

TE Verg Bescheid 2005/1/14 VKS-6768/04

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.01.2005

Norm

BVergG 2002 §4

BVergG 2002 §7 Abs1 Z1

BVergG 2002 §16 Abs3

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitdd

BVergG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §25 Abs5

BVergG 2002 §90

in Verbindung mit WVRG §11 Abs1 und 2

WVRG §13 Abs1

WVRG §17 Abs1

WVRG §20 Abs1 Z3 lita und e

WVRG §23 Abs5

AVG §7

AVG §39 Abs2

W-BedSchG 1998 §64

1. AVG § 7 heute
2. AVG § 7 gültig ab 01.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 58/2018
3. AVG § 7 gültig von 01.01.2008 bis 31.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
4. AVG § 7 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007
1. AVG § 39 heute
2. AVG § 39 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. AVG § 39 gültig von 20.04.2002 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
4. AVG § 39 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 39 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über die Anträge der 1.) *** 2) *** auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bezüglich der Vergabe des Dienstleistungsauftrages "Präventivdienst-Arbeitsmedizinische Betreuung von Dienststellen der Stadt Wien und Magistratsdirektion, MA 34 – 10805/2004 – 10813/04, durch den Magistrat der Stadt Wien, MA 34 – Bau- und Gebäudemanagement, Muthgasse 62, 1194 Wien,

sowie der Teilnahmeberechtigten auf Seiten der Antragsgegnerin AMZ Arbeits- und Sozialmedizinisches Zentrum Mödling Gesellschaft m.b.H., Rathausplatz 3, 2351 Wiener Neudorf, vertreten durch Viehböck, Breiter, Schenk & Nau, Rechtsanwälte in Mödling, in nichtöffentlicher Sitzung wie folgt entschieden: Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über die Anträge der 1.) *** 2) *** auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bezüglich der Vergabe des Dienstleistungsauftrages "Präventivdienst-Arbeitsmedizinische Betreuung von Dienststellen der Stadt Wien und Magistratsdirektion, MA 34 – 10805 aus 2004, – 10813/04, durch den Magistrat der Stadt Wien, MA 34 – Bau- und Gebäudemanagement, Muthgasse 62, 1194 Wien, sowie der Teilnahmeberechtigten auf Seiten der Antragsgegnerin AMZ Arbeits- und Sozialmedizinisches Zentrum Mödling Gesellschaft m.b.H., Rathausplatz 3, 2351 Wiener Neudorf, vertreten durch Viehböck, Breiter, Schenk & Nau, Rechtsanwälte in Mödling, in nichtöffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

I. Die Verfahren zu VKS-6768/04 und VKS-6769/04 werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.römisch eins. Die Verfahren zu VKS-6768/04 und VKS-6769/04 werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

II. Die Zuschlagsentscheidungen der Antragsgegnerin vom 19. November 2004, MA 34 – 10805/2004, MA 34 – 10806/2004, MA 34 – 10807/2004, MA 34 – 10808/2004, MA 34 – 10809/2004, MA 34 – 10810/2004, MA 34 – 10811/2004, MA 34 – 10812/2004 und MA 34 – 10813/2004 werden für nichtig erklärt.römisch zwei. Die Zuschlagsentscheidungen der Antragsgegnerin vom 19. November 2004, MA 34 – 10805 aus 2004,, MA 34 – 10806 aus 2004,, MA 34 – 10807 aus 2004,, MA 34 – 10808 aus 2004,, MA 34 – 10809 aus 2004,, MA 34 – 10810 aus 2004,, MA 34 – 10811 aus 2004,, MA 34 – 10812 aus 2004, und MA 34 – 10813 aus 2004, werden für nichtig erklärt.

III. Die einstweiligen Verfügungen vom 10. Dezember 2004, VKS – 6768/04 und VKS – 6769/04 werden mit sofortiger Wirkung aufgehoben.römisch drei. Die einstweiligen Verfügungen vom 10. Dezember 2004, VKS – 6768/04 und VKS – 6769/04 werden mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

IV. Die Anträge der Erstantragstellerin, auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Erstantragsgegnerin entgegen den Vorgaben der Ausschreibungsbedingungen – die Präsentation des Betreuungskonzeptes der *** durch andere Personen als die geplanten angebotenen Teammitglieder zuzulassen, entgegen § 90 Abs. 1 BVergG 2002 die Prüfung und Beurteilung der Angebote Personen zu übertragen, welche die dafür erforderlichen fachlichen Voraussetzungen hierfür (nämlich medizinische Kenntnisse insbesondere auf dem Gebiet der Arbeitsmedizin zu haben) nicht erfüllen, bzw. keine medizinischen Sachverständige zur Prüfung und Beurteilung der Angebote beizuziehen, entgegen den Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen, mehr als drei – nämlich als vierte Bewerberin die *** – zur Anbotslegung einzuladen, sowie der Antrag der Zweitantragstellerin, die Ausschreibung für nichtig zu erklären, werden zurückgewiesen.römisch vier. Die Anträge der Erstantragstellerin, auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Erstantragsgegnerin entgegen den Vorgaben der Ausschreibungsbedingungen – die Präsentation des Betreuungskonzeptes der *** durch andere Personen als die geplanten angebotenen Teammitglieder zuzulassen, entgegen Paragraph 90, Absatz eins, BVergG 2002 die Prüfung und Beurteilung der Angebote Personen zu übertragen, welche die dafür erforderlichen fachlichen Voraussetzungen hierfür (nämlich medizinische Kenntnisse insbesondere auf dem Gebiet der Arbeitsmedizin zu haben) nicht erfüllen, bzw. keine medizinischen Sachverständige zur Prüfung und Beurteilung der Angebote beizuziehen, entgegen den Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen, mehr als drei – nämlich als vierte Bewerberin die *** – zur Anbotslegung einzuladen, sowie der Antrag der Zweitantragstellerin, die Ausschreibung für nichtig zu erklären, werden zurückgewiesen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 4, 7 Abs. 1 Z1, 16 Abs. 3, 20 Z 13 lit. a sublit. dd, 21 Abs. 1, 25 Abs. 5 und 90 BVergG 2002 iVm §§ 11 Abs. 1 und 2, 13 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 3 lit. a und e, 23 Abs. 5 WVRG, §§ 7, 39 Abs. 2 AVG, § 64 W-BedSchG 1998.Paragraphen 4, 7, Absatz eins, Z1, 16 Absatz 3, 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, d, d,, 21 Absatz eins, 25, Absatz 5 und 90 BVergG 2002 in Verbindung mit Paragraphen 11, Absatz eins und 2, 13 Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer 3, Litera a und e, 23 Absatz 5, WVRG, Paragraphen 7, 39, Absatz 2, AVG, Paragraph 64, W-BedSchG 1998.

Begründung:

Die Antragsgegnerin hat im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Ankündigung nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 die Dienstleistungen "Präventivdienst – Arbeitsmedizin für Dienststellen der Stadt Wien und Magistratsdirektion" ordnungsgemäß und europaweit ausgeschrieben. Es handelt sich um eine Ausschreibung im Oberschwellenbereich wobei die Dienstleistungen in neun Losen ausgeschrieben

wurden und anzubieten waren. Teilnahmeanträge waren bis 17.8.2004 unter Zugrundelegung der Teilnahmeanträge abzugeben (siehe Bekanntmachungstext im Amtsblatt der Stadt Wien vom 29.7.2004, Nr. 31 und im Supplement zum Amtsblatt der EG unter 2004/S 144 - 124325). Dieser Ausschreibung ist eine Vorinformation vom 16.1.2004 vorausgegangen.

Die *** (im Folgenden: Erstantragstellerin genannt) und die *** (im Folgenden: Zweitantragstellerin genannt) sowie die *** (im Folgenden: Zweitantragsgegnerin genannt) haben neben anderen Bewerbern für alle Lose Teilnahmeanträge gestellt.

In der Folge hat die ausschreibende Stelle MA 34 (im Folgenden: Erstantragsgegnerin genannt) vier Bieter, darunter die Erst- und Zweitantragstellerin und die Zweitantragsgegnerin, zur Angebotsabgabe eingeladen.

Nach dem den Angeboten zu Grunde liegenden Langtextverzeichnis zur ausgeschriebenen Dienstleistung sollen die Bieter ihre Leistungen unter Zugrundelegung der Bestimmungen des Wiener- Bedienstetenschutzgesetzes 1998 und den dazu erlassenen Verordnungen, jeweils in der geltenden Fassung, erbringen. Als Vertragsdauer ist ein Zeitraum von 1.1.2005 – 31.12.2007 mit der Option auf Verlängerung des Vertrages um weitere zwei Jahre vorgesehen. Grundlegende Bestimmung für die Erbringung der ausgeschriebenen Dienstleistungen ist § 64 des W-BedSchG 1998. Darin wird der Mindestumfang der arbeitsmedizinischen Betreuung festgelegt. Zu § 64 leg. cit. hat die Erstantragsgegnerin eine eingehende, über den gesetzlichen Wortlaut hinausgehende Leistungsbeschreibung vorgenommen (Seiten 4 – 9 des Langtextleistungsverzeichnisses). Unter Abschnitt C des Langtextleistungsverzeichnisses sind die Ausführungen zu den Kriterien für die Zuschlagserteilung enthalten. Danach wird der Preis mit 60%, die Qualität des Angebotes mit 40% bewertet. Die Ausschreibung enthält auch eingehende Hinweise zur Angebotserstellung bezüglich der Qualitätsbeurteilung. Soweit für das Nachprüfungsverfahren bedeutsam lauten diese Bestimmungen wie folgt: Nach dem den Angeboten zu Grunde liegenden Langtextverzeichnis zur ausgeschriebenen Dienstleistung sollen die Bieter ihre Leistungen unter Zugrundelegung der Bestimmungen des Wiener- Bedienstetenschutzgesetzes 1998 und den dazu erlassenen Verordnungen, jeweils in der geltenden Fassung, erbringen. Als Vertragsdauer ist ein Zeitraum von 1.1.2005 – 31.12.2007 mit der Option auf Verlängerung des Vertrages um weitere zwei Jahre vorgesehen. Grundlegende Bestimmung für die Erbringung der ausgeschriebenen Dienstleistungen ist Paragraph 64, des W-BedSchG 1998. Darin wird der Mindestumfang der arbeitsmedizinischen Betreuung festgelegt. Zu Paragraph 64, leg. cit. hat die Erstantragsgegnerin eine eingehende, über den gesetzlichen Wortlaut hinausgehende Leistungsbeschreibung vorgenommen (Seiten 4 – 9 des Langtextleistungsverzeichnisses). Unter Abschnitt C des Langtextleistungsverzeichnisses sind die Ausführungen zu den Kriterien für die Zuschlagserteilung enthalten. Danach wird der Preis mit 60%, die Qualität des Angebotes mit 40% bewertet. Die Ausschreibung enthält auch eingehende Hinweise zur Angebotserstellung bezüglich der Qualitätsbeurteilung. Soweit für das Nachprüfungsverfahren bedeutsam lauten diese Bestimmungen wie folgt:

"Bitte beachten sie Folgendes:

Ein Schwerpunkt bei der Beurteilung des Angebotes ist neben dem Angebotspreis die Qualität der angebotenen Leistungen.

