



**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-123/046/18421/2021
A. GmbH,
B. GmbH
als Bietergemeinschaft

Wien, 3.3.2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

gekürzte Ausfertigung
gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Mag. Schreiner als Vorsitzende, Mag. Schmied als Berichtler und Dr. Schweiger als Beisitzer über den Antrag der A. GmbH und B. GmbH als Bietergemeinschaft, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, vom 30.12.2021 auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 21.12.2021 betreffend das Vergabeverfahren „Offenes Verfahren – Rahmenvereinbarung Defibrillatoren C. Wien“ nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung durch Verkündung am 10.2.2022

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 23 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2020 - WVRG 2020 wird dem Nachprüfungsantrag stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung vom 21.12.2021 betreffend das Vergabeverfahren „Offenes Verfahren – Rahmenvereinbarung Defibrillatoren C. Wien“ für nichtig erklärt.

II. Gemäß § 15 Abs. 1 WVRG 2020 hat die Auftraggeberin der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von 3.240,- 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 als öffentliche Auftraggeberin iSd § 4 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018 ein offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich „Offenes Verfahren – Rahmenvereinbarung Defibrillatoren C. Wien“. Es handelt sich um einen Lieferauftrag. Vergebende Stelle ist die D. Auftragsgegenstand ist eine Rahmenvereinbarung über die Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von bis zu 40 Stück Defibrillatoren mit EKG-Display (Kategorie 1) sowie bis zu 60 Stück Intensiv/Transportdefibrillatoren (Kategorie 2) am C. Wien.

Am 21.12.2021 wurde der Bietergemeinschaft A. GmbH und B. GmbH (Antragstellerin) die Zuschlagsentscheidung vom selben Tag mitgeteilt. Darin ist die E. GmbH (präsumtive Zuschlagsempfängerin) für den Zuschlag vorgesehen.

Am 30.12.2021 langte noch vor Ende der Amtsstunden per E-Mail ein Antrag der Bietergemeinschaft A. GmbH und B. GmbH auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 21.12.2021 ein. Begründend führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gleich aus mehreren Gründen auszuschneiden und für den Zuschlag das Angebot der Antragstellerin vorzusehen gewesen wäre. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei schon deshalb auszuschneiden gewesen, weil die von ihr zum optionalen Leistungsgegenstand angebotenen CPR-Pads keine Zertifizierung für Kinder unter 20 kg aufweisen, die Ausschreibung aber die Bieter zum Angebot von „Kinder-/Säuglingselektroden“ verpflichtete. Außerdem sei als technische Mindestanforderung in den Ausschreibungsunterlagen ein „optisches und/oder

akustisches Feedback über Frequenz und Drucktiefe der Herzdruckmassage sowie über die Thoraxentlastung“ vorgesehen, über welches das von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin (mutmaßlich) angebotene Produkt nicht verfüge. Schließlich erweise sich die Kalkulation der präsumentiven Zuschlagsempfängerin als unplausibel, da sie etwa die Technikerschulung offenkundig unterpreisig anbiete, während die CPR-feedbackfähigen Elektroden extrem teuer angeboten würden. Bei diesen Elektroden zeige sich im Vergleich zu dem von der Antragstellerin angebotenen Produkt ein Preisunterschied von 96%. Die präsumentive Zuschlagsempfängerin wolle ihren Gewinn offenkundig nicht über den Verkauf der Geräte, die sie besonders billig anbiete, sondern über den Verkauf der Elektroden lukrieren. In diesem Zusammenhang sei auch von Bedeutung, dass nur die von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Elektroden mit den von ihr angebotenen Defibrillatoren kompatibel seien. Da die Ausschreibung über vier Jahre laufe und das C. in diesem Zeitraum ca. 24.000 CPR-feedbackfähige Elektroden benötigen werde, sei das Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin in Wahrheit wesentlich teurer als jenes der Antragstellerin.

Zugleich mit dem Nachprüfungsantrag wurde von der Antragstellerin beantragt, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt wird. Außerdem sei die Auftraggeberin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu verpflichten.

Die Entrichtung von Pauschalgebühren in Höhe von 3.240,-- Euro wurde nachgewiesen.

Mit Schriftsatz vom 4.1.2022 nahm die Auftraggeberin zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Sie führte aus, dass der Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine besonderen öffentlichen Interessen entgegenstünden.

