



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38680
Telefax: (+43 1) 4000 99 38680
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/046/14514/2020
A. Gesellschaft m.b.H.

Wien, 3.2.2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

gekürzte Ausfertigung
gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Dr. Zirm als Vorsitzende, Mag. Schmied als Berichter und Mag. Schreiner-Hasberger als Beisitzerin über den Antrag der A. Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigkeitserklärung der Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung zur Lieferung, Aufstellung, Inbetriebnahme sowie Wartung einer Computertomographieanlage (AZ: ...)", nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung durch Verkündung am 8.1.2021

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 23 Abs. 1 Z 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2020 - WVRG 2020 wird dem Nachprüfungsantrag stattgegeben und die Ausschreibung im Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung zur Lieferung, Aufstellung, Inbetriebnahme sowie Wartung einer Computertomographieanlage (AZ: ...)" für nichtig erklärt.

II. Gemäß § 15 Abs. 1 WVRG 2020 hat die Auftraggeberin der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von 2.916,- Euro zu ersetzen.

III. Gemäß § 25a VwGG ist gegen dieses Erkenntnis eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

W e s e n t l i c h e E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

- Gang des Verfahrens

Die Stadt Wien – Wiener Gesundheitsverbund führt unter der Bezeichnung "Rahmenvereinbarung zur Lieferung, Aufstellung, Inbetriebnahme sowie Wartung einer Computertomographieanlage (AZ: ...)" ein Vergabeverfahren zur Beschaffung von Computertomographieanlagen für den Wiener Gesundheitsverbund durch. Es handelt sich um ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den Oberschwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträge um mehr als das 40fache. Die Frist für die Abgabe von Teilnahmeanträgen endete ursprünglich am 24.11.2020 um 10.00 Uhr.

Nach den Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen werden in der ersten Verfahrensstufe nur Teilnahmeanträge von Bewerbern, bei welchen die Befugnis, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit gegeben ist und deren angebotene Produkte die medizinisch/technischen Mindestanforderungen erfüllen, berücksichtigt. Von den geeigneten Bewerbern werden gemäß den in den Unterlagen der ersten Verfahrensstufe aufgestellten Auswahlkriterien die fünf am besten geeigneten Bewerber zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Verfahrens aufgefordert.

Mit dem am 13.11.2020 beim Verwaltungsgericht Wien eingelangten Nachprüfungsantrag beehrte die Antragstellerin, die Ausschreibung – nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung – für nichtig zu erklären und der Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebühren aufzuerlegen. In eventu wird beantragt, im Einzelnen bezeichnete Mindestanforderungen aus Punkt 5 der Ausschreibungsunterlagen für nichtig zu erklären. Begründend wird im Wesentlichen ausgeführt, die technischen Mindestanforderungen sowie die Zuschlagskriterien seien zum Teil unsachlich und so formuliert, dass sie nur von

einem einzigen Hersteller erfüllt werden könnten. Zusätzlich zur Nichtigerklärung der Ausschreibung wurde noch Akteneinsicht, die Erstattung der Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin sowie die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung beantragt.

Am 23.11.2020 erhob die B. GmbH & Co KG begründete Einwendungen gemäß § 22 Abs. 3 WVRG 2020 und wurde in der Folge im Nachprüfungsverfahren als Partei beigezogen.

Mit Beschluss vom 16.12.2020 bestellte das Verwaltungsgericht Wien den gerichtliche beeideten Sachverständigen Dipl.-Ing. C. D. zum nichtamtlichen Sachverständigen.

Am 23.12.2020 erfolgte eine Berichtigung der Ausschreibung durch die Auftraggeberin, mit der einige, aber nicht alle von der Antragstellerin als diskriminierend angefochtenen Mindestanforderungen gestrichen wurden und die Frist für die Abgabe von Teilnahmeanträgen auf 5.2.2021 verschoben wurde.

Am 7.1.2021 führte das Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung durch. Nach Schluss der Beweisaufnahme wurde die Verhandlung zum Zweck der Verkündung der Entscheidung auf den 8.1.2021 vertagt.

