



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-123/095/14518/2024-28
Bewerbergemeinschaft bestehend aus:
1. A. GmbH
2. B. GmbH

Wien, 10.12.2024

Geschäftsabteilung: VGW-K

IM NAMEN DER REPUBLIK

gekürzte Ausfertigung
gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Mag. Schmied als Vorsitzenden und Dr. Diem als Berichter sowie durch seine Richterin Dr. Zirm über den Antrag der Bewerbergemeinschaft bestehend aus: 1. A. GmbH und 2. B. GmbH, vertreten durch Rechtsanwältin, vom 28.10.2024 auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe betreffend Los 1 des Vergabeverfahrens „Darmkrebs-Screening“ des Wiener Gesundheitsfonds (vergebende Stelle: Rechtsanwälte GmbH) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 20.11.2024

zu Recht e r k a n n t:

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung der Bewerbergemeinschaft zur zweiten Stufe vom 18.10.2024 betreffend das Vergabeverfahren „Darmkrebs-Screening (Los 1)“ des Wiener Gesundheitsfonds wird gemäß § 8 Abs. 1 WVRG 2020 iVm § 78 Abs. 1 Z 11 lit. c BVergG 2018 abgewiesen.

II. Gemäß §§ 14 und 15 WVRG 2020 hat die Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 34.209,- selbst zu tragen.

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

Wesentliche Entscheidungsgründe

I. Feststellungen

Im Informationsteils 1a hat der Auftraggeber Folgendes festgelegt:

„5.3. Subunternehmer / sonstige Dritte

[...]

Eignungsrelevante Subunternehmer, die zur Erfüllung der Befugnis oder technischen Leistungsfähigkeit herangezogen werden, sind allerdings zur Leistungserbringung für den nominierten Leistungsteil einzusetzen. [...] Freie Dienstnehmer gelten nicht als Subunternehmer und müssen nicht gesondert benannt werden.

[...]

7.5.2. Ringversuche

Der Bewerber muss in den letzten drei Jahren vor Ablauf der Teilnahmefrist regelmäßig, dh an zumindest zwei Ringversuchen oder vergleichbaren Qualitätssicherungsprogrammen teilgenommen haben.

Zum Nachweis hat der Bewerber jeweils eine Bestätigung der den Ringversuch durchführenden Einrichtung vorzulegen.

[...]“

Dr. C. D. ist sowohl Geschäftsführer der A. GmbH (im Folgenden: A. GmbH) als auch der E. GmbH (im Folgenden: E. GmbH).

Die Antragstellerin hat einen Teilnameantrag gestellt. In diesem wird u.a. die E. GmbH als Subunternehmerin für die „Durchführung von Laboranalysen“ genannt, wobei erklärt wurde, dass auf die Kapazitäten dieser Subunternehmerin aus Gründen der Befugnis und der technischen Leistungsfähigkeit zurückgegriffen wird.

Mit dem Teilnameantrag hat die Antragstellerin u.a. drei Nachweise betreffend die Teilnahme an Ringversuchen, die die Untersuchung von okkultem Blut im Stuhl betroffen haben, vorgelegt. Dr. C. D., der freier Dienstnehmer der A. GmbH ist, hat als Einzelunternehmer (Arzt für Allgemeinmedizin) an zwei dieser drei Ringversuche teilgenommen. Beide Nachweise wurden auf „Dr. C. D.,] „c/o E. GmbH[,] F.-gasse[,] Wien“ ausgestellt. Die E. GmbH hat an einem dieser drei Ringversuche teilgenommen. Dieser Nachweis wurde auf „E. GmbH[,] G.-gasse[,] Wien“ ausgestellt. Die E. GmbH hat innerhalb der letzten drei Jahre vor Ablauf der Teilnahmefrist an einem Ringversuch betreffend die Untersuchung von okkultem Blut teilgenommen. Im selben Zeitraum hat sie in Bezug auf andere Indikationen

an zahlreichen Ringversuchen, und zwar jedenfalls an mehr als fünf teilgenommen.

