jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2024/10/18 VGW-123/095/6508/2024, VGW-123/095/6510/2024

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 18.10.2024

Entscheidungsdatum

18.10.2024

Index

L72009 Beschaffung Vergabe Wien
97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

WVRG 2020 §18 Abs1
WVRG 2020 §23 Abs1
WVRG 2020 §23 Abs2
BVergG 2018 §151 Abs1
BVergG 2018 §20 Abs4
BVergG 2018 §2 Z22 lita
BVergG 2018 §2 Z22 litc

1. BVergG 2018 § 151 heute
2. BVergG 2018 § 151 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 20 heute
2. BVergG 2018 § 20 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 2 heute
2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 2 heute
2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 21.08.2018

Text

1) zu VGW-123/095/6510/2024 (B. GmbH):

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Mag. Schmied als Vorsitzenden und Dr. Diem als Berichter sowie durch seine Richterin Mag. Bachert-Sedlak als Beisitzerin über den Antrag der B. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, vom 14.5.2024 auf Nichtigerklärung des Los 1 der Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren

„Darmkrebs-Screening" des Wiener Gesundheitsfonds (vergebende Stelle: Rechtsanwälte GmbH) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19.6.2024, 30.7.2024 und 7.8.2024 durch Verkündung am 7.8.2024

zu Recht e r k a n n t:

I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung hinsichtlich Los 1 betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung Darmkrebs-Screening“ wird insoweit stattgegeben, als folgende Passagen im Informationsteil 1a der Ausschreibungsunterlagen gemäß § 23 Abs. 1 und 2 WVRG 2020 iVm § 151 Abs. 1 iVm § 2 Z 22 lit. a BVergG 2018 ersatzlos gestrichen werden:römisch eins. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung hinsichtlich Los 1 betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung Darmkrebs-Screening“ wird insoweit stattgegeben, als folgende Passagen im Informationsteil 1a der Ausschreibungsunterlagen gemäß Paragraph 23, Absatz eins, und 2 WVRG 2020 in Verbindung mit Paragraph 151, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 22, Litera a, BVergG 2018 ersatzlos gestrichen werden:

- „Eine Doppelnennung der Eignungsreferenzen auch als Auswahlreferenzen istunzulässig.“ in Punkt 8.1.1.
- „Die Eignungsreferenzen werden nicht als Auswahlreferenzen gewertet.“ in Punkt 8.1.1.(i)
- „Eine Doppelnennung der Eignungsreferenzen auch als Auswahlreferenzen istunzulässig.“ in Punkt 8.1.2.
- „Die Eignungsreferenzen werden nicht als Auswahlreferenzen gewertet.“ in Punkt 8.1.2.(i)

Im Übrigen wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung hinsichtlich Los 1 gemäß § 8 Abs. 1 WVRG 2020 abgewiesen. Im Übrigen wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung hinsichtlich Los 1 gemäß Paragraph 8, Absatz eins, WVRG 2020 abgewiesen.

II. Gemäß §§ 14 und 15 WVRG 2020 hat der Auftraggeber der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 3.421,50 binnen 14 Tagen zu ersetzen.römisch II. Gemäß Paragraphen 14 und 15 WVRG 2020 hat der Auftraggeber der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 3.421,50 binnen 14 Tagen zu ersetzen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.römisch III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

2) zu VGW-123/095/6508/2024 (A. OG):

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Mag. Schmied als Vorsitzenden und Dr. Diem als Berichter sowie durch seine Richterin Mag. Bachert-Sedlak als Beisitzerin über den Antrag der A. OG, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, vom 14.5.2024 auf Nichtigerklärung des Los 2 der Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren „Darmkrebs-Screening" des Wiener Gesundheitsfonds (vergebende Stelle: Rechtsanwälte GmbH) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19.6.2024, 30.7.2024 und 7.8.2024 durch Verkündung am 7.8.2024

zu Recht e r k a n n t:

I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung hinsichtlich Los 2 betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung Darmkrebs-Screening“ wird insoweit stattgegeben, als folgende Passage im Informationsteil 1a der Ausschreibungsunterlagen gemäß § 23 Abs. 1 und 2 WVRG 2020 iVm § 151 Abs. 1 iVm § 2 Z 22 lit. c BVergG 2018 ersatzlos gestrichen wird:römisch eins. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung hinsichtlich Los 2 betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung Darmkrebs-Screening“ wird insoweit stattgegeben, als folgende Passage im Informationsteil 1a der Ausschreibungsunterlagen gemäß Paragraph 23, Absatz eins, und 2 WVRG 2020 in Verbindung mit Paragraph 151, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 22, Litera c, BVergG 2018 ersatzlos gestrichen wird:

- „hinsichtlich der im Leistungsgegenstand beschriebenen Dienstleistungen“ in Punkt 7.6.1.

Im Übrigen wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung hinsichtlich Los 2 gemäß § 8 Abs. 1 WVRG 2020 abgewiesen. Im Übrigen wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung hinsichtlich Los 2 gemäß Paragraph 8, Absatz eins, WVRG 2020 abgewiesen.

II. Gemäß §§ 14 und 15 WVRG 2020 hat der Auftraggeber der Antragstellerin die von ihr entrichteten

Pauschalgebühren in der Höhe von € 3.421,50 binnen 14 Tagen zu ersetzen.römisch II. Gemäß Paragraphen 14 und 15 WVRG 2020 hat der Auftraggeber der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 3.421,50 binnen 14 Tagen zu ersetzen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.römisch III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

Begründung

zu 1) und 2)

I. Verfahrensgangrömisch eins. Verfahrensgang

1. Der Wiener Gesundheitsfonds führt als öffentlicher Auftraggeber (im Folgenden: Auftraggeber) durch die Rechtsanwälte GmbH als vergebende Stelle ein zweistufiges Vergabeverfahren sui generis zur Vergabe einer besonderen Dienstleistung im Oberschwellenbereich. Gegenstand des Vergabeverfahrens ist der Abschluss von zwei Rahmenvereinbarungen (zwei Lose). Los 1 betrifft die Planung und Durchführung eines populationsbezogenen Darmkrebs-Screenings in Wien, Los 2 die Durchführung von Koloskopien samt Nebenleistungen.

Die Bekanntmachung erfolgte auf nationaler Ebene am 8.4.2024 und auf Unionsebene am 9.4.2024. Das Ende der Frist für die Abgabe von Teilnahmeanträgen wurde mit 22.5.2024, 14:00 Uhr, festgelegt.

2. Mit Nachprüfungsanträgen vom 14.5.2024, eingelangt beim Verwaltungsgericht am selben Tag, wird die gegenständliche Ausschreibung angefochten. Der Nachprüfungsantrag der B. GmbH (im Folgenden: Antragstellerin 1) richtet sich dabei gegen Los 1, jener der A. OG (im Folgenden: Antragstellerin 2) gegen Los 2. Zugleich haben beide Antragstellerinnen einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Einen Nachweis über die Entrichtung der Pauschalgebühren in Höhe von jeweils € 3.421,50 haben beide Antragstellerinnen ihren Anträgen beigefügt.

2.1. Zum drohenden Schaden und zum Interesse am Vertragsabschluss führt die Antragstellerin 1 im Nachprüfungsantrag auf das Wesentliche zusammengefasst aus, dass sie als im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen gewerblich tätiges Unternehmen großes Interesse an der Erbringung der von Los 1 umfassten Leistungen sowie am Abschluss des Vertrages habe. Ihr Geschäftsfeld umfasse insbesondere die Vermittlung von Ärzten, worunter auch die Koordinierung ärztlicher Leistungen falle. Sie habe bereits Überlegungen für ein Terminkoordinationssystem angestellt und mit den für eine Teilnahme an Los 1 notwendigen Geschäftspartnern Gespräche geführt und um Übermittlung von Verfügbarkeitserklärungen und Nachweisen gebeten. Diese Vorbereitungstätigkeiten könnten jederzeit nachgewiesen werden. Die Fortführung des aus Sicht der Antragstellerin 1 rechtswidrigen Vergabeverfahrens würde ihr die Möglichkeit nehmen, sich aussichtsreich am Vergabeverfahren zu beteiligen.