Mit Beschluss vom 5.1.2022, VGW-124/046/18423/2021, erließ das Verwaltungsgericht eine einstweilige Verfügung, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagsentscheidung untersagt wurde.

Mit schriftlicher Stellungnahme vom 14.1.2022 trat die präsuntive Zuschlagsempfängerin dem Nachprüfungsantrag entgegen und beantragte dessen Abweisung. Mit Stellungnahme vom 17.1.2022 äußerte sich die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag und beantragte ebenfalls dessen Abweisung.

Am 3.2.2022 führte das Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung durch.

Zur Frage, wie die Thoraxentlastung bei dem von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Produkt gemessen und an den Anwender kommuniziert wird, führte der Vertreter der präsuntiven Zuschlagsempfängerin aus, dass das Gerät die Drucktiefe bei der Belastung des Thorax messe und aus der Wegstrecke errechne, wie weit der Thorax wieder entlastet wird. Erfolge die Entlastung unzureichend, erscheine am Display der Hinweis „ganz entlasten“ oder „entlasten“. Zudem werde der Anwender auch durch eine akustische Ansage darauf hingewiesen. Das von der Antragstellerin angebotene System verfüge dagegen über eine direkte Entlastungsmessung, die patentiert sei und daher der präsuntiven Zuschlagsempfängerin nicht zur Verfügung stehe. Nichts desto weniger handle es sich auch bei dem System der präsuntiven Zuschlagsempfängerin um ein Feedback, das heißt eine Rückmeldung von gemessenen bzw. errechneten Daten.

Die Antragstellerin entgegnete, dass die vom Vertreter der präsuntiven Zuschlagsempfängerin geschilderte Funktionsweise im „manual of use“ (Punkt 5.7.1) in keiner Weise angesprochen werde und sich dort nur der Hinweis finde, dass die Meldung „ganz entlasten“ an die notwendige Rekalibrierung des Sensors erinnere.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin erklärte dies damit, dass die betreffende Funktion (Rückmeldung zur Thoraxentlastung) im „manual of use“ (Bedienerhandbuch) nicht erwähnt werde, um einen möglichen Patentstreit zu vermeiden.

Der Vertreter der vergebenden Stelle führte aus, dass im Vorfeld der Ausschreibung bereits Produktpräsentationen stattgefunden hätten und die Funktionsweise unter anderem auch des Geräts der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgeführt worden sei. Ob die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Transport- und Intensivdefibrillatoren die Anforderungen der Ausschreibung hinsichtlich des Feedbacks zu Frequenz, Drucktiefe und Thoraxentlastung erfüllen, habe er anhand der vorgelegten Manuals und der der Ausschreibung vorangegangenen Produktpräsentation geprüft. Die Produktpräsentation sei schon über ein Jahr her und seien die Geräte damals anhand einer Puppe präsentiert worden, er könne sich aber nicht mehr genau an alles erinnern. Eine gezielte Prüfung des Feedbacks zur Thoraxentlastung beim Gerät der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nicht vorgenommen worden. Es seien nur die vorgelegten Datenblätter und Benutzerhandbücher eingesehen worden.

Der anwaltliche Vertreter der Auftraggeberin führte aus, dass das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Produkt schon deshalb die Anforderung der Ausschreibung erfüllt, weil eine Anzeige „ganz entlasten“ erfolge. Nichts Anderes sei in der Ausschreibung gefordert.

- Sachverhalt:

Aufgrund der insoweit unbestritten gebliebenen Aktenlage wird als erwiesen festgestellt, dass für die Defibrillatoren der Klasse 1 in den Ausschreibungsunterlagen, und zwar im Fragenkatalog u.a. folgende technische Mindestanforderungen an die anzubietenden Defibrillatoren bestandsfest vorgesehen sind:

„Der Defibrillator muss über ein optisches und/oder akustisches Feedback über Frequenz und Drucktiefe der Herzdruckmassage verfügen. (CPR-Feedback). ...“

Davon abweichend sind für Defibrillatoren der Klasse 2 diesbezüglich folgende technischen Mindestanforderungen vorgesehen:

„Der Defibrillator muss über ein optisches und/oder akustisches Feedback über Frequenz und Drucktiefe der Herzdruckmassage sowie über die Thoraxentlastung verfügen. (CPR-Feedback). ...“

