schlagworte**

Anforderungsprofil Auslegung der Ausschreibung Ausscheiden eines Angebotes Ausscheidensentscheidung Begründungspflicht bestandfeste Ausschreibung Bestandsfestigkeit Dokumentationszweck Leistungsinhalt Lieferauftrag Medizinprodukte mündliche Verhandlung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren Nichtigserklärung objektiver Erklärungswert öffentlicher Auftraggeber Protokoll Vergabeverfahren

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2024:W606.2281146.1.00

#### **Im RIS seit**

06.02.2024

#### **Zuletzt aktualisiert am**

06.02.2024

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)