2.2. Als rechtswidrig erachtet die Antragstellerin 1 die Ausschreibung hinsichtlich Los 1 auf das Wesentliche zusammengefasst aus folgenden Gründen:

2.2.1. Dem Auftraggeber fehle es am Vergabewillen gemäß § 20 Abs. 4 BVergG 2018. Der Auftraggeber sei ein öffentlicher Fonds und eine juristische Person des öffentlichen Rechts. Er sei an das Wiener Gesundheitsfonds-Gesetz 2017 (im Folgenden: WGF-G 2017) gebunden. In dessen § 2 seien die Aufgaben des Auftraggebers geregelt. Zwar sei die Aufzählung eine demonstrative, das Gesetz bringe aber deutlich zum Ausdruck, dass es stets nur um die Planung, Steuerung und Finanzierung des Gesundheitswesens in Wien zur Umsetzung der einschlägigen Art. 15a-Vereinbarungen gehe. Das ausgeschriebene Darmkrebs-Screening-Programm finde in den Tatbeständen des § 2 Abs. 1 Z 1 bis Z 18 WGF-G 2017 keine Deckung. Entscheidend sei, dass die Erbringung ärztlicher Leistungen iSd § 2 Abs. 2 ÄrzteG keinesfalls vom Auftraggeber organisiert werden könne, weil ihm immer nur die „Planung, Steuerung und Finanzierung“ des Gesundheitswesens in Wien obliege (§ 1 Abs. 1 WGF-G 2017), niemals aber der Aufbau (Organisation und Bereitstellung) eines konkreten ärztlichen Versorgungsangebots. Auch die finanziellen Mittel des Auftraggebers seien zweckgebunden und dürften nur für die gesetzlich vorgesehenen Aufgaben verwendet werden. Die Verwendung von Geldmitteln für den Aufbau eines ärztlichen Versorgungsangebotes sei jedoch nicht vom Gesetz gedeckt. Dadurch sei auch klar, dass der Auftraggeber wirtschaftlich nicht in der Lage sei, die Mittel für dieses Projekt allein in die Hand zu nehmen. Die Ausschreibung sei bereits deshalb für nichtig zu erklären, weil von vornherein außer Zweifel stehe,

dass der Auftraggeber rechtlich und wirtschaftlich nicht in der Lage sei, die ausgeschriebene Leistung zu vergeben. 2.2.1. Dem Auftraggeber fehle es am Vergabewillen gemäß Paragraph 20, Absatz 4, BVergG 2018. Der Auftraggeber sei ein öffentlicher Fonds und eine juristische Person des öffentlichen Rechts. Er sei an das Wiener Gesundheitsfonds-Gesetz 2017 (im Folgenden: WGF-G 2017) gebunden. In dessen Paragraph 2, seien die Aufgaben des Auftraggebers geregelt. Zwar sei die Aufzählung eine demonstrative, das Gesetz bringe aber deutlich zum Ausdruck, dass es stets nur um die Planung, Steuerung und Finanzierung des Gesundheitswesens in Wien zur Umsetzung der einschlägigen Artikel 15 a, -, fünf e, r, e, i, n, b, a, r, u, n, g, e, n, gehe. Das ausgeschriebene Darmkrebs-Screening-Programm finde in den Tatbeständen des Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer eins bis Ziffer 18, WGF-G 2017 keine Deckung. Entscheidend sei, dass die Erbringung ärztlicher Leistungen iSd Paragraph 2, Absatz 2, ÄrzteG keinesfalls vom Auftraggeber organisiert werden könne, weil ihm immer nur die „Planung, Steuerung und Finanzierung" des Gesundheitswesens in Wien obliege (Paragraph eins, Absatz eins, WGF-G 2017), niemals aber der Aufbau (Organisation und Bereitstellung) eines konkreten ärztlichen Versorgungsangebots. Auch die finanziellen Mittel des Auftraggebers seien zweckgebunden und dürften nur für die gesetzlich vorgesehenen Aufgaben verwendet werden. Die Verwendung von Geldmitteln für den Aufbau eines ärztlichen Versorgungsangebotes sei jedoch nicht vom Gesetz gedeckt. Dadurch sei auch klar, dass der Auftraggeber wirtschaftlich nicht in der Lage sei, die Mittel für dieses Projekt allein in die Hand zu nehmen. Die Ausschreibung sei bereits deshalb für nichtig zu erklären, weil von vornherein außer Zweifel stehe, dass der Auftraggeber rechtlich und wirtschaftlich nicht in der Lage sei, die ausgeschriebene Leistung zu vergeben.

2.2.2. Da es nicht zu den gesetzlichen Aufgaben des Auftraggebers gehöre, das ärztliche Behandlungsangebot zu organisieren, verstoße die Ausschreibung nicht nur gegen das WGF-G 2017, sondern auch gegen das ASVG. Das ausgeschriebene Darmkrebs-Screening umfasse auch ärztliche Leistungen, die als Vorsorgeuntersuchung iSd § 132b ASVG zur Früherkennung von Krebs zu qualifizieren seien und insoweit dem Sozialversicherungsrecht unterliegen würden. Zur „Durchführung der Krankenversicherung" sei gemäß § 26 Abs. 1 ASVG allein die ÖGK zuständig. Unter „Durchführung" der Krankenversicherung sei zu verstehen, dass die ÖGK die gesetzlich vorgesehenen Leistungen zu gewähren habe und ein Leistungsanspruch aus dem jeweiligen Versicherungszweig daher auch nur gegen die ÖGK geltend gemacht werden könne. Eine Zuständigkeit des Auftraggebers zur Organisation eines ärztlichen Versorgungsangebots sei nirgends vorgesehen. Das ASVG biete dafür keine Rechtsgrundlage und schließe ein Tätigwerden anderer Akteure als die Sozialversicherungsträger sogar aus. Der Aufbau paralleler Strukturen der ärztlichen Versorgung widerspreche daher dem ASVG und sei folglich rechtswidrig. Selbst wenn man vertreten wollte, dass das ASVG einem Aufbau paralleler Versorgungsstrukturen nicht hindernd entgegenstehe und mit dem ausgeschriebenen Darmkrebs-Screening eben gerade eine vom ASVG losgelöste parallele Versorgungsschiene etabliert werden soll, so würde dies dem Gesundheits-Zielsteuerungsrecht widersprechen. Gemäß Art. 6 Abs. 2 Z 1 letzter Satz der Art. 15-Vereinbarung BGBl. I 97/2017 sei es geboten, dass „Parallelstrukturen [...] abzubauen" seien. Vor diesem Hintergrund verbiete sich die Annahme, dass der Auftraggeber zum Aufbau paralleler Versorgungsstrukturen ermächtigt wäre. Das Verwaltungsgericht Wien habe in der Entscheidung zur Zl. VGW-123/095/15506/2023, entscheidend auf das Gesetzesverständnis der Wiener Landeszielsteuerungskommission selbst abgestellt, das aber weder mit dem Sozialversicherungsrecht noch mit dem Gesundheits-Zielsteuerungsrecht vereinbar sei. 2.2.2. Da es nicht zu den gesetzlichen Aufgaben des Auftraggebers gehöre, das ärztliche Behandlungsangebot zu organisieren, verstoße die Ausschreibung nicht nur gegen das WGF-G 2017, sondern auch gegen das ASVG. Das ausgeschriebene Darmkrebs-Screening umfasse auch ärztliche Leistungen, die als Vorsorgeuntersuchung iSd Paragraph 132 b, ASVG zur Früherkennung von Krebs zu qualifizieren seien und insoweit dem Sozialversicherungsrecht unterliegen würden. Zur „Durchführung der Krankenversicherung" sei gemäß Paragraph 26, Absatz eins, ASVG allein die ÖGK zuständig. Unter „Durchführung" der Krankenversicherung sei zu verstehen, dass die ÖGK die gesetzlich vorgesehenen Leistungen zu gewähren habe und ein Leistungsanspruch aus dem jeweiligen Versicherungszweig daher auch nur gegen die ÖGK geltend gemacht werden könne. Eine Zuständigkeit des Auftraggebers zur Organisation eines ärztlichen Versorgungsangebots sei nirgends vorgesehen. Das ASVG biete dafür keine Rechtsgrundlage und schließe ein Tätigwerden anderer Akteure als die Sozialversicherungsträger sogar aus. Der Aufbau paralleler Strukturen der ärztlichen Versorgung widerspreche daher dem ASVG und sei folglich rechtswidrig. Selbst wenn man vertreten wollte, dass das ASVG einem Aufbau paralleler Versorgungsstrukturen nicht hindernd entgegenstehe und mit dem ausgeschriebenen Darmkrebs-Screening eben gerade eine vom ASVG losgelöste parallele Versorgungsschiene etabliert werden soll, so würde dies dem Gesundheits-Zielsteuerungsrecht widersprechen. Gemäß Artikel 6, Absatz 2, Ziffer eins, letzter Satz der Artikel 15 -, fünf e, r, e, i, n, b, a, r, u, n, g, Bundesgesetzblatt Teil eins, 97 aus 2017, sei es geboten,