Dem Bedienerhandbuch (manual of use) für die von der präsidentlichen Zuschlagsempfängerin angebotenen Defibrillatoren der Klasse 2 kann nicht entnommen werden, dass ein Feedback zur Thoraxentlastung optisch oder akustisch angezeigt wird. Punkt 5.7.1. des Bedienerhandbuchs lautet:

„Informationen zum CPR-Feedback

Die Frequenz und Drucktiefe der Thoraxkompression kann bei Verwendung eines corPatch CPR-Sensors durch den corPuls3 gemessen werden. Während der Reanimation erhält der Anwender wichtige Informationen über die Qualität der durchgeführten Maßnahmen, sodass er hierauf direkt reagieren kann.

Zu den Informationen gehören die Anzeige der aktuellen Frequenz sowie ein Kurvenverlauf der aktuellen Thoraxkompressionen. Sprach- und Textausgaben sowie die Farben der Balken in der CPR-Kurve signalisieren dem Anwender, ob die Qualität der Thoraxkompression ausreichend (grüne Balken) oder verbesserungswürdig ist (rote Balken).

Hierzu stehen drei unterschiedliche Sprach- und Textausgaben zur Verfügung:

- *„Fester drücken“*
- *„Druckmassage gut“*
- *„Ganz entlasten“*

Die Sprach- und Textausgabe „Fester drücken“ erscheint, wenn die empfohlene Drucktiefe der Thoraxkompression nicht erreicht worden ist. Sie wird im Abstand von 7 Sekunden wiederholt, bis die empfohlene Drucktiefe erreicht oder überschritten wurde und die Sprach- und Textausgabe „Druckmassage gut“ ertönt. Die Meldung „Ganz entlasten“ ertönt, um an die Rekalibrierung des Sensors zu erinnern. Sie kann im Konfigurationsdialog „Defi – CPR-Feedback“ deaktiviert werden.“

Dem Handbuch ist somit im Hinblick auf die Thoraxentlastung bloß zu entnehmen, dass am Gerät die Anzeige „ganz entlasten“ erscheinen kann, was bedeutet, dass das Gerät neu zu kalibrieren ist. Eine Anzeige „entlasten“, wie sie vom Vertreter der präsidentlichen Zuschlagsempfängerin in der Verhandlung geschildert wurde, findet im Handbuch überhaupt keine Erwähnung. Was eine Neukalibrierung mit einem Feedback zur Thoraxentlastung zu tun hat, ist weder selbsterklärend noch erschließt sich dies aus dem Bedienerhandbuch.

Diese Feststellungen gründen sich auf das von der Antragstellerin vorgelegte Bedienerhandbuch.

Die vergebende Stelle hat bei der Angebotsprüfung keine gezielte Überprüfung der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Defibrillatoren der Klasse 2 im Hinblick auf die in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen aufgestellte Mindestanforderung „CPR-Feedback zur Thoraxentlastung“ vorgenommen. Es wurde diesbezüglich auch kein Aufklärungsersuchen an die präsumtive Zuschlagsempfängerin gerichtet. Im Vergabeakt findet sich im Protokoll zur technischen Prüfung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lediglich die Aussage, dass die Erfüllung jeder einzelnen technischen Mindestanforderung beider Kategorien bestätigt wird. Wie die Auftraggeberin zu diesem Ergebnis gekommen ist, wurde im Vergabeakt nicht dokumentiert.

Diese Feststellungen ergeben sich aus den Aussagen des Vertreters der vergebenden Stelle in der mündlichen Verhandlung sowie aus dem Vergabeakt.

- Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 135 Abs. 1 BVergG 2018 erfolgt die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist gemäß § 135 Abs. 2 BVergG 2018 im Einzelnen zu prüfen:

1. ob den in § 20 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
2. nach Maßgabe der §§ 80 bis 87 die Eignung des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer hinsichtlich des diese betreffenden Auftragsteiles;
3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
4. die Angemessenheit der Preise;
5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist

Die vergebende Stelle hat gegenständlich die Prüfung, ob die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Intensiv/Transportdefibrillatoren die in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen statuierten technischen Mindestanforderungen erfüllen, anhand des Bedienerhandbuchs durchgeführt. Eine Produktpräsentation hat zwar im Vorfeld der Ausschreibung stattgefunden, doch konnte sich der Verantwortliche der vergebenden Stelle daran nicht mehr genau erinnern.