Bei der Qualitätsbewertung werden die Qualität des angebotenen Teams für die präventive Betreuung der Dienststellen der Geschäftsgruppe sowie die dargestellten Leistungen der Prävention für die Dienststellen beurteilt.

Die Bewertung erfolgt auf Basis der dem Angebot beizulegenden Darstellungen und wird in Form eines Hearings durchgeführt werden.

Auf folgende Punkte ist in der Angebotslegung einzugehen:

Angabe der personenbezogenen Qualifikation der vorgesehenen MitarbeiterInnen einschließlich deren Aus- und Weiterbildung und deren bisherigen, einschlägigen Tätigkeiten.

Gewichtung: 40% von 40

Darstellung der Konzepte des geplanten zeitlichen und organisatorischen Ablaufes der Prävention für den angebotenen Bereich, insbesondere der Beschreibung der arbeitsmedizinischen Betreuung der einzelnen Dienststellen;

Beschreibung der Prozesse bei der Ermittlung und Untersuchung der Ursachen von arbeitsbedingten Erkrankungen und Gesundheitsgefahren und deren Auswertungen zum Zwecke der Verhinderung arbeitsbedingter Erkrankungen;

Beschreibung von über die gesetzlichen Mindeststandards hinausgehenden Projekten und Aktionen zur Verbesserung der Arbeitssituation im Sinne einer positiven Beeinflussung der Krankenstandsentwicklung in den Dienststellen.

Gewichtung: 60% von 40

Zuschlagskriterien, Mindestinhalte

Team (personenbezogene Angaben)

Aus- und Weiterbildung

Zusatzqualifikationen

einschlägige Tätigkeiten bisher

Position im Team (z.B. leitende Koordination, sonstige Fachkraft) Betreuungskonzept (bezogen auf jede Dienststelle; Präsentation durch das geplante Team)

Konzept der Betreuung über die gesamte Vertragsdauer (3 + 2 Jahre) unter Angabe von aufbauenden (mehrjährigen) Präventionsmaßnahmen Darstellung des Jahreskonzepts für das erste Betreuungsjahr Darstellung/Ablauf der Vorgangsweise gemäß § 64 Abs. 3 Z 5 (W-BedSchG 1998) Darstellung von Projekten zur positiven Beeinflussung der Krankenstandsentwicklung Darstellung der vom Kunden benötigten Daten
Konzept der Betreuung über die gesamte Vertragsdauer (3 + 2 Jahre) unter Angabe von aufbauenden (mehrjährigen) Präventionsmaßnahmen Darstellung des Jahreskonzepts für das erste Betreuungsjahr Darstellung/Ablauf der Vorgangsweise gemäß Paragraph 64, Absatz 3, Ziffer 5, (W-BedSchG 1998) Darstellung von Projekten zur positiven Beeinflussung der Krankenstandsentwicklung Darstellung der vom Kunden benötigten Daten

Vergleichende Darstellung von Auswirkungen der Prävention (Benchmarking) in den Referenzbetrieben (Vorschlag der Umsetzung in den Dienststellen der Gemeinde Wien)"

Am 16.1.2004 fand ein Hearing zu den Angeboten statt. Dazu hat die Erstantragsgegnerin mit Schreiben vom 10.11.2004 eingeladen. Dieses Schreiben hat folgenden Wortlaut:

"Sehr geehrte Damen und Herren,

Die Magistratsabteilung 34 lädt Sie entsprechend den Vereinbarungen des Vergabeverfahrens über die Dienstleistung "Präventivdienst-Arbeitsmedizinische Betreuung" von Dienststellen der Gemeinde Wien zu einem Hearing

über die Beurteilung des Zuschlagskriteriums Qualität ihrer Angebote ein.

Im Rahmen des Hearings sollen Sie in Form einer Kurzpräsentation die den Angeboten beigelegten Unterlagen bzw. Dokumentationen darstellen, wobei die Schwerpunkte dargestellt und auf bedeutende Unterscheidungen der einzelnen Angebote (Geschäftsgruppen) eingegangen werden muss. Die Präsentation soll nur punktuell - im unbedingt erforderlichen Ausmaß – durch Tabellen, Diagramme, etc. unterstützt werden.

Anschließend werden durch die Kommission Aufklärungsfragen gestellt, welche sich grundsätzlich auf die im Angebot beschriebenen Mindestinhalte beziehen.

Die Dauer der Kurzpräsentation soll nicht länger als 20 Minuten betragen, das Hearing wird nicht länger als 70 – 80 Minuten dauern".

Sowohl die beiden Antragstellerinnen als auch die Zweitantragsgegnerin haben sich am Hearing beteiligt.

Mit jeweils zu den einzelnen Losen ergangenen Zuschlagsentscheidungen, jeweils datiert mit 19.11.2004, hat die Erstantragsgegnerin mitgeteilt, dass sie beabsichtige (offenbar) zu allen neun Losen den Auftrag der Zweitantragsgegnerin erteilen zu wollen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidungen richten sich die jeweils am 2.12.2004 eingelangten (und gemäß § 20 Abs. 1 Z 3 lit. e WVRG rechtzeitigen) Anträge der beiden Antragstellerinnen auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidungen sowie Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Erstantragstellerin begehrt darüber hinaus, die Entscheidung der Erstantragsgegnerin, die Präsentation des Betreuungskonzeptes der Zweitantragsgegnerin durch andere Personen als

die geplanten angebotenen Teammitglieder zuzulassen, die Entscheidung entgegen § 90 Abs. 1 BVergG 2002 die Prüfung und Beurteilung der Angebote Personen zu übertragen, welche die dafür erforderlichen fachlichen Voraussetzungen hierfür (nämlich medizinische Kenntnisse insbesondere auf dem Gebiet der Arbeitsmedizin zu haben) nicht erfüllten bzw. keine medizinischen Sachverständigen zur Prüfung und Beurteilung der Angebote beizuziehen und die Entscheidung entgegen den Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen mehr als drei Bewerber zur Angebotslegung einzuladen, ebenfalls für nichtig zu erklären. Gegen diese Zuschlagsentscheidungen richten sich die jeweils am 2.12.2004 eingelangten (und gemäß Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer 3, Litera e, WVRG rechtzeitigen) Anträge der beiden Antragstellerinnen auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidungen sowie Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Erstantragstellerin begehrt darüber hinaus, die Entscheidung der Erstantragsgegnerin, die Präsentation des Betreuungskonzeptes der Zweitantragsgegnerin durch andere Personen als die geplanten angebotenen Teammitglieder zuzulassen, die Entscheidung entgegen Paragraph 90, Absatz eins, BVergG 2002 die Prüfung und Beurteilung der Angebote Personen zu übertragen, welche die dafür erforderlichen fachlichen Voraussetzungen hierfür (nämlich medizinische Kenntnisse insbesondere auf dem Gebiet der Arbeitsmedizin zu haben) nicht erfüllten bzw. keine medizinischen Sachverständigen zur Prüfung und Beurteilung der Angebote beizuziehen und die Entscheidung entgegen den Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen mehr als drei Bewerber zur Angebotslegung einzuladen, ebenfalls für nichtig zu erklären.

Die von den beiden Antragstellerinnen beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 10.12.2004 erlassen. Diesbezüglich wird auf den Inhalt des genannten Bescheides, der den Parteien zugewiesen ist, verwiesen, um Wiederholungen zu vermeiden.