dass „Parallelstrukturen [...] abzubauen“ seien. Vor diesem Hintergrund verbiete sich die Annahme, dass der Auftraggeber zum Aufbau paralleler Versorgungsstrukturen ermächtigt wäre. Das Verwaltungsgericht Wien habe in der Entscheidung zur Zl. VGW-123/095/15506/2023, entscheidend auf das Gesetzesverständnis der Wiener Landeszielsteuerungskommission selbst abgestellt, das aber weder mit dem Sozialversicherungsrecht noch mit dem Gesundheits-Zielsteuerungsrecht vereinbar sei.

2.2.3. Die Leistungserbringung sei aufgrund datenschutzrechtlicher Bestimmungen rechtlich unmöglich. Der Auftraggeber verfüge im Hinblick auf die Festlegungen in den Punkten 4., 4.1.(iv) und 4.1.(v) des Informationsteils 1a der Ausschreibungsunterlagen (im Folgenden: Informationsteil 1a) selbst nicht über die (Gesundheits-)Daten und dürfe darüber auch nicht verfügen. Die Daten seien aber für die Erfüllung der dem Rahmenvereinbarungspartner von Los 1 auferlegten Verpflichtungen erforderlich. Über die Daten, „welche Personen mit Hauptwohnsitz in Wien, die im Alter zwischen 45 und 75 Jahren (das sind rund 700.000 Personen) sind und in den vergangenen 10 Jahren (Auswertung der letzten 8 Jahre wird berücksichtigt) keine (Vorsorge-)Koloskopie durchgeführt haben sowie in den letzten zwei Jahren keinen F.I.T. durchgeführt haben“, verfüge lediglich der betreffende Sozialversicherungsträger. Es sei unklar, wie der Auftraggeber in rechtlich zulässiger Weise Zugang zu diesen Daten bekommen soll. Es sei keine Rechtsgrundlage erkennbar, aufgrund derer der Auftraggeber Anspruch erheben könnte, die Daten von den Sozialversicherungsträgern zu erhalten oder selbst zu erheben. Es sei auch nicht erkennbar, wie der Rahmenvereinbarungspartner von Los 1 rechtmäßig an jene Daten gelangen soll, die zugleich als Ausgangspunkt erforderlich seien, damit überhaupt ein Projekt gemäß der Ausschreibung zustande kommen könne.

2.2.4. Kassenärzte seien durch Punkt 4.1.(v) des Informationsteils 1a diskriminiert, weshalb ein Verstoß gegen § 20 Abs. 3 BVergG 2018 vorliege. Dadurch, dass eine qualitätsgesicherte Auswertung der Proben im Labor sowie die anschließende Befundübermittlung innerhalb von vier Tagen ab Abgabe des F.I.T. zu erfolgen habe, werde die Antragstellerin 1, weil sie bei ihrer Leistungserbringung auf mit Kassenverträgen ausgestattete Fachärzte zurückgreife, diskriminiert. Diese würden gesamtvertraglichen Regelungen unterliegen, womit sie u.a. eine Behandlungspflicht während der Ordinationszeiten hätten und einem Diskriminierungsverbot von Kassenpatienten gegenüber Privatpatienten unterworfen seien. 2.2.4. Kassenärzte seien durch Punkt 4.1.(v) des Informationsteils 1a diskriminiert, weshalb ein Verstoß gegen Paragraph 20, Absatz 3, BVergG 2018 vorliege. Dadurch, dass eine qualitätsgesicherte Auswertung der Proben im Labor sowie die anschließende Befundübermittlung innerhalb von vier Tagen ab Abgabe des F.I.T. zu erfolgen habe, werde die Antragstellerin 1, weil sie bei ihrer Leistungserbringung auf mit Kassenverträgen ausgestattete Fachärzte zurückgreife, diskriminiert. Diese würden gesamtvertraglichen Regelungen unterliegen, womit sie u.a. eine Behandlungspflicht während der Ordinationszeiten hätten und einem Diskriminierungsverbot von Kassenpatienten gegenüber Privatpatienten unterworfen seien.

2.2.5. Die Leistungsbeschreibung sei zu wenig spezifisch und führe zu einer unzulässigen Überwälzung unkalkulierbarer Risiken. In einem zweistufigen Verhandlungsverfahren müssten die Teilnahmeunterlagen jedenfalls hinreichend konkret sein, um einem interessierten Unternehmer die Beurteilung zu ermöglichen, ob eine Teilnahme an diesem Vergabeverfahren möglich und sinnvoll sei. Widersprüchlich dazu lasse der Auftraggeber in Punkt 4.1.(v) des Informationsteils 1a offen, in welche „anderen Systeme“ die Einmeldung der Untersuchungsergebnisse erfolgen soll, um den Dokumentationserfordernissen zu genügen. Aktuell sei eine Einmeldung von Untersuchungsergebnissen in ELGA gar nicht möglich. Durch diese unpräzise Regelung würden in unzulässiger Weise Kostenrisiken auf die Auftragnehmer überwälzt (für diesen Leistungsteil gebe es keine eigenständige Entgeltregelung, weshalb die mit dieser Einmeldung verbundenen Kosten in den Preis pro Testkit einkalkuliert werden müssten). Am Vergabeverfahren interessierte Unternehmer könnten nicht abschätzen, welche Kosten auf sie zukommen würden bzw. ob eine Anbindung ihrer Software an dieses „andere System“ überhaupt technisch möglich sei. Diese Festlegungen müssten bereits jetzt aufgrund der dem BVergG 2018 inhärenten Präklusionswirkung angefochten werden.

2.2.6. Die wesentlichen Vertragsbestimmungen seien nicht angegeben. Die wesentlichen Vertragsteile und somit unverhandelbare vertragliche Mindestanforderungen habe der Auftraggeber den Bewerbern nicht bekanntgegeben. Es bestehe gänzliche Unklarheit im Hinblick auf die zukünftigen vertraglichen Verpflichtungen.