- Interessenkonflikt

Der von der Antragstellerin behauptete Interessenkonflikt durch die Beziehung von Prof. E. zur Erstellung der Ausschreibungsunterlagen konnte nach zeugenschaftlicher Befragung von Prof. E. nicht festgestellt werden. Dass Prof. E. als renommierter Wissenschaftler auf dem Gebiet der Computertomographie an Veranstaltungen, die von der F. Wien gemeinsam mit einem Gerätehersteller durchgeführt werden, entgeltlich vorgetragen hat, vermag im Hinblick auf das Gewicht drittmittelfinanzierter Forschung gerade im naturwissenschaftlichen Bereich nicht einmal den Anschein der Befangenheit hervorzurufen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass alle auf dem Gebiet der Computertomographie tätigen Wissenschaftler mit Geräten bestimmter Hersteller arbeiten und wissenschaftliche Aussagen oft zwangsläufig auch gerätetechnische

Aspekte beinhalten. Auch die in einem einmaligen Interview eines Geräteherstellers mit Prof. E. von diesem getroffenen Aussagen erweisen sich vor diesem Hintergrund als sachlich und per se keineswegs als Werbung für die Geräte eines bestimmten Herstellers, selbst wenn diese Aussagen auf der Homepage des Herstellers wiedergegeben wurden.

- Spielraum der Auftraggeberin bei der Festlegung von Mindest- und Zuschlagskriterien

Bei den gegenständlich inkriminierten Teilen der Ausschreibung - das betrifft einerseits die technischen Mindestanforderungen an die Computertomographen und andererseits die für die Angebotsbewertung aufgestellten Qualitätskriterien - betont die Auftraggeberin zu Recht den Grundsatz der Beschaffungskompetenz des Auftraggebers, dem es gerade im Gesundheitsbereich offenstehen muss, hohe Anforderungen an die zu erbringenden Leistungen bzw. an die zu liefernden Produkte zu stellen. In diesem Zusammenhang ist weiters zu betonen, dass gegenständlich Computertomographieanlagen für Schwerpunktkrankenanstalten ausgeschrieben werden. Nachgefragt sind daher sog. „Highend-Geräte“, die gerade in solchen Fällen herangezogen werden sollen, wo mit den gängigen Computertomographen im außerklinischen oder niedergelassenen Bereich, ja selbst mit Computertomographen in kleineren Krankenanstalten nicht mehr das Auslangen gefunden werden kann. Es liegt somit in der Natur der Sache, dass an die zu beschaffenden Geräte auch Mindestanforderungen gestellt werden dürfen, die für Untersuchungen außerhalb des Normbereichs bzw. für besondere Patientengruppen erforderlich sind.

Allerdings hat sich die Auftraggeberin auch bei derartigen Ausschreibungen an den vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz zu orientieren. Werden in der Ausschreibung Mindestkriterien aufgestellt, die nur ein Marktteilnehmer erfüllen kann, so erweist sich dies gerade im Bereich von Highend-Geräten im Bereich der Spitzenmedizin zwar nicht per se als vergaberechtswidrig, doch müssen die betreffenden Mindestanforderungen sachlich begründet und bieterneutral formuliert sein.

- Mindestanforderungen

Die sachliche Begründung und bieterneutrale Formulierung der Ausschreibung konnte gegenständlich nicht durchgängig festgestellt werden. So hat sich in der mündlichen Verhandlung gezeigt, dass etwa die Mindestanforderung an eine extrem hohe Bildauflösung gerade für die in der pädiatrischen Medizin erforderliche Untersuchung von Mittelohr und Innenohr an Kleinkindern und Säuglingen sachlich gerechtfertigt ist; die zur Sicherstellung dieser sachlich begründbaren Forderung gewählte Fokusgröße erweist sich jedoch nicht als hinreichend aussagekräftig. Dass auch andere Parameter als die Fokusgröße die Bildqualität maßgeblich bestimmen, hat selbst die Auftraggeberin eingeräumt. Vor diesem Hintergrund und in Ansehung der diesbezüglichen Aussagen des vom Gericht beigezogenen Sachverständigen wäre zwar eine Mindestanforderung an die in Linien/m² ausgedrückte Bildqualität sachlich gerechtfertigt und vergaberechtlich nicht zu beanstanden, das Abstellen allein auf die Fokusgröße erweist sich jedoch als unsachlich, zumal es Bieter, die mit einer etwas geringeren Fokusgröße, aber durch entsprechende Bildnachbearbeitung bzw. durch andere Technologien eine entsprechende Bildqualität erzielen können, von der Teilnahme am Verfahren ausschließt.

Dagegen erweisen sich die Mindestanforderungen an die Justierbarkeit der Röhrenspannung in 10 kV-Schritten gerade im Hinblick darauf, dass die nachgefragten Computertomographen in Schwerpunktkrankenanstalten, darunter eine Krankenanstalt mit pädiatrischem Schwerpunkt, zum Einsatz kommen sollen, als sachlich gerechtfertigt. Die Vorteile einer solchen Justierbarkeit bei der Untersuchung von Kleinkindern wurden vom Sachverständigen klar dargelegt und auch von dem von der Antragstellerin beigezogenen Sachverständigen nicht bestritten. Gleiches gilt für die Mindestanforderung an das Rekonstruktionsfeld (in der Ausschreibung als maximales Messfeld bezeichnet).