Zur Begründung ihres Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führt die Erstantragstellerin aus, die Erstantragsgegnerin habe in mehrfacher Weise gegen die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 sowie gegen ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen verstoßen. So habe sie gegen die Vorgabe in den Ausschreibungsunterlagen zur Präsentation des Betreuungskonzeptes durch das geplante Team verstoßen, weil sie im Falle der Zweitantragsgegnerin zur Präsentation nicht das im Angebot angeführte Team, sondern deren Geschäftsführer *** und deren ärztlichen Leiter *** zugelassen habe, obwohl die beiden nicht dem angebotenen Projektteam angehörten. Sie habe damit nicht die Qualität des angebotenen Projektteams beurteilen können. Die Erstantragsgegnerin habe auch gegen § 90 Abs. 1 BVergG 2002 verstoßen, wonach sie verpflichtet gewesen wäre zur Angebotsprüfung Sachverständige beizuziehen, wenn der öffentliche Auftraggeber auch nur hinsichtlich eines zu prüfenden Kriteriums nicht über den notwendigen Sachverstand verfügt. Die Vergabekommission habe ausschließlich aus einem Juristen und einer Betriebswirtin bestanden. Beim Hearing seien überdies zwei weitere Vertreter der Erstantragsgegnerin anwesend gewesen, die jedoch nur über eine technische Ausbildung verfügten. Da die Qualität des angebotenen Teams für die präventive Betreuung der Dienststellen der Geschäftsgruppen und der dargestellten Leistungen der Prävention für diese Dienststellen beurteilt werden sollte, wäre ein Arbeitsmediziner, zumindest aber ein Mediziner, beizuziehen gewesen. Die Mitglieder der Kommission hätten nicht über die notwendige medizinische Ausbildung und Kenntnisse verfügt. Eine objektive nachvollziehbare Bestbieterermittlung liege nicht vor. Das Angebot der Erstantragstellerin sei auch mangelhaft bewertet worden. Insbesondere habe die Erstantragsgegnerin die einzelnen Lose nicht unter Zugrundelegung der spezifischen Bedingungen bewertet, sondern offenbar den Angebotsteil für nur eine Geschäftsgruppe geprüft und dieses Ergebnis auf alle anderen Geschäftsgruppen übertragen, ohne diesbezüglich eine nachvollziehbare, eingehende Angebotsprüfung durchzuführen. Zur Begründung ihres Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führt die Erstantragstellerin aus, die Erstantragsgegnerin habe in mehrfacher Weise gegen die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 sowie gegen ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen verstoßen. So habe sie gegen die Vorgabe in den Ausschreibungsunterlagen zur Präsentation des Betreuungskonzeptes durch das geplante Team verstoßen, weil sie im Falle der Zweitantragsgegnerin zur Präsentation nicht das im Angebot angeführte Team, sondern deren Geschäftsführer *** und deren ärztlichen Leiter *** zugelassen habe, obwohl die beiden nicht dem angebotenen Projektteam angehörten. Sie habe damit nicht die Qualität des angebotenen Projektteams beurteilen können. Die Erstantragsgegnerin habe auch gegen Paragraph 90, Absatz eins, BVergG 2002 verstoßen, wonach sie verpflichtet gewesen wäre zur Angebotsprüfung Sachverständige beizuziehen, wenn der öffentliche Auftraggeber auch nur hinsichtlich eines zu prüfenden Kriteriums nicht über den notwendigen Sachverstand verfügt. Die Vergabekommission habe ausschließlich aus einem Juristen und einer Betriebswirtin bestanden. Beim Hearing seien überdies zwei weitere Vertreter der Erstantragsgegnerin anwesend gewesen, die jedoch nur über eine technische Ausbildung verfügten. Da

die Qualität des angebotenen Teams für die präventive Betreuung der Dienststellen der Geschäftsgruppen und der dargestellten Leistungen der Prävention für diese Dienststellen beurteilt werden sollte, wäre ein Arbeitsmediziner, zumindest aber ein Mediziner, beizuziehen gewesen. Die Mitglieder der Kommission hätten nicht über die notwendige medizinische Ausbildung und Kenntnisse verfügt. Eine objektive nachvollziehbare Bestbieterermittlung liege nicht vor. Das Angebot der Erstantragstellerin sei auch mangelhaft bewertet worden. Insbesondere habe die Erstantragsgegnerin die einzelnen Lose nicht unter Zugrundelegung der spezifischen Bedingungen bewertet, sondern offenbar den Angebotsteil für nur eine Geschäftsgruppe geprüft und dieses Ergebnis auf alle anderen Geschäftsgruppen übertragen, ohne diesbezüglich eine nachvollziehbare, eingehende Angebotsprüfung durchzuführen.

Wäre die Erstantragsgegnerin ihren eigenen Ausschreibungsunterlagen sowie den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 gefolgt, wäre die Erstantragstellerin als Bestbieterin aus dem Bewertungsverfahren hervorgegangen.

Die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes hinsichtlich der Lose eins bis drei und fünf bis neun sei rechtswidrigerweise erfolgt, wodurch ihr ein Schaden in Höhe des Erfüllungsinteresses von zumindest Euro 150.000,--, der Angebotserstellungskosten von zumindest (berichtigt mit Schreiben vom 3.12.2004) Euro 5.000,-- zu entstehen drohe. Dazu käme auch noch der Verlust eines bedeutenden Referenzauftrages.

Die Erstantragstellerin habe entsprechend den Ausschreibungsunterlagen zum Hearing jenes Team gestellt, das von ihr für die Durchführung des Auftrages vorgesehen ist. In diesem Punkt habe die Zweitantragsgegnerin nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprochen, indem sie nur den ärztlichen Leiter und den Geschäftsführer zum Hearing brachte, womit die Erstantragsgegnerin offenbar einverstanden gewesen sei, nachdem es das Team mit der Höchstpunkteanzahl bewerte habe.

Die Zweitantragstellerin, die primär die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung beantragt, begehrt weiters (offenbar hilfsweise) die Ausschreibung für nichtig zu erklären. Sie führt zur Begründung ihres Antrages aus, die Erstantragsgegnerin habe gegen ihre Begründungspflicht bei der Bewertung der qualitativen Zuschlagskriterien der einzelnen Lose verstoßen. So habe die Erstantragstellerin alle neun Lose gleich bewertet, obwohl in der Ausschreibung die Vorlage von Spezifikationsblättern verlangt gewesen sei. Es bestünden erhebliche Unterschiede im Aufgabenspektrum, welche die Zweitantragstellerin in Spezifikationsblättern präsentiert habe. Durch die pauschale, undifferenzierte Bewertung habe die Erstantragsgegnerin gegen ihre Verpflichtung verstoßen, die Angebote hinsichtlich der einzelnen Lose individuell zu prüfen und zu bewerten. Die Erstantragsgegnerin sei überdies bei der Zuschlagsentscheidung von falschen Tatsachengrundlagen ausgegangen bzw. sei sie auf das Angebot der Zweitantragstellerin gar nicht eingegangen. So sei etwa der Bieter nach den Ausschreibungsunterlagen nicht verpflichtet gewesen, die Namen der Teammitglieder vorab bekannt zu geben. Dennoch habe die Zweitantragstellerin die für den Einsatz vorgesehenen Teammitglieder im Angebot und im Hearing namentlich genannt. Die von ihr genannten Ärzte verfügten alle über eine medizinische Ausbildung und eine zehnjährige Berufserfahrung. Im Hearing habe die Zweitantragstellerin angegeben, dass weitere in Aussicht genommene österreichische Ärzte – schrittweise - eingestellt werden sollen und das übergangsweise Ärzte aus Deutschland tätig sein würden, die über entsprechende Erfahrungen verfügten. Es komme zwar dem Kriterium "Zusammensetzung und Qualität des Teams" besondere Bedeutung zu, dennoch sei die Zweitantragstellerin nach der Rechtsprechung nicht verpflichtet gewesen bereits vor Zuschlagserteilung das für die Auftragserfüllung erforderliche Personal einzustellen. Dies habe die Erstantragsgegnerin in der Ausschreibung auch nicht gefordert. In der Bewertung ihres Angebotes sei die Erstantragsgegnerin weder auf die Qualität des Teams noch auf die im Angebot vorgelegten Referenzprojekte der Zweitantragstellerin eingegangen. Die Bestbieterermittlung sei nicht nachvollziehbar, weil die Auftraggeberin in Ihrer Maßnahmenbeschreibung unbestimmte Begriffe verwendet habe, die die Nachvollziehbarkeit der Bestbieterermittlung beeinträchtigten. Auch die Bewertung des von der Zweitantragstellerin vorgelegten Konzepts zur gesamten Vertragsdauer sowie des Jahreskonzepts sei nicht nachvollziehbar. Die Bewertung des Konzepts mit "gegeben" sei zu kurz und undetailliert. Im Rahmen des Hearings hätte die Auftraggeberin dazu Fragen zur Umsetzung des Konzepts der einzelnen Lose an die Zweitantragstellerin zu richten gehabt, wenn Aufklärungsbedarf gegeben gewesen wäre. Zumindest hätte die Auftraggeberin auch die in Deutschland umgesetzten Projekte der Zweitantragstellerin als Referenzprojekte berücksichtigen müssen, was nicht geschehen sei. In der Ausschreibung sei zudem von der Auftraggeberin nicht zwischen den verschiedenen Zuschlagskriterien (Subkriterien) im "Konzept" differenziert worden. Eine Gewichtung der

Subkriterien habe die Auftraggeberin auch nicht vorgenommen. Aus diesen Gründen sei die Ausschreibung jedenfalls zu widerrufen. Insgesamt erweise sich daher die Bewertung des Angebotes der Zweitantragstellerin als mangelhaft und nicht nachvollziehbar. Letztlich habe die Erstantragsgegnerin gegen ihre Pflichten verstoßen entsprechende Aufklärung zu verlangen. Das Angebot der Zweitantragstellerin sei hinsichtlich der von der Auftraggeberin geforderten Angabe über das "Team" klar und vollständig. Unklarheiten seitens der Auftraggeberin im Hinblick auf die Zusammensetzung des von der Zweitantragstellerin angebotenen Teams wären in Form von Aufklärungsgesprächen durch die Auftraggeberin zu klären gewesen. Davon habe die Auftraggeberin jedoch nicht Gebrauch gemacht, auch im Hearing sei dieser Punkt von der Erstantragsgegnerin nicht angesprochen bzw. erörtert worden.

Die Ergebnisse des Hearings hätten zudem in einer Niederschrift festgehalten werden müssen. Die Erstantragsgegnerin habe auch gegen ihre Bekanntmachungspflichten gemäß § 100 Abs. 3 BVergG 2002 verstoßen, weil sie über Ersuchen der Zweitantragstellerin dieser nur die erreichten Punkte in der Zuschlagsbewertung und eine lediglich schlagwortartige Beschreibung der Angebotsinhalte mitgeteilt habe. Damit habe sie nicht die Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes sowie die Vorteile des erfolgreichen Angebotes und letztlich auch nicht die Vergabesumme bekannt gegeben. Die Ergebnisse des Hearings hätten zudem in einer Niederschrift festgehalten werden müssen. Die Erstantragsgegnerin habe auch gegen ihre Bekanntmachungspflichten gemäß Paragraph 100, Absatz 3, BVergG 2002 verstoßen, weil sie über Ersuchen der Zweitantragstellerin dieser nur die erreichten Punkte in der Zuschlagsbewertung und eine lediglich schlagwortartige Beschreibung der Angebotsinhalte mitgeteilt habe. Damit habe sie nicht die Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes sowie die Vorteile des erfolgreichen Angebotes und letztlich auch nicht die Vergabesumme bekannt gegeben.