2.2.7. Das Zuschlagskriterium „Preis“ in Punkt 9.6. des Informationsteils 1a sei wegen unbestimmter Teilnahmebedingungen unzulässig. Der angebotene Gesamtpreis (netto) bilde nach den Teilnahmeunterlagen das Zuschlagskriterium „Preis“. Der Gesamtpreis werde aus der Addition des Preises pro ausgegebenem Testkit und des Preises pro ausgewertetem Test errechnet. Sämtliche anfallenden Nebenkosten seien in den angebotenen Preis

einzurechnen. Die für die Preisberechnung erforderlichen Festlegungen müssten aufgrund der dem BVergG 2018 inhärenten Präklusionswirkung bereits jetzt angefochten werden, weil sie sonst Bestandskraft erlagen würden. Nach den Punkten 4.1.(v) und 4.1.(viii) des Informationsteils 1a sei insbesondere die Nutzung von ELGA in Abhängigkeit der Entwicklungen von ELGA zu sehen und unter Umständen seien auch andere Systeme erforderlich, um den Dokumentationserfordernissen zu genügen. Es sei aber unklar, wie eine Speicherung von Gesundheitsdaten außerhalb ELGA überhaupt rechtskonform durchgeführt werden könne und welches System der Auftraggeber hier vorsehen habe wollen.

2.2.8. Das Zuschlagskriterium „Preis" sei auch wegen einer mangelnden Mengenschätzung zur Preiskalkulation rechtswidrig. In der Ausschreibung sei festgelegt, dass ein Mengengerüst zur Kalkulation eines Preises pro Testkit und eines Preises für die Auswertung pro Testkit erst in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens bekanntgegeben werde. Dies müsse jedoch bereits in den Teilnahmeunterlagen festgelegt werden.

2.2.9. Es bestehe ein unkalkulierbares Risiko mangels festgelegter Mindestabrufmenge. Die Ausschreibungsunterlagen seien aber so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden könnten.

2.2.10. Die Eignungs- und Auswahlkriterien betreffend „Laboranalysen" und „Logistikleistungen" – Punkte 7.5.1.(i), 8.1.1. bzw. 7.5.1.(ii) und 8.1.2. des Informationsteils 1a – seien unsachlich. Insbesondere das Doppelnennungsverbot als Eignungs- und Auswahlreferenz sei intransparent und unsachlich. Zudem sei es unsachlich auf die bloße Anzahl der Referenzprojekte abzustellen, wenn es dem Auftraggeber in Wirklichkeit um die Anzahl der durchgeführten Probeanalysen bzw. Beförderungen gehe, die auch in einem Referenzprojekt dargelegt werden könnten. Es sei kein sachlicher Grund erkennbar, wieso die Vorlage eines Referenzprojektes, das genauso viel oder mehr Probeanalysen umfasse als zB fünf kleine Referenzprojekte, nicht das Erreichen der maximalen Punktezahl ermöglichen soll.

2.3. Die Antragstellerin 2 führt im Nachprüfungsantrag zum drohenden Schaden und zum Interesse am Vertragsabschluss auf das Wesentliche zusammengefasst aus, dass sie als Facharztordination für [...] und als u.a. auf Erbringung von Koloskopien spezialisiertes Unternehmen naturgemäß großes Interesse an der Erbringung der von Los 2 umfassten Leistungen sowie am Abschluss des Vertrages habe. Sie führe monatlich [...] Endoskopien durch, weshalb sie die Anforderungen des Los 2 jedenfalls erfülle. Die Fortführung des aus Sicht der Antragstellerin 2 rechtswidrigen Vergabeverfahrens würde ihr die Möglichkeit nehmen, sich aussichtsreich am Vergabeverfahren zu beteiligen.

2.3.1. Es fehle dem Auftraggeber am Vergabewillen (siehe die inhaltsgleichen Ausführungen in Punkt 2.2.1.).

2.3.2. Die Ausschreibung verstoße auch gegen das ASVG bzw. gegen das Gesundheits-Zielsteuerungsrecht (siehe die inhaltsgleichen Ausführungen in Punkt 2.2.2.).

2.3.3. Die Leistungserbringung sei aufgrund datenschutzrechtlicher Bestimmungen rechtlich unmöglich (vgl. bereits die Ausführungen in Punkt 2.2.3.); es sei nicht erkennbar, wie der Rahmenvereinbarungspartner von Los 2 rechtmäßig an jene Daten gelangen soll, die zugleich als Ausgangspunkt erforderlich seien, damit überhaupt ein Projekt gemäß der Ausschreibung zustande kommen könne und er die ihm zugedachten Leistungen erbringen könne (bzw. dürfe). 2.3.3. Die Leistungserbringung sei aufgrund datenschutzrechtlicher Bestimmungen rechtlich unmöglich vergleiche bereits die Ausführungen in Punkt 2.2.3.); es sei nicht erkennbar, wie der Rahmenvereinbarungspartner von Los 2 rechtmäßig an jene Daten gelangen soll, die zugleich als Ausgangspunkt erforderlich seien, damit überhaupt ein Projekt gemäß der Ausschreibung zustande kommen könne und er die ihm zugedachten Leistungen erbringen könne (bzw. dürfe).

2.3.4. Ärzte des niedergelassenen Bereichs seien durch die Ausschreibung zu Los 2 diskriminiert. Der Auftraggeber habe festgelegt, dass keine Übernahme der Leistungen aus dem niedergelassenen Bereich angestrebt werde. Damit impliziere der Auftraggeber, dass die ausgeschriebenen Rahmenvereinbarungen des Los 1 und insbesondere des Los 2 nicht mit Ärzten aus dem niedergelassenen Bereich abgeschlossen werden sollen. Dadurch würden diese gegenüber anderen Bewerbern, wie insbesondere Krankenanstalten, diskriminiert.

2.3.5. Kassenärzte seien durch die Punkte 4.2.(ii) und 4.2.(iii) des Informationsteils 1a diskriminiert. Durch den Aufbau einer rechtswidrigen Parallelstruktur werde die Antragstellerin, deren Gesellschafter Kassenärzte seien, von vornherein und systematisch diskriminiert. Kassenärzte würden gesamtvertraglichen Regelungen unterliegen, womit sie u.a. eine Behandlungspflicht während der Ordinationszeiten hätten und einem Diskriminierungsverbot von

Kassenpatienten gegenüber Privatpatienten unterworfen seien. Die Verpflichtung zur Durchführung von Abklärungskoloskopien innerhalb von 14 Tagen ab Kontaktaufnahme und der Histopathologie inklusive Befundbesprechung innerhalb von 5 Werktagen ab Durchführung der Abklärungskoloskopien führe zwangsläufig zu einer Benachteiligung von Kassenpatienten, weil diese keinen Anspruch auf Erhalt dieser medizinischen Leistungen binnen der vorgesehenen knappen Zeitfenster hätten. Diese Zeitvorgaben verunmöglichten Vertragsärzten im Gegensatz zu Nicht-Vertragsärzten aufgrund ihrer gesamt- bzw. einzelvertraglichen Verpflichtungen, die Leistungsteile ohne Benachteiligung von Kassenpatienten zu erbringen.

2.3.6. Die Leistungsbeschreibung sei im Hinblick auf Punkt 4.2.(iv) des Informationsteils 1a zu wenig spezifisch und führe zu einer unzulässigen Überwälzung unkalkulierbarer Risiken (vgl. bereits die Ausführungen in Punkt 2.2.5.).2.3.6. Die Leistungsbeschreibung sei im Hinblick auf Punkt 4.2.(iv) des Informationsteils 1a zu wenig spezifisch und führe zu einer unzulässigen Überwälzung unkalkulierbarer Risiken vergleiche bereits die Ausführungen in Punkt 2.2.5.).

2.3.7. Die wesentlichen Vertragsbestimmungen seien nicht angegeben (siehe die inhaltsgleichen Ausführungen in Punkt 2.2.6.).