In der gemeinsam mit dem Teilnahmeantrag vorgelegten „Bewerber- und Organisationsstruktur“ hat die Antragstellerin beim Punkt „Labor (v)“ auszugsweise wie folgt ausgeführt:

„E. GmbH:

Die E. GmbH, Teil der H. Gruppe und ansässig in Wien I., ist unter anderem spezialisiert auf die Analyse von FIT-Tests. Das Labor ist nach ISO 9001 zertifiziert und gewährleistet somit eine hohe Qualität und Zuverlässigkeit der Ergebnisse. Innerhalb der letzten zwölf Monate wurden im Bereich der Darmkrebsvorsorge drei erfolgreiche Ringversuche durchgeführt.“

Der Auftraggeber musste aufgrund der Angaben der Antragstellerin im Teilnahmeantrag und in den Beilagen davon ausgehen, dass die E. GmbH die Eignungsvoraussetzung der Teilnahme an zwei Ringversuchen iSd Punktes 7.5.2. des Informationsteils 1a erfüllt.

Der Antragstellerin hätte im Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages bewusst sein müssen bzw. hätte ihr auffallen müssen, dass ihre Angaben, dass die E. GmbH innerhalb der letzten zwölf Monate drei Ringversuche im Bereich der Darmkrebsvorsorge durchgeführt hat, wenngleich diese nur an einem Ringversuch teilgenommen hat, für den Auftraggeber irreführend sein musste.

II. Beweiswürdigung

Die Feststellungen stützen sich im Wesentlichen auf den Vergabeakt, so insbesondere die Feststellungen zu den Angaben der Antragstellerin in ihrer, dem Teilnahmeantrag beigefügten „Bewerber- und Organisationsstruktur“.

Dass zwei Nachweise betreffend die Teilnahme an Ringversuchen auf Dr. D. als Einzelunternehmer ausgestellt wurden, weil dieser in der Eigenschaft als Einzelunternehmer an den Ringversuchen teilgenommen hat, stützen sich auf die glaubwürdigen Angaben des Dr. D. in der mündlichen Verhandlung. Ebenso auf seinen Angaben beruhen die Feststellungen, dass er im von der Ausschreibung genannten Zeitraum an zwei Ringversuchen betreffend die Untersuchung von Stuhlproben auf okkultes Blut teilgenommen hat und die E. GmbH an einer solchen Untersuchung. Dass Dr. D. freier Dienstnehmer der A. GmbH ist, beruht auf den Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung.

Dass der Antragstellerin hätte bewusst sein müssen bzw. auffallen müssen, dass ihre Angaben gegenüber dem Auftraggeber irreführend sind, beruht auf folgenden Überlegungen: Die Antragstellerin wusste (insb. weil Dr. D. Geschäftsführer und freier Dienstnehmer eines der beiden Mitglieder der Bewerbergemeinschaft ist), wie in der Verhandlung von Dr. D. glaubwürdig geschildert, dass Dr. D. als Einzelunternehmer an zwei Ringversuchen teilgenommen hat und die Nachweise auf diesen ausgestellt wurden; ebenso, dass die E. GmbH nur an einem Ringversuch teilgenommen hat. Dennoch hat die Antragstellerin gegenüber dem Auftraggeber mit den vorgelegten Nachweisen und den entsprechenden Ausführungen in ihrer „Bewerber- und Organisationsstruktur“ erklärt, dass die E. GmbH an drei Ringversuchen im Bereich der Darmkrebsvorsorge teilgenommen hat. Damit und weil sie drei entsprechende Nachweise (wobei bei diesen jeweils auch die E. GmbH aufscheint) über Teilnahmen an Ringversuchen betreffend Darmkrebsvorsorge dem Auftraggeber vorgelegt hat, hat sie jedenfalls irreführende Angaben hinsichtlich der Eignung der E. GmbH gegenüber dem Auftraggeber gemacht, wobei ihr dies, wie dargelegt, hätte bewusst sein müssen bzw. auffallen müssen.

Aus diesen Angaben in Verbindung mit den drei vorgelegten Nachweisen über die Teilnahme an Ringversuchen, auf denen jeweils die E. GmbH aufscheint, musste der Auftraggeber davon ausgehen, dass die E. GmbH im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit geeignet ist.

III. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 78 Abs. 1 Z 10 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber – unbeschadet der Abs. 3 bis 5 – einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn der Unternehmer sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Eignung einer schwerwiegenden Täuschung schuldig gemacht hat, diese Auskünfte nicht erteilt hat oder die vom öffentlichen Auftraggeber zum Nachweis der Eignung geforderten Nachweise bzw. Bescheinigungen nicht vorgelegt, vervollständigt oder erläutert hat.