Aus den Sachverhaltsfeststellungen folgt, dass aufgrund des vorliegenden, laut vergebender Stelle für die Angebotsprüfung herangezogenen Bedienerhandbuchs nicht festgestellt werden kann, ob die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Intensiv/Transportdefibrillatoren (Klasse 2) über ein optisches und/oder akustisches Feedback über die Thoraxentlastung verfügen und somit die im Fragenkatalog - dieser ist Teil der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen - unter Punkt 2.20.1 geforderte Mindestanforderung erfüllen. Sollte dies nicht der Fall sein, dürfte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wegen Ausschreibungswidrigkeit nicht für den Zuschlag vorgesehen werden. Die unklaren Ausführungen im Bedienerhandbuch betreffend die am Display des Defibrillators aufscheinende Anzeige „Ganz entlasten“ legen es nahe, diesbezüglich von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Aufklärung zu verlangen oder sich auf andere Weise Klarheit zu verschaffen. Dies wurde gegenständlich von der Auftraggeberin unterlassen, sodass sich die Angebotsprüfung als mangelhaft erweist.

Entgegen der vom anwaltlichen Vertreter der Auftraggeberin vertretenen Rechtsansicht genügt es nicht, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Intensiv/Transportdefibrillatoren (Klasse 2) eine optische und akustische Anzeige am Display mit dem Inhalt „Ganz entlasten“ aufweisen, muss doch eine solche Anzeige ein Feedback auf die im Rahmen der Herzdruckmassage gemessene oder errechnete oder auf sonstige Weise festgestellte Thoraxentlastung sein. Wird mit der Anzeige „Ganz entlasten“ nur auf eine erforderliche Neukalibrierung hingewiesen, wie dies durch das Bedienerhandbuch nahegelegt wird, reicht eine solche Anzeige nicht aus, um den bestandsfesten Vorgaben der Ausschreibung gerecht zu werden.

Die Durchführung einer ordnungsgemäßen Angebotsprüfung ist nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichts im Nachprüfungsverfahren. Deshalb kann ein Aufklärungersuchen auch nicht vom Verwaltungsgericht an die präsumtive Zuschlagsempfängerin gerichtet werden. Es liegt somit an der Auftraggeberin, das Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Hinblick auf die Erfüllung der in der Ausschreibung bestandsfest vorgesehenen technischen Mindestanforderungen an die anzubietenden Defibrillatoren vollständig und ordnungsgemäß zu prüfen und nach dieser Prüfung und einer allenfalls neuen Angebotsbewertung die Zuschlagsentscheidung zu treffen.

Die gegenständliche Zuschlagsentscheidung war somit wegen mangelhafter Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin für nichtig zu erklären.

Vor diesem Hintergrund musste auf die anderen von der Antragstellerin gegen die Zuschlagsentscheidung ins Treffen geführten Argumente gar nicht erst eingegangen werden.

- Pauschalgebühren

Da dem Nachprüfungsantrag Erfolg beschieden war, hat die Auftraggeberin der Antragstellerin die von ihr in korrekter Höhe entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen.

- Revision

Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist die (ordentliche) Revision zulässig, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, insbesondere weil das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht einheitlich beantwortet wird.

Gegenständlich waren in erster Linie Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen auszulegen. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass die in vertretbarer Weise vorgenommene

einzelfallbezogene Auslegung von Parteierklärungen oder Ausschreibungsunterlagen nicht revisibel ist, bzw. dass einer vertretbaren Auslegung keine über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt (vgl. etwa VwGH 26.06.2018, Ra 2016/04/0049). Was die übrigen Rechtsfragen betrifft, erweist sich die Rechtslage als eindeutig. Da somit nach den von Judikatur und Literatur herausgearbeiteten Grundsätzen im gegenständlichen Fall eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nicht vorliegt, 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 3.2. in der gegenständlichen Angelegenheit eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt und am 10.2.2022 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 der Antragstellerin, der Auftraggeberein und der präsumentiven Zuschlagsempfängerin im unmittelbaren Anschluss an die Verkündung ausgehändigt. Keine dieser zur Erhebung einer Revision an den Verwaltungsgerichtshof beziehungsweise einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof legitimierten Parteien 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

Mag . S c h r e i n e r
(Senatsvorsitzende)