2.3.8. Das Zuschlagskriterium „Preis“ in Punkt 9.7. des Informationsteils 1a sei wegen unbestimmter Teilnahmebedingungen unzulässig. Der angebotene Gesamtpreis (netto), welcher sich aus der Addition des Preises pro Abklärungskoloskopie und des Preises pro Histologie zusammensetze, bilde nach den Teilnahmeunterlagen das Zuschlagskriterium „Preis“. Im Hinblick auf Punkt 4.2.(iv) des Informationsteils 1a sei unklar, wie eine Speicherung von Gesundheitsdaten außerhalb ELGA überhaupt rechtskonform durchgeführt werden könne und welches System der Auftraggeber hier vorsehen habe wollen (vgl. bereits die Ausführungen in Punkt 2.2.7.).2.3.8. Das Zuschlagskriterium „Preis“ in Punkt 9.7. des Informationsteils 1a sei wegen unbestimmter Teilnahmebedingungen unzulässig. Der angebotene Gesamtpreis (netto), welcher sich aus der Addition des Preises pro Abklärungskoloskopie und des Preises pro Histologie zusammensetze, bilde nach den Teilnahmeunterlagen das Zuschlagskriterium „Preis“. Im Hinblick auf Punkt 4.2.(iv) des Informationsteils 1a sei unklar, wie eine Speicherung von Gesundheitsdaten außerhalb ELGA überhaupt rechtskonform durchgeführt werden könne und welches System der Auftraggeber hier vorsehen habe wollen vergleiche bereits die Ausführungen in Punkt 2.2.7.).

2.3.9. Das Zuschlagskriterium „Preis“ sei auch wegen einer mangelnden Mengenschätzung zur Preiskalkulation rechtswidrig. In der Ausschreibung sei festgelegt, dass ein Mengengerüst zur Kalkulation eines Preises pro Abklärungskoloskopie und eines Preises pro Histologie erst in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens bekanntgegeben werde. Dies müsse jedoch bereits in den Teilnahmeunterlagen festgelegt werden.

2.3.10. Es bestehe ein unkalkulierbares Risiko mangels festgelegter Mindestabrufmenge (vgl. bereits die Ausführungen in Punkt 2.2.9). Die Teilnahmeunterlagen würden mit dem Formblatt ./7b.1 (Eignungsnachweis Los 2) vorsehen, dass der Bewerber durch Eidesstattliche Erklärung bestätigen müsse, dass er für die Ausführung des Auftrages mit der von ihm angegebenen Ausstattung, den angegebenen Geräten sowie der angegebenen technischen Ausrüstung die im Leistungsgegenstand beschriebenen Dienstleistungen fachgerecht innerhalb des Stadtgebietes Wien erbringen könne. Diese müsse der Bewerber daher vorhalten, ohne dass der Auftraggeber den Abruf einer bestimmten Mindestmenge vorsehe. 2.3.10. Es bestehe ein unkalkulierbares Risiko mangels festgelegter Mindestabrufmenge vergleiche bereits die Ausführungen in Punkt 2.2.9). Die Teilnahmeunterlagen würden mit dem Formblatt ./7b.1 (Eignungsnachweis Los 2) vorsehen, dass der Bewerber durch Eidesstattliche Erklärung bestätigen müsse, dass er für die Ausführung des Auftrages mit der von ihm angegebenen Ausstattung, den angegebenen Geräten sowie der angegebenen technischen Ausrüstung die im Leistungsgegenstand beschriebenen Dienstleistungen fachgerecht innerhalb des Stadtgebietes Wien erbringen könne. Diese müsse der Bewerber daher vorhalten, ohne dass der Auftraggeber den Abruf einer bestimmten Mindestmenge vorsehe.

3. Mit Beschlüssen vom 17.5.2024 erließ das Verwaltungsgericht Wien hinsichtlich beider Lose jeweils eine einstweilige Verfügung. Mit diesen wurde der Lauf der Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen zu Los 1 und zu Los 2 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt.

4. Mit Schreiben vom 28.5.2024 erstattete der Auftraggeber zu beiden Nachprüfungsanträgen jeweils eine Stellungnahme.

4.1. Hinsichtlich der Antragslegitimation beider Antragstellerinnen bringt der Auftraggeber auf das Wesentliche

zusammengefasst vor, dass diese die Beschaffung der ausgeschriebenen Leistungen dauerhaft verhindern wollten, indem sie jeweils behaupteten, dass es dem Auftraggeber am Vergabewillen fehle. Dieses Vorbringen zeige eindeutig, dass die Antragstellerinnen überhaupt kein Interesse an der Ausschreibung haben könnten. Es sei zu fragen, weshalb die Antragstellerinnen überhaupt Nachprüfungsanträge gestellt hätten, um die Beschaffung der ausgeschriebenen Leistungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach dem BVergG 2018 dauerhaft zu verhindern. Dies lasse sich hinsichtlich der Antragstellerin 1 mit einem Blick auf deren Gesellschaftsstruktur ([...]) und der dadurch ersichtlichen Verbindung mit der [Kammer] bzw. hinsichtlich der Antragstellerin 2 mit einem Blick auf deren Einvernehmen mit der [Kammer] erklären. Deren Ziel, das sie auch dem Auftraggeber kommuniziert hätte, sei es, die Ausschreibung der gegenständlichen Leistungen zu verhindern. Bereits anhand des Vorbringens der Antragstellerinnen werde deutlich, dass diese von der [Kammer] nur als „Strohmann" vorgeschoben worden seien. Dies mit dem auch ganz offen, klar und dem Auftraggeber im Vorfeld warnend mitgeteilten Ziel, dass derartige Beschaffungen nicht durch den Auftraggeber erfolgen dürften, sondern einzig nur im Wege der [Kammer], als deren Funktionär einer der Gesellschafter der Antragstellerin 2 agiere. Auch die Antragstellerin 1 agiere mit dem klaren Auftrag ihrer Eigentümerin, die Ausschreibung dauerhaft zu verhindern.

Die Antragstellerin 1 habe solche Leistungen, wie in Los 1 nachgefragt, weder in der Vergangenheit selbst erbracht noch erbringe sie diese gegenwärtig. Zudem habe sie eine entsprechende angedachte Kooperation mit anderen Unternehmern nicht plausibel dargelegt. Die Antragstellerin 1 führe zwar aus, dass sie als Vermittlerin von Ärzten tätig werde. Der gegenständliche Auftrag gehe jedoch weit über diesen Tätigkeitsbereich hinaus.

Die Antragstellerin 2 möge zwar ein auf die Erbringung von Koloskopien spezialisiertes Unternehmen sein, doch trete sie im Nachprüfungsverfahren nicht als solches auf, sondern nur als „Strohmann" der [Kammer]. Dies zeige sich auch in der engen personellen Verflechtung zwischen der Antragstellerin 2 und der [Kammer]. Der Gesellschafter der Antragstellerin 2, Herr Dr. C., agiere als Fachgruppenobmann der Fachgruppe [...] der [Kammer] und vertrete auch die Interessen der [Kammer] seit vielen Jahren.

Beide Antragstellerinnen hätten im Ergebnis kein Interesse an einem Vertragsabschluss. Daher seien deren rechtlich geschützten Interessen nicht betroffen, weshalb ihnen auch kein Schaden entstanden sein oder drohen könne. Ein solches Interesse könnten die Antragstellerinnen nicht plausibel darlegen. Die Antragstellerinnen wollten jede Ausschreibung verhindern und nicht eine Ausschreibung mit anderem Inhalt erzwingen.