In dem am 30.12.2004 eingelangten Schriftsatz hat die Zweitantragstellerin erstmals geltend gemacht, die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens wäre unzulässig gewesen (Punkt 4.3 des Schriftsatzes). Verhandlungen seien darüber hinaus auch gar nicht geführt worden. In diesem Schriftsatz wurde auch Befangenheit des Mitgliedes der Bewertungskommission *** behauptet (Punkt 4.4 des Schriftsatzes).

Die Erstantragsgegnerin hat sich gegen die von der Erstantragstellerin beantragte Nichtigerklärung ausgesprochen und insbesondere ausgeführt, nach der Verlautbarung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sei davon auszugehen, dass drei, jedoch maximal fünf Bewerber, zum Verfahren zugelassen werden. In der Einladung zum Hearing sei jedem Bieter freigestellt worden, welche Personen daran teilnehmen sollen. Die Angebotsprüfung sei von fachkundigen Mitarbeitern des Magistrats sowie einer externen Person durchgeführt worden, die fachlichen Qualifikationen entsprechen den Voraussetzungen des § 90 BVergG 2002. Aus den Ausschreibungsunterlagen gehe hervor, dass es nicht erforderlich gewesen sei, dass das Projektteam das Konzept im Hearing präsentiere. Sowohl der ärztliche Leiter als auch Geschäftsführer des Bestbieters seien geeignete Personen für das Hearing im Verhandlungsverfahren gewesen. Die Qualität des anzugebenden Projektteams des Bieters sei aus den Angebotsunterlagen eindeutig hervorgegangen. Die von der Kommission erstellte Niederschrift entspreche den Bestimmungen des § 95 Abs. 1 BVergG 2002 wonach alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festgehalten worden seien. Nach Ansicht der Erstantragsgegnerin sei die Bewertung anhand der Zuschlagskriterien nachvollziehbar in der Niederschrift dargestellt worden. Die Kommission habe auch für jedes Los entsprechend den Ausschreibungsunterlagen und dem Ergebnis des Hearings eine Bewertung vorgenommen (Stellungnahme im Verfahren zur Zahl VKS - 6768/04). Die Erstantragsgegnerin hat sich gegen die von der Erstantragstellerin beantragte Nichtigerklärung ausgesprochen und insbesondere ausgeführt, nach der Verlautbarung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sei davon auszugehen, dass drei, jedoch maximal fünf Bewerber, zum Verfahren zugelassen werden. In der Einladung zum Hearing sei jedem Bieter freigestellt worden, welche Personen daran teilnehmen sollen. Die Angebotsprüfung sei von fachkundigen Mitarbeitern des Magistrats sowie einer externen Person durchgeführt worden, die fachlichen Qualifikationen entsprechen den Voraussetzungen des Paragraph 90, BVergG 2002. Aus den Ausschreibungsunterlagen gehe hervor, dass es nicht erforderlich gewesen sei, dass das Projektteam das Konzept im Hearing präsentiere. Sowohl der ärztliche Leiter als auch Geschäftsführer des Bestbieters seien geeignete Personen für das Hearing im Verhandlungsverfahren gewesen. Die Qualität des anzugebenden Projektteams des Bieters sei aus den Angebotsunterlagen eindeutig hervorgegangen. Die von der Kommission erstellte Niederschrift entspreche den Bestimmungen des Paragraph 95, Absatz eins, BVergG 2002 wonach alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festgehalten worden seien. Nach Ansicht der Erstantragsgegnerin sei die Bewertung anhand

der Zuschlagskriterien nachvollziehbar in der Niederschrift dargestellt worden. Die Kommission habe auch für jedes Los entsprechend den Ausschreibungsunterlagen und dem Ergebnis des Hearings eine Bewertung vorgenommen (Stellungnahme im Verfahren zur Zahl VKS - 6768/04).

Zum Nachprüfungsantrag der Zweitantragstellerin hat die Erstantragsgegnerin im Schriftsatz vom 13.12.2004 ausgeführt, dass die Zweitantragstellerin das im schriftlichen Angebot festgelegte Team im Hearing abgeändert hätte. Demnach sei im Hearing bekannt gegeben worden, dass zu den im schriftlichen Angebot namhaft gemachten drei ÄrztInnen die restlichen Ärzte des Teams erst bei Auftragserteilung bekannt gegeben werden. Somit habe die zu bewertende Kommission keine Möglichkeit gehabt, die nicht nominierten Teammitglieder zu beurteilen bzw. deren Eignung festzustellen. Sowohl über die Angebotsinhalte als auch über das Ergebnis des Hearings sei ein gemeinsames Protokoll (Niederschrift) erstellt worden. Nachdem die Zweitantragstellerin für alle neun Lose das gleiche Team genannt habe, sei die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Team" folgerichtig mit der gleichen Punktzahl und der gleichen verbalen Bewertung vorgenommen worden. Da jedoch die Zweitantragstellerin erst nach Auftragserteilung einen Großteil der Teammitglieder nennen wollte, habe die Kommission diesen Punkt nur mit sechs von zehn möglichen Punkten bewertet. Jedenfalls sei die Bewertung und die Beurteilung des Angebotes der Zweitantragstellerin objektiv und verbal nachvollziehbar vorgenommen worden. Die Kommission habe für jedes Los entsprechend den vorgelegten Konzepten sowie den beim Hearing präsentierten Inhalten die Bewertung durchgeführt und für jedes Los begründet. Im Zuge des Hearings habe die Zweitantragstellerin zusätzliche Informationen zu ihrem Angebot bekannt gegeben, was in der Bewertung entsprechend niedriger berücksichtigt worden sei. Im Leistungsverzeichnis (Seite 11) seien personenbezogene Angaben zum Team bzw. die Namen der Teammitglieder verlangt worden. Im Zuge des Hearings habe die Zweitantragstellerin bekannt gegeben, dass – abgesehen von den drei österreichischen ÄrztInnen – die in den Ausschreibungsunterlagen genannten anderen Ärzte im Auftragsfall nicht mehr dem Team angehören werden. Die anderen Ärzte würden erst bei Zuschlagserteilung namhaft gemacht werden. Durch das Hearing seien das Leistungsverzeichnis und die Bestimmungen der Ausschreibung in keiner Weise abgeändert worden. Im schriftlichen Angebot sei für alle neun Lose das gleiche Team genannt worden. Auch das im Rahmen des Hearings abgeänderte Team sei in Bezug auf alle neun Lose gleich, sodass die Bewertung durch die Kommission für alle neun Lose gleich ausfallen habe müssen. In ihrer Niederschrift habe die Kommission plausibel und nachvollziehbar dargelegt, wie die Bewertung der Konzepte im Angebot und das Ergebnis des Hearings vorgenommen wurden. Die Kommission habe nicht anhand von Referenzen sondern von Betreuungskonzepten die Bewertung durchgeführt. Die Gründe für die Zuschlagsentscheidung seien objektiv in einer Niederschrift und nachvollziehbar festgehalten worden. Im Verhandlungsverfahren seien die Ausschreibungsinhalte nicht abgeändert worden.

Aufgrund ihres Teilnahmeantrages wurde das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen in beiden Verfahren mit Bescheid vom 17.12.2004 als Partei zugelassen. Dieses Unternehmen hat zur Unterstützung des Antrages der Erstantragsgegnerin gleichfalls beantragt den Anträgen auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht Folge zu geben und hat dazu ausgeführt, dass die der Erstantragsgegnerin vorgeworfenen Rechtswidrigkeiten nicht vorlägen. Die Prüfung und Beurteilung der Angebote sei durch qualifizierte Personen erfolgt, die Teilnehmeranzahl sei bereits bei Bekanntmachung der Ausschreibung mit höchstens fünf Teilnehmern festgelegt worden. Die Auftraggeberin sei auch ihrer Begründungspflicht bei der Bewertung nachgekommen und nicht von falschen Tatsachengrundlagen ausgegangen. Da das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen sich gleichfalls gegen die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ausgesprochen hat und den Standpunkt der Erstantragsgegnerin teilt, war sie – schon von ihrer Interessenlage her gesehen – im Nachprüfungsverfahren als Zweitantragsgegnerin zu führen.

Zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt stellt der Vergabekontrollsenat aufgrund des Vorbringens der Parteien in ihren Schriftsätzen, die jeweils der Gegenseite zur Kenntnis gebracht wurden, sowie aufgrund des Inhaltes der Vergabeakten nachfolgenden ergänzenden Sachverhalt fest:

Aufgrund der eingelangten Teilnahmeanträge hat die Erstantragsgegnerin in der Folge ein Verhandlungsverfahren mit vier Bietern durchgeführt, wobei dazu am 16.11.2004 ein Hearing abgehalten wurde. Bei dem Hearing hat die Erstantragstellerin mit dem von ihr im Anbot genannten Team teilgenommen. Die Zweitantragstellerin war beim Hearing durch ihren Geschäftsführer und einige Teammitglieder (ärztliche Leiter) vertreten. Im Hearing hat die

Zweitrantragstellerin das im schriftlichen Angebot festgelegte Team abgeändert und ausgeführt, dass zu dem im schriftlichen Angebot namhaft gemachten drei ÄrztInnen die restlichen Ärzte des Teams erst bei Auftragserteilung bekannt gegeben werden.

Die Zweittragsgegnerin war durch ihren Geschäftsführer *** und ihren ärztlichen Leiter *** vertreten. Sie sind nicht Mitglieder des von ihr angebotenen Projektteams.

Die von der Erstantragsgegnerin bestellte Vergabekommission hat aus OSR Dr. *** (Unabhängiger Bedienstetenschutzbeauftragter), SR Dr. ***, Magistratsdirektion-Geschäftsbereich Personal und Revision, Leiter der Gruppe Berufliche Gesundheitsförderung und Mag. ***, Geschäftsführerin der Akademie für Arbeitsmedizin bestanden. Dr. *** und Dr. *** sind von ihrer Ausbildung her Juristen, Mag. *** Betriebswirtin. Am Hearing haben darüber hinaus Ing. ***, technischer Amtsrat und Ing. ***, technischer Oberamtsrat teilgenommen. Von Dr. *** wurde OMR Mag. ***, ebenfalls Jurist im Magistratsbereich, beigezogen. Der Letztgenannte war nicht Mitglied der Vergabekommission und hat auch Dr. *** nicht als Kommissionsmitglied vertreten.