Was die Mindestanforderungen „Wasserkühlung“ und „Scanbereich von mindestens 42 cm“ betrifft, ist vornweg zu betonen, dass diese beiden Anforderungen nur von einem Hersteller (G.) erfüllt werden. Zwar kann nach dem oben Gesagten der Auftraggeber auf einem besonders langen Scanbereich bestehen, dass er dabei gerade den maximalen Scanbereich eines bestimmten

Herstellers heranzieht, bedarf jedoch noch eingehenderer sachlicher Begründung. Beim Erfordernis der Wasserkühlung wurde in der Verhandlung von der Antragstellerin und der mitbeteiligten Partei nachvollziehbar dargelegt, dass auch luftgekühlte Anlagen ohne Mehrkosten für die Auftraggeberin und ohne Überlastung des bereits bestehenden Zu- und Abluftsystems in den Krankenanstalten installiert werden können. Gleichzeitig musste die Auftraggeberin einräumen, dass für die Befürchtung, die aus der Verwendung und dem Einbau luftgekühlter Computertomographen resultierende zusätzliche Luftverwirbelung würde zu einer höheren Keimbelastung führen, keine validen Untersuchungen oder Erkenntnisse vorliegen.

Da jedoch aufgrund der folgenden Darlegungen zu den Zuschlagskriterien ohnedies die gegenständliche Ausschreibung in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären war, brauchte auf die vergaberechtliche Zulässigkeit der angefochtenen Mindestkriterien im Einzelnen nicht näher eingegangen zu werden.

Die Mindestanforderungen zu den Punkten „Röhrenspannung kleiner gleich 70 kV bis größer gleich 135 kV“ und „Möglichkeit von Untersuchungen mit hoher Scan-Geschwindigkeit bzw. Tischvorschub größer 40 cm/s“ brauchten erst gar nicht beurteilt zu werden, zumal diese Mindestanforderungen im Rahmen der Berichtigung der Ausschreibung vom 23.12.2020 überarbeitet worden waren und die nunmehr geltende, berichtigte Fassung bis dato nicht mit Nachprüfungsantrag bekämpft wurde.

- Zuschlagskriterien

Wie jüngst auch das Bundesverwaltungsgericht (BVwG vom 16.9.2020, W273 2233950-2) entschieden hat, müssen die Ausschreibungsunterlagen im Verhandlungsverfahren gemäß § 281 Abs 1 BVergG 2018 so präzise sein, dass ein Unternehmer Art und Umfang der zu erbringenden Leistungen erkennen und entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag stellt. Die zu erbringenden Leistungen und Zuschlagskriterien sind somit bereits in der Teilnahmephase zu spezifizieren. Wird die Ausschreibung nicht angefochten, wird sie bestandsfest und für alle Beteiligten verbindlich (VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054). Die Antragstellerin ist daher bereits in der ersten Phase des Verhandlungsverfahrens

berechtigt, die Festlegungen zu den Zuschlagskriterien in den Teilnahmebedingungen anzufechten.

Zuschlagskriterien müssen mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen, im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich genannt sein und die wesentlichen Grundsätze Gleichbehandlung, Diskriminierungsverbot und Transparenz beachten (VwGH 26.04.2007, 2005/04/0189). Aus der Judikatur ergibt sich somit, dass der Ermessensspielraum des Auftraggebers im Rahmen der Zuschlagskriterien nach objektiven Gesichtspunkten zu handhaben sein muss und kein willkürliches Auswahlelement enthalten darf. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ist abzuleiten, dass Zuschlagskriterien einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote ermöglichen müssen.

Die gegenständliche Ausschreibung sieht neben den Mindestanforderungen unter Punkt 8.2 auch Qualitätskriterien für die Bewertung der Angebote vor. Die darin genannten Zuschlagskriterien „3D-Kamera zur automatischen optionalen Positionierung im Isozentrum und zur Workflow Verbesserung“ und „Maximale Scangeschwindigkeit“ sind jeweils mit 20 Punkten, insgesamt also mit 40 Punkten bewertet. Für den niedrigsten Preis ist die Vergabe von 60 Punkten vorgesehen. Beide in der Ausschreibung verankerten Qualitätskriterien erweisen sich als vergaberechtswidrig.