4.2. Zu dem von den Antragstellerinnen behaupteten fehlenden Vergabewillen gemäß § 20 Abs. 4 BVergG 2018 führt der Auftraggeber aus, dass er diese Anforderungen erfülle, wie bereits das Verwaltungsgericht Wien auf Grundlage eines identen Sachverhaltes zur Zl. VGW-123/095/15506/2023 erkannt habe. Die Einrichtung und Dotierung der Landesgesundheitsfonds sei insbesondere mittels Art. 15a-Vereinbarung geregelt und gesetzlich angeordnet. Die Landesgesundheitsfonds seien öffentlich-rechtliche Fonds zur Finanzierung öffentlicher gemeinnütziger Krankenanstalten nach dem System der leistungsorientierten Krankenanstaltenfinanzierung. Darüber hinaus würden sie Aufgaben wahrnehmen, die sich aufgrund der partnerschaftlichen Zielsteuerung-Gesundheit auf Landesebene ergeben würden. Die Finanzierung des Auftraggebers zur Erfüllung der gesetzlich festgelegten Aufgaben sei gesetzlich klar festgelegt (§ 3 WGF-G 2017). Bei den vom Auftraggeber wahrzunehmenden Aufgaben handle es sich nur insbesondere und nicht ausschließlich um die Planung, Steuerung und Finanzierung des Gesundheitswesens. § 2 WGF-G 2017 stelle aufgrund der demonstrativen Aufzählung jedenfalls eine taugliche Rechtsgrundlage für die Durchführung des gegenständlichen Projekts dar. Die Wiener Zielsteuerungskommission habe das gegenständliche Projekt am 16.6.2023 beschlossen. Der Beschluss sei im Einvernehmen zwischen den Vertretern des Landes und den Trägern der Sozialversicherung gefasst und der Vertreter des Bundes habe nicht nur von seinem Vetorecht keinen Gebrauch gemacht, sondern auch zugestimmt. Dieser Beschluss bringe zum Ausdruck, dass das gegenständliche Projekt weder gegen geltendes Recht, die geltende Art. 15a-Vereinbarung, den Zielsteuerungsvertrag oder gegen Beschlüsse der Organe der Bundesgesundheitsagentur verstoße. Hinzu komme, dass der Auftraggeber über ein jährliches Budget in Höhe von ca. € 4 Mrd. verfüge. Auf die Projektlaufzeit hochgerechnet seien das ca. € 32 Mrd., mit entsprechender Berücksichtigung der Inflation und Zinsen ca. € 40 Mrd. Die finanzielle Deckung des Projekts sei jedenfalls gesichert. 4.2. Zu dem von den Antragstellerinnen behaupteten fehlenden Vergabewillen gemäß Paragraph 20, Absatz 4, BVergG 2018 führt der Auftraggeber aus, dass er diese Anforderungen erfülle, wie bereits das Verwaltungsgericht Wien auf Grundlage eines identen Sachverhaltes zur Zl. VGW-123/095/15506/2023 erkannt habe. Die Einrichtung und Dotierung der Landesgesundheitsfonds sei insbesondere mittels Artikel 15 a, -, fünf e, r, e, i, n, b, a, r, u, n, g, geregelt und

gesetzlich angeordnet. Die Landesgesundheitsfonds seien öffentlich-rechtliche Fonds zur Finanzierung öffentlicher gemeinnütziger Krankenanstalten nach dem System der leistungsorientierten Krankenanstaltenfinanzierung. Darüber hinaus würden sie Aufgaben wahrnehmen, die sich aufgrund der partnerschaftlichen Zielsteuerung-Gesundheit auf Landesebene ergeben würden. Die Finanzierung des Auftraggebers zur Erfüllung der gesetzlich festgelegten Aufgaben sei gesetzlich klar festgelegt (Paragraph 3, WGF-G 2017). Bei den vom Auftraggeber wahrzunehmenden Aufgaben handle es sich nur insbesondere und nicht ausschließlich um die Planung, Steuerung und Finanzierung des Gesundheitswesens. Paragraph 2, WGF-G 2017 stelle aufgrund der demonstrativen Aufzählung jedenfalls eine taugliche Rechtsgrundlage für die Durchführung des gegenständlichen Projekts dar. Die Wiener Zielsteuerungskommission habe das gegenständliche Projekt am 16.6.2023 beschlossen. Der Beschluss sei im Einvernehmen zwischen den Vertretern des Landes und den Trägern der Sozialversicherung gefasst und der Vertreter des Bundes habe nicht nur von seinem Vetorecht keinen Gebrauch gemacht, sondern auch zugestimmt. Dieser Beschluss bringe zum Ausdruck, dass das gegenständliche Projekt weder gegen geltendes Recht, die geltende Artikel 15 a, -, fünf e, r, e, i, n, b, a, r, u, n, g,, den Zielsteuerungsvertrag oder gegen Beschlüsse der Organe der Bundesgesundheitsagentur verstoße. Hinzu komme, dass der Auftraggeber über ein jährliches Budget in Höhe von ca. € 4 Mrd. verfüge. Auf die Projektlaufzeit hochgerechnet seien das ca. € 32 Mrd., mit entsprechender Berücksichtigung der Inflation und Zinsen ca. € 40 Mrd. Die finanzielle Deckung des Projekts sei jedenfalls gesichert.

4.3. Mit der vorliegenden Ausschreibung würde keine unzulässige Parallelstruktur geschaffen. Es sei falsch, dass, wie die Antragstellerinnen behaupteten, die Ausschreibung aufgrund von Bestimmungen des ASVG bzw. des Gesundheits-Zielsteuerungsrechts rechtswidrig sei und der Auftraggeber die ausgeschriebenen Leistungen nicht im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach dem BVergG 2018 vergeben dürfe. Der Auftraggeber unterliege nicht den Bestimmungen des ASVG, die Leistungen würden nicht im Wege einer Direktverrechnung nachgefragt werden und zudem stelle die Ausschreibung als populationsbezogenes Projekt nicht auf einen Versicherungsstatus ab. Im Nachprüfungsverfahren gehe es nur um die Durchsetzung der subjektiven Rechte der Antragstellerinnen, nicht jedoch um eine Prüfung der objektiven Rechtmäßigkeit. Es sei evident, dass sich aus den Bestimmungen des ASVG keine vergaberechtlichen subjektiven Rechte ableiteten; diese seien daher kein Prüfungsmaßstab. Ungeachtet dessen sei die gegenständliche Beschaffung aber ohnehin nach ASVG und Gesundheits-Zielsteuerungsrecht zulässig.

4.4. Datenschutzrechtliche Bestimmungen würden mit der vorliegenden Ausschreibung, wie der Auftraggeber insbesondere unter Verweis auf die DSGVO und das GTelG 2012 näher darlegt, entgegen der Behauptung der Antragstellerinnen keine verletzt.

4.5. Kassenärzte würden entgegen der Behauptung der Antragstellerinnen mit der vorliegenden Ausschreibung nicht diskriminiert. Kassenärzten stehe es, wie auch Nicht-Kassenärzten, frei, am Vergabeverfahren teilzunehmen. Allfällige Unvereinbarkeiten aufgrund anderweitiger vertraglicher Verpflichtungen einzelner Unternehmer seien nicht zu berücksichtigen und stellten keine unzulässige Diskriminierung dar.

4.6. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin 2 würden auch keine Ärzte des niedergelassenen Bereichs diskriminiert. Aus dem objektiven Erklärungswert des Punktes 4. des Informationsteils 1a gehe klar hervor, dass der niedergelassene Bereich nicht von der Leistungserbringung ausgeschlossen werden soll, sondern ergänzende (Vorsorge-)Leistungen angeboten werden sollen. Ärzten aus dem niedergelassenen Bereich stehe es daher wie auch anderen Ärzten frei, am Vergabeverfahren teilzunehmen.

4.7. Der Auftraggeber habe in den Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich Los 1 und Los 2 auch alle erforderlichen Informationen zur Verfügung gestellt, damit interessierte Unternehmer entscheiden könnten, ob sie sich an der Ausschreibung beteiligen wollen oder nicht. Die Antragstellerinnen würden jedoch die gebotene Differenzierung zwischen einstufigen und zweistufigen Vergabeverfahren unterlassen; dadurch würden sie verkennen, dass dem Wesen eines zweistufigen Verfahrens entsprechend in der ersten Stufe weniger Informationen zur Beurteilung, ob ein Unternehmen am Vergabeverfahren teilnehme, erforderlich seien als in einstufigen Verfahren.