Nach den Ergebnissen des Hearings wurde die Zweittragsgegnerin mit 94 Punkten als Bestbieterin gereiht, die Erstantragstellerin mit 89 Punkten an zweiter Stelle und die Zweitrantragstellerin mit 87 Punkten an dritter Stelle gereiht.

Die Zuschlagsentscheidungen vom 19.11.2004, die je Los ergangen sind, sind den Antragstellerinnen am gleichen Tag im Faxwege zugegangen.

Da bereits anhand der Aktenlage erkennbar war, dass die behaupteten Rechtsverletzungen vorliegen, konnte von der von der Zweittragsgegnerin beantragten Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden (§ 24 Abs. 2 Z 2 WVRG). Da bereits anhand der Aktenlage erkennbar war, dass die behaupteten Rechtsverletzungen vorliegen, konnte von der von der Zweittragsgegnerin beantragten Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG).

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt hat der Vergabekontrollsenat in rechtlicher Hinsicht erwogen:

Die Erstantragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002. Bei den gegenständlichen zur Vergabe ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um nicht-prioritäre Dienstleistungen gemäß Anhang IV zum BVergG 2002 (Kategorie 25 des Anhangs IV). Es handelt sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den §§ 11 Abs. 2 Z 2 und 13 Abs. 1 WVRG zur Durchführung der Nichtigerklärungsverfahren zuständig. Die Erstantragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002. Bei den gegenständlichen zur Vergabe ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um nicht-prioritäre Dienstleistungen gemäß Anhang römisch vier zum BVergG 2002 (Kategorie 25 des Anhangs römisch vier). Es handelt sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den Paragraphen 11, Absatz 2, Ziffer 2 und 13 Absatz eins, WVRG zur Durchführung der Nichtigerklärungsverfahren zuständig.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2002 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerinnen haben die behauptete Rechtswidrigkeit und den ihnen drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie sind auch ihrer Mitteilungspflicht gemäß § 14 Abs. 1 WVRG rechtzeitig und vollständig nachgekommen. Insoweit ist die Antragslegitimation der Antragstellerinnen gegeben. Da die Verständigung der Antragstellerinnen von der Zuschlagsentscheidung am 19.11.2004 erfolgte, sind ihre jeweils am 2.12.2004 eingelangten Anträge auf Nichtigerklärung im Sinne des § 20 Abs. 1 Z 3 lit. e WVRG rechtzeitig. Die Anträge richten sich grundsätzlich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 20 Z 13 lit. a sublit. dd BVergG 2002. Die Anträge entsprechen auch sonst den Anforderungen des § 17 Abs. 1 WVRG. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2002 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerinnen

haben die behauptete Rechtswidrigkeit und den ihnen drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie sind auch ihrer Mitteilungspflicht gemäß Paragraph 14, Absatz eins, WVRG rechtzeitig und vollständig nachgekommen. Insoweit ist die Antragslegitimation der Antragstellerinnen gegeben. Da die Verständigung der Antragstellerinnen von der Zuschlagsentscheidung am 19.11.2004 erfolgte, sind ihre jeweils am 2.12.2004 eingelangten Anträge auf Nichtigklärung im Sinne des Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer 3, Litera e, WVRG rechtzeitig. Die Anträge richten sich grundsätzlich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2002. Die Anträge entsprechen auch sonst den Anforderungen des Paragraph 17, Absatz eins, WVRG.

Soweit die Erstantragstellerin jedoch neben der Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidungen auch die Nichtigklärung der Entscheidungen der Erstantragsgegnerin als nichtig anführt, die Präsentation des Betreuungskonzeptes der *** durch andere Personen als die geplanten, angebotenen Teammitglieder zuzulassen; entgegen § 90 Abs. 1 BVergG 2002 die Prüfung und Beurteilung des Angebotes Personen zu übertragen, welche die dafür erforderlichen fachlichen Voraussetzungen hierfür (nämlich medizinische Kenntnisse insbesondere auf dem Gebiet der Arbeitsmedizin zu haben) nicht erfüllen bzw. keine medizinischen Sachverständigen zur Prüfung und Beurteilung der Angebote beizuziehen und letztlich die Entscheidung, entgegen den Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen mehr als drei Bewerber zur Angebotslegung einzuladen, begehrt wird, waren diese Anträge mangels Kompetenz des Vergabekontrollsenates zurückzuweisen. Bei den angefochtenen Entscheidungen handelt es sich nicht um gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des § 20 Z 13 lit. a BVergG 2002, sodass gemäß § 13 Abs. 1 WVRG eine Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates zur meritorischen Erledigung dieser Anträge nicht gegeben ist. Soweit die Erstantragstellerin jedoch neben der Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidungen auch die Nichtigklärung der Entscheidungen der Erstantragsgegnerin als nichtig anführt, die Präsentation des Betreuungskonzeptes der *** durch andere Personen als die geplanten, angebotenen Teammitglieder zuzulassen; entgegen Paragraph 90, Absatz eins, BVergG 2002 die Prüfung und Beurteilung des Angebotes Personen zu übertragen, welche die dafür erforderlichen fachlichen Voraussetzungen hierfür (nämlich medizinische Kenntnisse insbesondere auf dem Gebiet der Arbeitsmedizin zu haben) nicht erfüllen bzw. keine medizinischen Sachverständigen zur Prüfung und Beurteilung der Angebote beizuziehen und letztlich die Entscheidung, entgegen den Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen mehr als drei Bewerber zur Angebotslegung einzuladen, begehrt wird, waren diese Anträge mangels Kompetenz des Vergabekontrollsenates zurückzuweisen. Bei den angefochtenen Entscheidungen handelt es sich nicht um gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, BVergG 2002, sodass gemäß Paragraph 13, Absatz eins, WVRG eine Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates zur meritorischen Erledigung dieser Anträge nicht gegeben ist.

Soweit die Zweitantragstellerin neben der Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung begehrt, auch die Ausschreibung für nichtig zu erklären, war ihr diesbezügliches Begehren zurückzuweisen, da im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung Anträge auf Nichtigklärung der Ausschreibung spätestens sieben Tage, im beschleunigten Verfahren bei Dringlichkeit jedenfalls drei Tage vor Ende der Bewerbungsfrist gestellt werden müssen (§ 20 Abs. 1 Z 3 lit. a WVRG). Da die Bewerbungsfrist am 17.8.2004 abgelaufen ist, ist der am 2.12.2004 erstmals gestellt Antrag verfristet. Gleiches gilt für die Ausführungen im einleitenden Schriftsatz als darin Mängel in der Ausschreibung geltend gemacht werden (z.B. Absatz 41, 45, 48 und Pkt. 6 im Schriftsatz vom 23.12.2004). Soweit die Zweitantragstellerin neben der Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung begehrt, auch die Ausschreibung für nichtig zu erklären, war ihr diesbezügliches Begehren zurückzuweisen, da im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung Anträge auf Nichtigklärung der Ausschreibung spätestens sieben Tage, im beschleunigten Verfahren bei Dringlichkeit jedenfalls drei Tage vor Ende der Bewerbungsfrist gestellt werden müssen (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer 3, Litera a, WVRG). Da die Bewerbungsfrist am 17.8.2004 abgelaufen ist, ist der am 2.12.2004 erstmals gestellt Antrag verfristet. Gleiches gilt für die Ausführungen im einleitenden Schriftsatz als darin Mängel in der Ausschreibung geltend gemacht werden (z.B. Absatz 41, 45, 48 und Pkt. 6 im Schriftsatz vom 23.12.2004).

Soweit die Anträge die Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidungen betreffen, war ihnen jedoch aus folgenden Überlegungen stattzugeben:

Zur Verbindung beider Verfahren zur gemeinsamen Entscheidung:

Gemäß § 39 Abs. 2 AVG kann die Behörde von Amts wegen oder auf Antrag mehrere Verwaltungssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbinden oder sie wieder trennen. Sie hat sich dabei von Rücksichten

auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen. Gegenständlich liegen zwei rechtzeitige und zulässige Anträge auf Nachprüfung vor, die dasselbe Vergabeverfahren betreffen, weshalb es zweckmäßig war, beide Verfahren zur gemeinsamen Entscheidung zu verbinden, zumal auch von beiden Antragstellerinnen im Wesentlichen das Vorliegen gleicher Rechtswidrigkeiten behauptet werden. Gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG kann die Behörde von Amts wegen oder auf Antrag mehrere Verwaltungssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbinden oder sie wieder trennen. Sie hat sich dabei von Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen. Gegenständlich liegen zwei rechtzeitige und zulässige Anträge auf Nachprüfung vor, die dasselbe Vergabeverfahren betreffen, weshalb es zweckmäßig war, beide Verfahren zur gemeinsamen Entscheidung zu verbinden, zumal auch von beiden Antragstellerinnen im Wesentlichen das Vorliegen gleicher Rechtswidrigkeiten behauptet werden.

Die Zweitantragstellerin hat auch geltend gemacht (Schriftsatz vom 30.12.2004), ein Verhandlungsverfahren hätte nicht stattfinden dürfen, da die im § 25 Abs. 5 BVergG 2002 dafür angeführten Gründe nicht vorgelegen seien. Die Auftraggeberin stützt sich in ihrer Äußerung darauf, dass die zu erbringenden Dienstleistungen geistig schöpferische Komponenten beinhalten und daher nicht hinreichend genau im Vorhinein festgelegt werden konnten. Die Zweitantragstellerin hat auch geltend gemacht (Schriftsatz vom 30.12.2004), ein Verhandlungsverfahren hätte nicht stattfinden dürfen, da die im Paragraph 25, Absatz 5, BVergG 2002 dafür angeführten Gründe nicht vorgelegen seien. Die Auftraggeberin stützt sich in ihrer Äußerung darauf, dass die zu erbringenden Dienstleistungen geistig schöpferische Komponenten beinhalten und daher nicht hinreichend genau im Vorhinein festgelegt werden konnten.