In der mündlichen Verhandlung ist unstrittig hervorgekommen, dass eine ohne Verwendung einer 3D-Kamera nach Erstellung eines Topograms vorgenommene automatisierte Patientenpositionierung gleich gute Ergebnisse bringt. Die Verankerung der von nur einem Bieter (G.) angebotenen 3D-Kamera, ohne gleichwertige Systeme zur automatischen Positionierung von Patienten zu bepunkteten, erweist sich vor diesem Hintergrund als unsachlich und als diskriminierend. Eine derartige Vorgangsweise widerspricht den auch bei der Verankerung von Qualitätskriterien zu berücksichtigenden Grundsätzen des Vergaberechts.

Zur Scangeschwindigkeit wiederum ist hervorgekommen, dass infolge des Zusammenspiels mehrerer Faktoren (Rotationsgeschwindigkeit, Tischvorschub

und Detektorbreite), je nach Art des durchzuführenden Scans (Schädel, Thorax, Abdomen etc.) Geräte unterschiedlicher Hersteller und Bauart unterschiedliche Werte erreichen. Das bloße Abstellen auf die maximale Scangeschwindigkeit ohne gleichzeitige Vorgabe, was gescannt werden soll, erweist sich somit zur Ermittlung des Bestbieters nicht als geeignet und somit als vergaberechtswidrig. Dazu kommt, dass eine hohe Scangeschwindigkeit (ohne Angabe eines Mindestwerts) in der berichtigten Fassung der gegenständlichen Ausschreibung bereits als Mindestkriterium verankert ist, sodass zusätzlich von einer vergaberechtlich unzulässigen Vermischung von technischen Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien auszugehen ist.

Da unter dem Regime des Bestbieterprinzips ohne Qualitätskriterien eine Bestbieterermittlung allein aufgrund des Preises nicht möglich ist, kommt eine Streichung der Qualitätskriterien durch das Verwaltungsgericht gegenständlich nicht in Betracht. Es entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH, dass im Fall der Nichtigerklärung einer Entscheidung bezüglich eines Zuschlagskriteriums durch die Nachprüfungsinstanz das Vergabeverfahren nicht unter Außerachtlassung dieses Kriteriums fortsetzen kann, weil dies auf eine Änderung der in dem fraglichen Verfahren anwendbaren Kriterien hinausläufe (EuGH 04.12.2003, C-448/01, EVN und Wienstrom, Rn 94).

Es war somit spruchgemäß die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären.

Da die Antragstellerin mit ihrem Antrag obsiegt hat, steht ihr in vollem Umfang der Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin zu. Über den Ersatz der dem Gericht durch die Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen entstandenen Barauslagen wird mit gesondertem Beschluss entschieden.

Da sich das Verwaltungsgericht bei der Entscheidungsfindung an der keineswegs uneinheitlichen Judikatur des VwGH und des EuGH orientiert hat und auch sonst keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegen, war die ordentliche Revision nicht zuzulassen.

H i n w e i s

Gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG kann das Erkenntnis in gekürzter Form ausgefertigt werden, wenn von den Parteien auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof verzichtet oder nicht binnen zwei Wochen nach Ausfolgung bzw. Zustellung der Niederschrift gemäß § 29 Abs. 2a eine Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 von mindestens einem der hierzu Berechtigten beantragt wird.

Das Verwaltungsgericht Wien hat am 7.1.2021 in der gegenständlichen Angelegenheit eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt und im Anschluss an die fortgesetzte Verhandlung am 8.1.2021 das Erkenntnis mit den wesentlichen Entscheidungsgründen verkündet.

Die in der mündlichen Verhandlung angefertigte Niederschrift, welcher eine Belehrung gemäß § 29 Abs. 2a VwGVG angeschlossen war, wurde den Verfahrensparteien im unmittelbaren Anschluss an die Verkündung ausgehändigt. Keine zur Erhebung einer Revision an den Verwaltungsgerichtshof beziehungsweise einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof legitimierte Partei hat innerhalb der gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG normierten Frist von zwei Wochen nach Ausfolgung der Niederschrift einen Antrag auf Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG gestellt, weswegen das Erkenntnis gemäß § 29 Abs. 5 iVm. § 50 Abs. 2 Z 1 VwGVG gekürzt ausgefertigt wurde.

Gegen diese gekürzte Ausfertigung des Erkenntnisses ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß § 25a Abs. 4a VwGG und/oder eine Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof gemäß § 82 Abs. 3b VfGG nicht mehr zulässig.

Verwaltungsgericht Wien

D r . Z i r m
Vorsitzende