4.8. Wenn die Antragstellerinnen bemängelten, dass die Einmeldung von Testergebnissen zu unspezifisch geregelt werde, so sei darauf hinzuweisen, dass es sich – so der Auftraggeber hinsichtlich des Vorbringens beider Antragstellerinnen – beim Leistungsteil gemäß Punkt 4.1.(v) des Informationsteils 1a vordergründig um die Durchführung von Laboranalysen handle. Die Einmeldung der Testergebnisse in ein vom Auftraggeber zur Verfügung gestelltes System stelle dabei nur einen Nebenvorgang dar. Es sei nicht unmöglich, Testergebnisse in ELGA

einzumelden. Aus der Leistungsbeschreibung in der ersten Stufe gehe klar hervor, dass ein vergleichbares System interimistisch zur Anwendung kommen könne. Der zu erbringende Leistungsteil, nämlich die Einmeldung von Daten, bleibe unabhängig vom System derselbe. Die Leistungsbeschreibung sei jedenfalls ausreichend, um zu entscheiden, ob eine Teilnahme am Vergabeverfahren möglich und sinnvoll sei. Unkalkulierbare Risiken würden dabei nicht überwälzt.

4.9. Es sei nicht erforderlich, wesentliche Vertragsbestimmungen in der ersten Stufe bekanntzugeben. Die Antragstellerinnen stützten ihr Vorbringen auf angeblich bekanntzugebende vertragliche Mindestanforderungen. Die verpflichtende Darstellung von Mindestanforderungen sei in § 114 BVergG 2018 normiert. Die Antragstellerinnen würden aber verkennen, dass bei der Vergabe eines besonderen Dienstleistungsauftrages keine Bindung an den im BVergG 2018 verankerten Katalog der Vergabeverfahrensarten bestehe. Stattdessen seien Auftraggeber lediglich gehalten, die unionsrechtlichen Vorgaben der Transparenz und Gleichbehandlung zu beachten. Es stehe ihnen daher grundsätzlich frei, selbst ein Verfahren zu gestalten. Punktuell einzuhaltende Vorgaben seien in § 151 BVergG 2018 gebündelt. Nur wenn eine im BVergG 2018 vorgesehene Verfahrensart ausdrücklich gewählt werde, was hier nicht der Fall sei, würden die entsprechenden Regelungen für diesen Verfahrenstypus zur Anwendung gelangen. § 114 BVergG 2018 sei für das gegenständliche Vergabeverfahren daher nicht anzuwenden (vgl. § 151 Abs. 1 BVergG 2018). Folglich sei eine gesetzliche Verpflichtung, Mindestanforderungen in den Teilnahmeunterlagen zu definieren, gerade nicht gegeben. 4.9. Es sei nicht erforderlich, wesentliche Vertragsbestimmungen in der ersten Stufe bekanntzugeben. Die Antragstellerinnen stützten ihr Vorbringen auf angeblich bekanntzugebende vertragliche Mindestanforderungen. Die verpflichtende Darstellung von Mindestanforderungen sei in Paragraph 114, BVergG 2018 normiert. Die Antragstellerinnen würden aber verkennen, dass bei der Vergabe eines besonderen Dienstleistungsauftrages keine Bindung an den im BVergG 2018 verankerten Katalog der Vergabeverfahrensarten bestehe. Stattdessen seien Auftraggeber lediglich gehalten, die unionsrechtlichen Vorgaben der Transparenz und Gleichbehandlung zu beachten. Es stehe ihnen daher grundsätzlich frei, selbst ein Verfahren zu gestalten. Punktuell einzuhaltende Vorgaben seien in Paragraph 151, BVergG 2018 gebündelt. Nur wenn eine im BVergG 2018 vorgesehene Verfahrensart ausdrücklich gewählt werde, was hier nicht der Fall sei, würden die entsprechenden Regelungen für diesen Verfahrenstypus zur Anwendung gelangen. Paragraph 114, BVergG 2018 sei für das gegenständliche Vergabeverfahren daher nicht anzuwenden vergleiche Paragraph 151, Absatz eins, BVergG 2018). Folglich sei eine gesetzliche Verpflichtung, Mindestanforderungen in den Teilnahmeunterlagen zu definieren, gerade nicht gegeben.

4.10. Der bewertungsrelevante Gesamtpreis könne, so der Auftraggeber im Hinblick auf das Vorbringen der Antragstellerinnen, anhand der Festlegungen, insbesondere jener Festlegungen, die in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens an die Bieter kommuniziert würden, berechnet werden. Es sei unerheblich, ob Daten in das System ELGA oder interimistisch in ein anderes, vergleichbares System einzumelden seien. Für die Preisberechnung spiele dies keine Rolle. Für allfällige Interessenten sei jedenfalls klar, worin der zu besorgende Leistungsteil bestehe, weshalb die Teilnahmebedingungen ausreichend bestimmt seien.

4.11. Hinsichtlich des Vorbringens der Antragstellerinnen zur Mengenschätzung handle es sich ebenfalls um Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, die erst in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens von Relevanz seien. Die geforderte Angabe eines konkreten Mengengerüsts beziehe sich immer auf die Abgabe eines konkreten Preisangebots.

4.12. Mit dem Vorbringen, dass eine Mindestabrufmenge hätte angegeben werden müssen, würden die Antragstellerinnen das Wesen einer Rahmenvereinbarung verkennen. Nach § 31 Abs. 7 BVergG 2018 sei eine Rahmenvereinbarung eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung. Schon dem Wesen einer Rahmenvereinbarung nach sei es zulässig, das Risiko auf die Bieter zu übertragen. Ausschreibungsunterlagen seien am Maßstab der Zumutbarkeit zu messen. Die Zulässigkeit sei dann gegeben, wenn Bieter gewisse typische Preis- und Kalkulationsrisiken tragen sollen. Mindestabrufmengen bei Rahmenvereinbarungen seien weder durch das EU-Vergaberecht noch im BVergG 2018 vorgesehen. Zutreffend sei, dass Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen auch bei Rahmenvereinbarungen nach der Rechtsprechung das Erfordernis der Vergleichbarkeit der Angebote und das Verbot der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken zu berücksichtigen hätten (vgl. § 88 Abs. 2 BVergG 2018). Jedoch müssten, so auch die Erläuterungen, im Verhandlungsverfahren erst die endgültigen Angebote vergleichbar sein. Da die Angebotslegung erst in der zweiten Stufe erfolge, müssten die Angaben zu den zu erbringenden Leistungen in den Teilnahmunterlagen noch nicht in der für eine Leistungsbeschreibung erforderlichen Detailliertheit enthalten sein. 4.12. Mit dem Vorbringen, dass eine Mindestabrufmenge hätte angegeben werden müssen, würden die

Antragstellerinnen das Wesen einer Rahmenvereinbarung verkennen. Nach Paragraph 31, Absatz 7, BVergG 2018 sei eine Rahmenvereinbarung eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung. Schon dem Wesen einer Rahmenvereinbarung nach sei es zulässig, das Risiko auf die Bieter zu übertragen. Ausschreibungsunterlagen seien am Maßstab der Zumutbarkeit zu messen. Die Zulässigkeit sei dann gegeben, wenn Bieter gewisse typische Preis- und Kalkulationsrisiken tragen sollen. Mindestabrufmengen bei Rahmenvereinbarungen seien weder durch das EU-Vergaberecht noch im BVergG 2018 vorgesehen. Zutreffend sei, dass Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen auch bei Rahmenvereinbarungen nach der Rechtsprechung das Erfordernis der Vergleichbarkeit der Angebote und das Verbot der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken zu berücksichtigen hätten vergleiche Paragraph 88, Absatz 2, BVergG 2018). Jedoch müssten, so auch die Erläuterungen, im Verhandlungsverfahren erst die endgültigen Angebote vergleichbar sein. Da die Angebotslegung erst in der zweiten Stufe erfolge, müssten die Angaben zu den zu erbringenden Leistungen in den Teilnahmunterlagen noch nicht in der für eine Leistungsbeschreibung erforderlichen Detailliertheit enthalten sein.