Das Vorbringen der Zweitantragstellerin kann auf sich beruhen, da die Ausschreibung im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt (§ 20 Z 13 lit. a sublit. dd BVergG 2002), jedoch eine Anfechtung dieser Ausschreibung aus den nunmehr im Nachprüfungsantrag gestellten Gründen innerhalb der Frist des § 20 Abs. 1 Z 3 lit. a WVRG (sieben Tage vor Ende der Bewerbungsfrist) nicht erfolgt ist. Das Vorbringen der Zweitantragstellerin kann auf sich beruhen, da die Ausschreibung im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt (Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2002), jedoch eine Anfechtung dieser Ausschreibung aus den nunmehr im Nachprüfungsantrag gestellten Gründen innerhalb der Frist des Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer 3, Litera a, WVRG (sieben Tage vor Ende der Bewerbungsfrist) nicht erfolgt ist.

Zutreffend ist jedoch das Vorbringen der Antragstellerinnen, dass in der Folge keine Verhandlungen geführt wurden. Das "Hearing" kann nicht als Verhandlung gewertet werden, weil dieses nur in einer Präsentation und in der Erledigung von Aufklärungsfragen bestand und außerdem zeitlich limitiert war (20 Minuten für die Präsentation, 70 bis 80 Minuten für Präsentation und Aufklärungsfragen). Dass aber Verhandlungen erforderlich waren, zeigt der Umstand, dass unter den Bietern über Leistungsumfang und Bewertung erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestehen. Die Zweitantragstellerin hat dazu vorgebracht, dass sie dadurch an einer Adaptierung ihrer Angebotsunterlagen gehindert wurde. Da Verhandlungen somit Auswirkungen auf die Bewertung der Angebote hätten haben können, macht ihr Fehlen die Durchführung des Verfahrens rechtswidrig. (vgl. ZVB 2002/55, 129; BVA vom 13.10.2003, 9N-84/03-15). Zutreffend ist jedoch das Vorbringen der Antragstellerinnen, dass in der Folge keine Verhandlungen geführt wurden. Das "Hearing" kann nicht als Verhandlung gewertet werden, weil dieses nur in einer Präsentation und in der Erledigung von Aufklärungsfragen bestand und außerdem zeitlich limitiert war (20 Minuten für die Präsentation, 70 bis 80 Minuten für Präsentation und Aufklärungsfragen). Dass aber Verhandlungen erforderlich waren, zeigt der Umstand, dass unter den Bietern über Leistungsumfang und Bewertung erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestehen. Die Zweitantragstellerin hat dazu vorgebracht, dass sie dadurch an einer Adaptierung ihrer Angebotsunterlagen gehindert wurde. Da Verhandlungen somit Auswirkungen auf die Bewertung der Angebote hätten haben können, macht ihr Fehlen die Durchführung des Verfahrens rechtswidrig. vergleiche ZVB 2002/55, 129; BVA vom 13.10.2003, 9N-84/03-15).

Dagegen vermag die Erstantragstellerin mit ihrem Hinweis, zur Angebotsabgabe seien entgegen den Ausschreibungsbestimmungen vier Bieter zugelassen worden, keine Rechtswidrigkeit des Verfahrens aufzuzeigen, da in der öffentlichen Bekanntmachung von drei bis fünf Bietern die Rede ist, die zur Angebotslegung zugelassen werden. Im Zweifel ist vom Inhalt der Bekanntmachung auszugehen.

Hingegen erweisen sich die Ausführungen der Antragstellerinnen zur Zusammensetzung der Hearingkommission als im Ergebnis berechtigt. Die Bewertungskommission bestand aus Herrn OSR Dr. *** (Unabhängiger

Bedienstetenschutzbeauftragter der Stadt Wien), Herrn SR Dr. *** (MD-PR, Leiter der Gruppe Berufliche Gesundheitsförderung) und Frau Mag. *** (Geschäftsführerin der Akademie für Arbeitsmedizin). Dr. *** und Dr. *** sind von ihrer Ausbildung her Juristen, Mag. *** Betriebswirtin.

Gemäß § 64 Abs. 1 W-BedSchG 1998 ist eine arbeitsmedizinische Betreuung für die Bediensteten im Magistratsbereich vorzusehen, die die Aufgabe hat, die Dienstgeberin und die Bediensteten, insbesondere die Sicherheitsvertrauenspersonen und PersonalvertreterInnen auf dem Gebiet des Gesundheitsschutzes, der auf die Arbeitsbedingungen bezogenen Gesundheitsförderung und der menschengerechten Arbeitsgestaltung zu beraten sowie die Dienstgeberin bei der Erfüllung ihrer Pflichten auf diesen Gebieten zu unterstützen. Die Betreuung kann unter Bedachtnahme auf § 79 Abs. 2 ASchG durch Arbeitsmedizinerinnen und Arbeitsmediziner, die in einem Dienstverhältnis zur Gemeinde Wien stehen (gemeindeeigene Arbeitsmedizinerinnen und Arbeitsmediziner), durch Inanspruchnahme externer Arbeitsmedizinerinnen und Arbeitsmediziner oder durch Inanspruchnahme arbeitsmedizinischer Zentren (§ 80 ASchG) erfolgen. Die Bestimmungen des Ärztegesetzes 1984, BGBl. Nr. 373 bleiben unberührt. Gemäß Paragraph 64, Absatz eins, W-BedSchG 1998 ist eine arbeitsmedizinische Betreuung für die Bediensteten im Magistratsbereich vorzusehen, die die Aufgabe hat, die Dienstgeberin und die Bediensteten, insbesondere die Sicherheitsvertrauenspersonen und PersonalvertreterInnen auf dem Gebiet des Gesundheitsschutzes, der auf die Arbeitsbedingungen bezogenen Gesundheitsförderung und der menschengerechten Arbeitsgestaltung zu beraten sowie die Dienstgeberin bei der Erfüllung ihrer Pflichten auf diesen Gebieten zu unterstützen. Die Betreuung kann unter Bedachtnahme auf Paragraph 79, Absatz 2, ASchG durch Arbeitsmedizinerinnen und Arbeitsmediziner, die in einem Dienstverhältnis zur Gemeinde Wien stehen (gemeindeeigene Arbeitsmedizinerinnen und Arbeitsmediziner), durch Inanspruchnahme externer Arbeitsmedizinerinnen und Arbeitsmediziner oder durch Inanspruchnahme arbeitsmedizinischer Zentren (Paragraph 80, ASchG) erfolgen. Die Bestimmungen des Ärztegesetzes 1984, Bundesgesetzblatt Nr. 373 bleiben unberührt.

Die Mindesteinsatzzeit der arbeitsmedizinischen Betreuung bestimmt sich nach § 64 Abs. 2 W-BedSchG 1998 nach der Gesamtzahl der Bediensteten aller Dienststellen. Teilzeitbeschäftigte Bedienstete sind bei der Berechnung der Gesamtzahl der Bediensteten entsprechend dem Umfang ihrer Beschäftigung anteilmäßig zu berücksichtigen. Die Mindesteinsatzzeit der arbeitsmedizinischen Betreuung bestimmt sich nach Paragraph 64, Absatz 2, W-BedSchG 1998 nach der Gesamtzahl der Bediensteten aller Dienststellen. Teilzeitbeschäftigte Bedienstete sind bei der Berechnung der Gesamtzahl der Bediensteten entsprechend dem Umfang ihrer Beschäftigung anteilmäßig zu berücksichtigen.

Aus der angeführten Bestimmung lässt sich zwar die Qualifikation und Anzahl der erforderlichen ArbeitsmedizinerInnen bestimmen, jedoch ist damit nur das Kriterium "Eignung" der Bieter angesprochen. Bei der Beurteilung der Angebote sind jedoch über diese zwingenden Voraussetzungen hinaus Leistungsmerkmale zu erwägen, die auch das Team der ArbeitsmedizinerInnen betreffen. Diesem Umstand hat die Erstantragsgegnerin in ihren Ausschreibungsunterlagen entsprechend Rechnung getragen, indem sie im Rahmen des Abschnittes B "Leistungsbeschreibung" eingehende Erläuterungen zu § 64 W-BedSchG 1998 gegeben hat. Diese Erläuterungen umfassen sechs Seiten. Dazu kommt, dass die Erstantragsgegnerin in den Kriterien für die Zuschlagserteilung insbesondere ausführt, dass bei der Qualitätsbewertung die Qualität des angebotenen Teams für die präventive Betreuung der Dienststellen und Geschäftsgruppen sowie die dargestellten Leistungen der Prävention für die Dienststellen beurteilt werden. Diese Beurteilung soll nach den Ausschreibungsunterlagen auf Basis der dem Angebot beizulegenden Darstellungen in Form eines Hearings durchgeführt werden. Ausdrücklich wird verlangt, dass in der Angebotslegung Angaben der personenbezogenen Qualifikation der vorgesehenen MitarbeiterInnen einschließlich deren Aus- und Weiterbildung sowie deren bisherige einschlägigen Tätigkeiten darzulegen sind. Weiters sind die Konzepte des geplanten zeitlichen und organisatorischen Ablaufes der Prävention, eine Beschreibung der Prozesse bei der Ermittlung und Untersuchung der Ursachen von arbeitsbedingten Erkrankungen und Gesundheitsgefahren sowie eine Beschreibung von über die gesetzlichen Mindeststandards hinausgehenden Projekten und Aktionen zur Verbesserung der Arbeitssituation im Sinne einer positiven Beeinflussung der Krankenstandsentwicklung zu geben. Bei Beurteilung dieser Anforderungen handelt es sich zweifellos um die Beurteilung medizinischer Fragen, wie etwa bei der Qualität der Beschreibung der Prozesse bei der Ermittlung und Untersuchung der Ursachen von arbeitsbedingten Erkrankungen und Gesundheitsgefahren oder der Projekte und Aktionen zur Verbesserung der Arbeitssituation im Sinne einer positiven Beeinflussung der Krankenstandsentwicklung. Aber auch die Beurteilung der Darstellung des Konzepts des geplanten zeitlichen und organisatorischen Ablaufes der Prävention, insbesondere der