4.13. Das Vorbringen der Antragstellerin 1, wonach die Eignungs- und Auswahlreferenzen betreffend „Laboranalysen“ rechtswidrig seien, sei unbegründet. Es sei falsch, dass das Doppelnennungsverbot unsachlich sei, weil es bei der Auswahl nur auf die durchgeführten Probeanalysen und nicht auf die Anzahl der Auswahlreferenzen ankomme. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb das Doppelnennungsverbot dazu führen soll, dass es bei der Auswahl der besten Bewerber nur mehr auf die Anzahl der Auswahlreferenzen und nicht auf die Anzahl der durchgeführten Probeanalysen ankomme. Bei der Festlegung der Auswahlkriterien sei dem Auftraggeber ein weites Ermessen eingeräumt. Angesichts des komplexen Beschaffungsgegenstandes sei für die Beurteilung der Qualität unterschiedlicher Bewerber im Hinblick auf eine zuverlässige Leistungserbringung neben einer Kapazitätsbewertung (Anzahl der durchgeführten Laboranalysen) auch eine Bewertung der betriebswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sachlich geboten. Zu diesem Zweck werde über eine bloße Bewertung der Anzahl der durchgeführten Laboranalysen hinaus auch die Anzahl unterschiedlicher Referenzprojekte bewertet, welche eine angemessene Bewertung der betriebswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (insbesondere operative Zuverlässigkeit und strategische Flexibilität bei der Durchführung mehrerer gleichartiger Projekte) ermögliche. Anders als von der Antragstellerin 1 behauptet, sei das zusätzliche Abstellen auf die Anzahl der Referenzprojekte nicht nur mit dem Sachlichkeitsgebot vereinbar, sondern geradezu sachlich geboten. Darüber hinaus werde der Bieterwettbewerb gefördert, indem nicht nur die Kapazitäten bewertet würden, was tendenziell die Wettbewerbschancen großer Unternehmen erhöhen würde.

4.14. Auch die Eignungs- und Auswahlreferenzen betreffend „Logistikleistungen“ seien nicht rechtswidrig (vgl. die gleichgelagerten Ausführungen zu Punkt 4.13.).4.14. Auch die Eignungs- und Auswahlreferenzen betreffend „Logistikleistungen“ seien nicht rechtswidrig vergleiche die gleichgelagerten Ausführungen zu Punkt 4.13.).

5. Mit Schreiben vom 29.5.2024 forderte das Verwaltungsgericht Wien die Antragstellerinnen jeweils auf, darzulegen und entsprechend zu plausibilisieren, inwiefern iSd § 18 Abs. 1 WVRG 2020 ein Interesse am Vertragsschluss besteht und inwiefern durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, insbesondere im Lichte der Ausführungen des Auftraggebers in seinen Schreiben vom 28.5.2024.5. Mit Schreiben vom 29.5.2024 forderte das Verwaltungsgericht Wien die Antragstellerinnen jeweils auf, darzulegen und entsprechend zu plausibilisieren, inwiefern iSd Paragraph 18, Absatz eins, WVRG 2020 ein Interesse am Vertragsschluss besteht und inwiefern durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, insbesondere im Lichte der Ausführungen des Auftraggebers in seinen Schreiben vom 28.5.2024.

6. Die Antragstellerinnen replizierten in ihren Schreiben vom 7.6.2024 auf die Stellungnahmen des Auftraggebers vom 28.5.2024 und führten zur Frage der Antragslegitimation auf das Wesentliche zusammengefasst wie folgt aus:

6.1. Die Antragstellerin 1 sei kein „Strohmann“ und werde auch nicht von der [Kammer] „vorgeschoben“. Sie betreibe ein insbesondere auf die Organisation von Gesundheitsdienstleistungen spezialisiertes Unternehmen. Sie habe daher ein Interesse daran, dass die ausgeschriebenen Leistungen rechtskonform beschafft würden. Los 1 betreffe im Kern die Organisation und Vermittlung ärztlicher Leistungen. Dies sei vom gesellschaftsvertraglichen Unternehmensgegenstand der Antragstellerin 1 umfasst. Die Antragstellerin 1 sei zudem in der Organisation von großflächigen Gesundheitsprojekten erfahren, wie dies anhand der näher dargestellten Tätigkeiten während der Corona-Pandemie zu sehen sei. Der Antragstellerin 1 sei es sehr wohl möglich, die von Los 1 umfassten Leistungen gesamthaft zu erbringen. Daran vermöge auch der Umstand, dass die Antragstellerin 1 eine [...]gesellschaft der [Kammer] sei, nichts zu ändern. Sie sei ein gewerblich tätiges Unternehmen. Als solches habe sie ein Interesse daran,

die gegenständlichen Leistungen zu erbringen. Sie komme mit ihrem Interesse an der Teilnahme an dem gegenständlichen Projekt im Übrigen auch einer Anregung des amtsführenden Stadtrats für Soziales, Gesundheit und Sport nach, der im Rahmen eines Termins die [...] ausdrücklich eingeladen hätte, sich an der Ausschreibung zu bewerben. In der [...] sei nach Veröffentlichung der Neu-Ausschreibung diskutiert worden, in welcher Form eine Beteiligung an der Ausschreibung möglich sei und sei die Entscheidung auf die Antragstellerin 1 gefallen, nicht zuletzt aufgrund der Reichhaltigkeit an dort vorhandenen Erfahrungen bei der Erbringung und Organisation medizinischer Leistungen. Freilich sei es für die Antragstellerin 1 von Interesse, dass die Leistungen vom Auftraggeber rechtskonform nachgefragt würden und von ihr auch rechtskonform erbracht werden könnten, was vorliegend nicht der Fall sei. So verlange der Auftraggeber rechtswidrigerweise in seiner Ausschreibung zu Los 1 insbesondere vom Auftragnehmer, dass dieser Daten verarbeite, die weder dem Auftraggeber noch dem Auftragnehmer zur Verfügung stünden. Aus diesem Grund fechte die Antragstellerin 1 die vorliegende Ausschreibung zu Los 1 an.

6.2. Die Antragstellerin 2 sei kein „Strohmann“ und werde auch nicht von der [Kammer] „vorgeschoben“. Sie erbringe die von der Ausschreibung zu Los 2 umfassten Leistungen in ihrer Gruppenpraxis für [...] selbst. Sie habe ein ureigenes Interesse daran, dass die von der Ausschreibung umfassten Leistungen nur vergaberechtskonform vergeben würden. Sollte das Verwaltungsgericht die vorliegende Ausschreibung nicht für nichtig erklären, dann würde sich die Antragstellerin bewerben. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass Herr Dr. C. Funktionär, nämlich Fachgruppenobmann der Fachgruppe [...], der [Kammer], sei. Im Gegenteil: Er sei durch die vorliegende, nach Ansicht der Antragstellerin 2 rechtswidrige Ausschreibung in beiden seinen Rollen gleichermaßen betroffen. Als Funktionär der [Kammer] habe er die Interessen der Fachgruppe zu vertreten, als Gesellschafter der Antragstellerin 2 seine unternehmerischen Interessen. Diese Interessen würden sich hier derart decken, dass die von der Ausschreibung umfassten ärztlichen Leistungen nur (vergabe)rechtskonform ausgestaltet würden. Im Übrigen verkenne der Auftraggeber, dass es Aufgabe der [Kammer] sei, die Interessen der Ärzteschaft zu vertreten, dies auch in Form einer Unterstützung bei der Führung von Gerichtsverfahren, wie vorliegend in diesem Nachprüfungsverfahren.

7. Wei

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at