arbeitsmedizinischen Beurteilung der einzelnen Dienststellen, bedarf einer einschlägigen Sachkunde. Aus der angeführten Bestimmung lässt sich zwar die Qualifikation und Anzahl der erforderlichen ArbeitsmedizinerInnen bestimmen, jedoch ist damit nur das Kriterium "Eignung" der Bieter angesprochen. Bei der Beurteilung der Angebote sind jedoch über diese zwingenden Voraussetzungen hinaus Leistungsmerkmale zu erwägen, die auch das Team der ArbeitsmedizinerInnen betreffen. Diesem Umstand hat die Erstantragsgegnerin in ihren Ausschreibungsunterlagen entsprechend Rechnung getragen, indem sie im Rahmen des Abschnittes B "Leistungsbeschreibung" eingehende Erläuterungen zu Paragraph 64, W-BedSchG 1998 gegeben hat. Diese Erläuterungen umfassen sechs Seiten. Dazu kommt, dass die Erstantragsgegnerin in den Kriterien für die Zuschlagserteilung insbesondere ausführt, dass bei der Qualitätsbewertung die Qualität des angebotenen Teams für die präventive Betreuung der Dienststellen und Geschäftsgruppen sowie die dargestellten Leistungen der Prävention für die Dienststellen beurteilt werden. Diese Beurteilung soll nach den Ausschreibungsunterlagen auf Basis der dem Angebot beizulegenden Darstellungen in Form eines Hearings durchgeführt werden. Ausdrücklich wird verlangt, dass in der Angebotslegung Angaben der personenbezogenen Qualifikation der vorgesehenen MitarbeiterInnen einschließlich deren Aus- und Weiterbildung sowie deren bisherige einschlägigen Tätigkeiten darzulegen sind. Weiters sind die Konzepte des geplanten zeitlichen und organisatorischen Ablaufes der Prävention, eine Beschreibung der Prozesse bei der Ermittlung und Untersuchung der Ursachen von arbeitsbedingten Erkrankungen und Gesundheitsgefahren sowie eine Beschreibung von über die gesetzlichen Mindeststandards hinausgehenden Projekten und Aktionen zur Verbesserung der Arbeitssituation im Sinne einer positiven Beeinflussung der Krankenstandsentwicklung zu geben. Bei Beurteilung dieser Anforderungen handelt es sich zweifellos um die Beurteilung medizinischer Fragen, wie etwa bei der Qualität der Beschreibung der Prozesse bei der Ermittlung und Untersuchung der Ursachen von arbeitsbedingten Erkrankungen und Gesundheitsgefahren oder der Projekte und Aktionen zur Verbesserung der Arbeitssituation im Sinne einer positiven Beeinflussung der Krankenstandsentwicklung. Aber auch die Beurteilung der Darstellung des Konzepts des geplanten zeitlichen und organisatorischen Ablaufes der Prävention, insbesondere der arbeitsmedizinischen Beurteilung der einzelnen Dienststellen, bedarf einer einschlägigen Sachkunde.

Nach § 90 Abs. 1 BVergG 2002 ist die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Dabei ist an die Sachkunde ein strenger Maßstab anzulegen. Die von der vergebenden Stelle eingesetzten Bediensteten haben nachweislich über eine mit gerichtlich beeideten Sachverständigen gleichwertige Qualifikation zu verfügen (vgl. BVA 25.8.1998, N-8/98-16; 18.2.2000, N-34/99-41). Nach Paragraph 90, Absatz eins, BVergG 2002 ist die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Dabei ist an die Sachkunde ein strenger Maßstab anzulegen. Die von der vergebenden Stelle eingesetzten Bediensteten haben nachweislich über eine mit gerichtlich beeideten Sachverständigen gleichwertige Qualifikation zu verfügen (vergleiche BVA 25.8.1998, N-8/98-16; 18.2.2000, N-34/99-41).

Nach § 16 Abs. 3 BVergG 2002 kommt zwar § 90 BVergG 2002 bei Aufträgen, wie dem gegenständlichen zur Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen nicht zur Anwendung. Dies kann aber im Ergebnis nicht bedeuten, dass für Entscheidungen im Verfahren nach § 16 Abs. 3 BVergG 2002 für die Beurteilung von Angeboten keine entsprechende Fachkunde erforderlich ist. Der Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs (§ 21 Abs. 1 BVergG 2002) gebietet vielmehr eine objektive Beurteilung der Angebote, weshalb zwar nicht die Qualifikation eines gerichtlich beeideten Sachverständigen gefordert werden muss, jedoch sehr wohl eine hinreichende Fachkunde. Im vorliegenden Fall diente das Hearing auch der Beurteilung der Qualifikationen des angebotenen Teams von Arbeitsmedizinern. Es liegt nun auf der Hand, dass die Beurteilung der (Zusatz-) Qualifikationen von Medizinern mit abgeschlossenem Studium nur von ebensolchen Medizinern vorgenommen werden kann. Die Mitwirkung wenigstens eines medizinisch ausgebildeten Mitgliedes in der Bewertungskommission war daher zwingend erforderlich. Da dies gegenständlich nicht der Fall war, von der Erstantragsgegnerin auch nicht schlüssig dargestellt werden konnte, ob die Mitglieder der Bewertungskommission, trotz ihrer nichtmedizinischen Ausbildung, über die zur Beurteilung der Qualitätskriterien erforderlichen medizinischen Kenntnisse verfügen, musste die Zuschlagsentscheidung mangelhaft bleiben. Nach Paragraph 16, Absatz 3, BVergG 2002 kommt zwar Paragraph 90, BVergG 2002 bei Aufträgen, wie dem gegenständlichen zur Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen nicht zur Anwendung. Dies kann aber im Ergebnis nicht bedeuten, dass für Entscheidungen im Verfahren nach Paragraph 16, Absatz 3, BVergG 2002 für die Beurteilung von Angeboten keine entsprechende Fachkunde erforderlich ist. Der Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs (Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002) gebietet vielmehr eine objektive Beurteilung der Angebote, weshalb zwar

nicht die Qualifikation eines gerichtlich beeideten Sachverständigen gefordert werden muss, jedoch sehr wohl eine hinreichende Fachkunde. Im vorliegenden Fall diene das Hearing auch der Beurteilung der Qualifikationen des angebotenen Teams von Arbeitsmedizinern. Es liegt nun auf der Hand, dass die Beurteilung der (Zusatz-) Qualifikationen von Medizinern mit abgeschlossenen Studium nur von ebensolchen Medizinern vorgenommen werden kann. Die Mitwirkung wenigstens eines medizinisch ausgebildeten Mitgliedes in der Bewertungskommission war daher zwingend erforderlich. Da dies gegenständlich nicht der Fall war, von der Erstantragsgegnerin auch nicht schlüssig dargestellt werden konnte, ob die Mitglieder der Bewertungskommission, trotz ihrer nichtmedizinischen Ausbildung, über die zur Beurteilung der Qualitätskriterien erforderlichen medizinischen Kenntnisse verfügen, musste die Zuschlagsentscheidung mangelhaft bleiben.

Soweit in diesem Zusammenhang die Zweitantragstellerin auch vorbringt, Mag. *** sei befangen, da die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte Vereinsmitglied der Österreichischen Akademie für Arbeitsmedizin ist, deren Geschäftsführerin sie sei und die Arbeiterkammer Niederösterreich gleichzeitig Mitglied im Trägerverein des "****" – dem Bestbieter – wäre, ist ihr entgegenzuhalten, dass der VwGH zu § 7 AVG in ständiger Judikatur ausgesprochen hat, dass bei einem Amtssachverständigen des Landes keine Befangenheit vorliege, wenn das Land als Partei in einem Verfahren auftritt, es sei denn es liegen besondere Umstände vor, die seine Unbefangenheit in Zweifel ziehen lassen (VwGH 23.6.1994, 93/06/0212 ua). Dies muss im vorliegenden Fall um so mehr gelten, als die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und die Arbeiterkammer Niederösterreich unterschiedliche Rechtssubjekte sind. Dass besondere Gründe zur Annahme einer Befangenheit dieses Kommissionsmitgliedes gegeben wären, wurde im Übrigen im Nachprüfungsantrag nicht geltend gemacht. Soweit in diesem Zusammenhang die Zweitantragstellerin auch vorbringt, Mag. *** sei befangen, da die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte Vereinsmitglied der Österreichischen Akademie für Arbeitsmedizin ist, deren Geschäftsführerin sie sei und die Arbeiterkammer Niederösterreich gleichzeitig Mitglied im Trägerverein des "****" – dem Bestbieter – wäre, ist ihr entgegenzuhalten, dass der VwGH zu Paragraph 7, AVG in ständiger Judikatur ausgesprochen hat, dass bei einem Amtssachverständigen des Landes keine Befangenheit vorliege, wenn das Land als Partei in einem Verfahren auftritt, es sei denn es liegen besondere Umstände vor, die seine Unbefangenheit in Zweifel ziehen lassen (VwGH 23.6.1994, 93/06/0212 ua). Dies muss im vorliegenden Fall um so mehr gelten, als die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und die Arbeiterkammer Niederösterreich unterschiedliche Rechtssubjekte sind. Dass besondere Gründe zur Annahme einer Befangenheit dieses Kommissionsmitgliedes gegeben wären, wurde im Übrigen im Nachprüfungsantrag nicht geltend gemacht.

Soweit beide Antragstellerinnen in ihren Anträgen die Umstände der "Präsentation durch das Team" relevieren, ist dazu auszuführen:

In den Ausschreibungsunterlagen wird im Kapitel C "Kriterien für die Zuschlagserteilung" von der Erstantragsgegnerin ausdrücklich ausgeführt, dass bei der Qualitätsbewertung die Qualität des angebotenen Teams sowie die dargestellten Leistungen der Prävention beurteilt werden sollen. Dabei wird die Bewertung "auf Basis der dem Angebot beizulegenden Darstellungen und in Form eines Hearings durchgeführt werden" (Seite 10 des Langtextverzeichnisses).

In der Einladung vom 10.11.2004 zum Hearing wird als Thema, die Beurteilung des Zuschlagskriteriums "Qualität" der Angebote angeführt. Dass eine Vorstellung des Teams nicht erforderlich wäre, wurde in dieser Einladung nicht erwähnt, sodass die Bieter davon ausgehen mussten, dass die Bedingung der Ausschreibungsunterlage, wonach die Qualität des Teams im Rahmen eines Hearings bewertet werden soll, weiterhin bestand.

Die Anzahl der Teammitglieder ergibt sich aus der Mindesteinsatzzeit der arbeitsmedizinischen Betreuung nach § 64 Abs. 2 W-BedSchG 1998 (abhängig von der Gesamtzahl der zu betreuenden Bediensteten). Auch wenn in den Ausschreibungsbedingungen vorgesehen war, dass die Mitglieder, die ausscheiden, mit Zustimmung der Auftraggeberin ausgetauscht werden können, musste doch von Anfang an eine entsprechende Anzahl von Teammitgliedern im Angebot präsentiert werden. Bezüglich des Angebotes der Zweitantragstellerin kann dabei davon ausgegangen werden, dass auch Ärzte mit einer in Deutschland absolvierten Ausbildung grundsätzlich die Eignung für eine entsprechende Tätigkeit in Österreich erfüllen (vgl. RL 93/16/EWG zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und anderen Befähigungsnachweise). Die Anzahl der Teammitglieder ergibt sich aus der Mindesteinsatzzeit der arbeitsmedizinischen Betreuung nach Paragraph 64, Absatz 2, W-BedSchG 1998 (abhängig von der Gesamtzahl der zu betreuenden Bediensteten). Auch wenn in den

Ausschreibungsbedingungen vorgesehen war, dass die Mitglieder, die ausscheiden, mit Zustimmung der Auftraggeberin ausgetauscht werden können, musste doch von Anfang an eine entsprechende Anzahl von Teammitgliedern im Angebot präsentiert werden. Bezüglich des Angebotes der Zweitantragstellerin kann dabei davon ausgegangen werden, dass auch Ärzte mit einer in Deutschland absolvierten Ausbildung grundsätzlich die Eignung für eine entsprechende Tätigkeit in Österreich erfüllen (vergleiche RL 93/16/EWG zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und anderen Befähigungsnachweise).

In den Angebotsunterlagen der Zweitantragsgegnerin sind die erforderliche Anzahl der Teammitglieder mit ihrer Qualifikation genannt. Am Hearing haben für die Zweitantragsgegnerin jedoch nicht diese, als Teammitglieder genannte, Personen teilgenommen sondern der ärztliche Leiter Dr. Pospischil und der Geschäftsführer Peter Acs. Der ärztliche Leiter ist auch als Leiter des Teams der Zweitantragsgegnerin in den Angeboten ausgewiesen, jedoch ohne die in der Ausschreibung vorgesehenen personenbezogenen Angaben (Aus- und Weiterbildung, Zusatzqualifikationen, einschlägige Tätigkeiten), weshalb er nicht als Teammitglied gerechnet werden kann. Es ist somit nicht nachvollziehbar, weshalb die Zweitantragsgegnerin bezüglich des Teams den Maximalwert von 10 Punkten erhalten hat, obwohl die Voraussetzung "Präsentation durch das Team" nicht erfüllt war, da von den mit Aus- und Weiterbildung sowie Zusatzqualifikationen angeführten Teammitgliedern nicht einmal ein einziges an der Präsentation teilgenommen hat. Die Bewertung des Angebotes der Erstantragstellerin, die mit ihrem kompletten Team am Hearing teilgenommen hat, und ebenfalls 10 Punkte erreichte, ist durchaus plausibel. Hingegen ist nach der schriftlichen Bewertung durch die Kommission nicht nachvollziehbar, wie die Zweitantragstellerin trotz mangelhafter Präsentation ihres Teams bzw. Änderung ihres Teams im Rahmen des Hearings 6 Punkte erreichen konnte.

Es erweist sich sohin bereits aufgrund der Aktenlage das Vorbringen der Antragstellerinnen als zutreffend, dass die Bewertung der Angebote in einer Art und Weise vorgenommen wurde, bei der teilweise gegen die Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen, teilweise gegen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 verstoßen worden ist. Vor allem ist es der Erstantragsgegnerin nicht gelungen nachzuweisen, dass die Prüfung und Beurteilung der Angebote von Personen vorgenommen wurde, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür im Sinne des § 90 Abs. 1 BVergG 2002 vollkommen erfüllen. Der Bewertungskommission hätte nach Ansicht des Vergabekontrollsenates zumindest ein Mediziner aus dem Fachgebiet der Arbeitsmedizin angehören müssen. Dazu kommt, dass sich aus den Vergabeakten eine Ungleichbehandlung der Teilnehmer am Hearing ergibt, was letztlich zu einem nicht nachvollziehbaren und gegen die Grundsätze der Transparenz verstoßenden Ergebnis führen musste. Da die Erstantragsgegnerin ein Verhandlungsverfahren ausgeschrieben hat, war sie auch verpflichtet, entsprechende Verhandlungen zu führen. Das Vorbringen der Zweitantragstellerin in diesem Zusammenhang, entsprechende Verhandlungen hätten es ihr noch ermöglicht, ihr Angebot entsprechend zu adaptieren, sodass sie dadurch allenfalls die Chance gehabt hätte, als Bestbieterin aus dem Vergabeverfahren hervorzugehen, kann nach der Aktenlage nicht von der Hand gewiesen werden. Nicht zuletzt der enge Punkteabstand zwischen den beiden Antragstellerinnen und der Zweitantragsgegnerin lassen es durchaus möglich erscheinen, dass bei einem entsprechenden, differenzierten Vorgehen bei der Beurteilung der Angebote, insbesondere bei einer jeweils auf die einzelnen Lose bezogenen Bewertung sich ein anderes Reihungsergebnis ergeben könnte.

Es erweist sich sohin bereits aufgrund der Aktenlage das Vorbringen der Antragstellerinnen als zutreffend, dass die Bewertung der Angebote in einer Art und Weise vorgenommen wurde, bei der teilweise gegen die Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen, teilweise gegen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 verstoßen worden ist. Vor allem ist es der Erstantragsgegnerin nicht gelungen nachzuweisen, dass die Prüfung und Beurteilung der Angebote von Personen vorgenommen wurde, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür im Sinne des Paragraph 90, Absatz eins, BVergG 2002 vollkommen erfüllen. Der Bewertungskommission hätte nach Ansicht des Vergabekontrollsenates zumindest ein Mediziner aus dem Fachgebiet der Arbeitsmedizin angehören müssen. Dazu kommt, dass sich aus den Vergabeakten eine Ungleichbehandlung der Teilnehmer am Hearing ergibt, was letztlich zu einem nicht nachvollziehbaren und gegen die Grundsätze der Transparenz verstoßenden Ergebnis führen musste. Da die Erstantragsgegnerin ein Verhandlungsverfahren ausgeschrieben hat, war sie auch verpflichtet, entsprechende Verhandlungen zu führen. Das Vorbringen der Zweitantragstellerin in diesem Zusammenhang, entsprechende Verhandlungen hätten es ihr noch ermöglicht, ihr Angebot entsprechend zu adaptieren, sodass sie dadurch allenfalls die Chance gehabt hätte, als Bestbieterin aus dem Vergabeverfahren hervorzugehen, kann nach der Aktenlage nicht von der Hand gewiesen werden. Nicht zuletzt der enge Punkteabstand zwischen den beiden Antragstellerinnen und der Zweitantragsgegnerin lassen es durchaus möglich erscheinen, dass bei einem entsprechenden, differenzierten Vorgehen bei der Beurteilung der Angebote,

insbesondere bei einer jeweils auf die einzelnen Lose bezogenen Bewertung sich ein anderes Reihungsergebnis ergeben könnte.

Bereits aufgrund dieser beiden dargestellten, wesentlichen Mängel des Vergabeverfahrens war den Anträgen der Antragstellerinnen auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidungen stattzugeben, ohne dass es eines näheren Eingehens auf die sonst behaupteten Rechtswidrigkeiten bedurft hätte. Die Zuschlagsentscheidungen waren daher wegen der fehlenden Verhandlungen mit den Bietern, der nicht den Bestimmungen des § 90 Abs. 1 BVergG 2002 entsprechenden Zusammensetzung der Vergabekommission sowie der Ungleichbehandlung der Bieter bei der Präsentation ihrer Angebote als nichtig zu erklären. Bereits aufgrund dieser beiden dargestellten, wesentlichen Mängel des Vergabeverfahrens war den Anträgen der Antragstellerinnen auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidungen stattzugeben, ohne dass es eines näheren Eingehens auf die sonst behaupteten Rechtswidrigkeiten bedurft hätte. Die Zuschlagsentscheidungen waren daher wegen der fehlenden Verhandlungen mit den Bietern, der nicht den Bestimmungen des Paragraph 90, Absatz eins, BVergG 2002 entsprechenden Zusammensetzung der Vergabekommission sowie der Ungleichbehandlung der Bieter bei der Präsentation ihrer Angebote als nichtig zu erklären.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, waren gemäß § 23 Abs. 5 WVRG die einstweiligen Verfügungen vom 10.12.2004 von Amts wegen aufzuheben. Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, waren gemäß Paragraph 23, Absatz 5, WVRG die einstweiligen Verfügungen vom 10.12.2004 von Amts wegen aufzuheben.

Schlagworte

Im Verhandlungsverfahren haben die Bieter das Recht, dass Verhandlungen über die Angebote geführt werden; der Bewertungskommission muss mindestens ein fachkundiges Mitglied (hier ausgebildeter Mediziner) angehören.

Dokumentnummer

VERGT_20050114_6768_04_00

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at