Gemäß § 78 Abs. 1 Z 11 lit. c BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber – unbeschadet der Abs. 3 bis 5 – einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn der Unternehmer fahrlässig irreführende Informationen an den öffentlichen Auftraggeber übermittelt, die die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über den Ausschluss oder die Auswahl

von Unternehmern oder die Zuschlagserteilung erheblich beeinflussen könnten, oder versucht hat, solche Informationen zu übermitteln.

Gemäß § 80 Abs. 3 BVergG 2018 kann der öffentliche Auftraggeber die Vorlage, Vervollständigung bzw. Erläuterung bestimmter Nachweise binnen einer angemessenen Frist von bestimmten Bewerbern oder Bieterinnen bzw. Parteien der Rahmenvereinbarung verlangen, sofern dies zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist.

Das Beweisverfahren hat gezeigt, dass zwei der drei vorgelegten Nachweise betreffend Ringversuche auf Dr. D. als freiem Dienstnehmer der A. GmbH ausgestellt wurden. Folglich waren zwei dieser drei Nachweise der Antragstellerin selbst zuzurechnen und nicht der E. GmbH.

Vor diesem Hintergrund ist die Nichtzulassung aufgrund fehlender Eignung der E. GmbH zu Unrecht erfolgt.

Wie das Beweisverfahren gezeigt hat, waren die Angaben der Antragstellerin gegenüber dem Auftraggeber aber irreführend, wobei sie diese irreführenden Angaben fahrlässig getätigt hat. Sie waren deswegen irreführend, weil der Auftraggeber davon ausgehen musste, dass die E. GmbH im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit eine geeignete Subunternehmerin der Antragstellerin ist und diese auch drei Nachweise über Teilnahmen an Ringversuchen vorgelegt hat. Dies war jedoch nicht der Fall, vielmehr wurden zwei der drei Nachweise, was die Antragstellerin hätte wissen müssen bzw. ihr hätte auffallen müssen, auf Dr. D. als Einzelunternehmer ausgestellt.

Diese Angaben hatten den Auftraggeber beim Ausschluss bzw. der Auswahl von Unternehmern tatsächlich erheblich beeinflusst. Es entstand bei ihm aufgrund der Angaben und der vorgelegten Nachweise der fälschliche Eindruck, dass es sich bei der E. GmbH um eine im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit geeignete Subunternehmerin handeln würde. Wie beweismäßig dargelegt, waren diese Angaben auch objektiv geeignet, den Auftraggeber beim Ausschluss bzw. der Auswahl der Antragstellerin erheblich zu beeinflussen. Denn mit nur einem vorgelegten Nachweis hinsichtlich der Durchführung eines Ringversuches hätte der Auftraggeber nicht bzw. jedenfalls nicht ohne Weiteres davon ausgehen dürfen, dass die E. GmbH eine geeignete Subunternehmerin ist.

Damit ist der Ausschlussgrund des § 78 Abs. 1 Z 11 lit. c BVergG 2018 erfüllt und die Antragstellerin wurde im Ergebnis zu Recht nicht zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen.

Die Antragstellerin hat, weil sie nicht obsiegt hat, die von ihr in korrekter Höhe entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Die Revision wurde für unzulässig erklärt, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Im Hinblick auf die relevanten Bestimmungen des BVergG 2018 stellen sich keine Auslegungsschwierigkeiten und die Auslegung von Ausschreibungsunterlagen stellt grundsätzlich keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung dar.

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 VwGVG eine Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG von mindestens einem der hiezu Berechtigten beantragt wird. Die gekürzte Ausfertigung hat den Spruch sowie einen Hinweis auf den Verzicht oder darauf, dass eine Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG nicht beantragt wurde, zu enthalten.

Das Verwaltungsgericht Wien hat am 20.11.2024 in der gegenständlichen Beschwerdesache eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt und sodann das Erkenntnis mit den wesentlichen Entscheidungsgründen verkündet.

Die in der mündlichen Verhandlung angefertigte Niederschrift, der eine Belehrung gemäß § 29 Abs. 2a VwGVG angeschlossen war, wurde der Antragstellerin sowie dem Auftraggeber unmittelbar ausgefolgt. Somit wurde die Niederschrift sämtlichen zur Erhebung einer Revision beim Verwaltungsgerichtshof oder einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof legitimierten Parteien und Organen ausgefolgt oder zugestellt.

Keine zur Erhebung einer Revision an den Verwaltungsgerichtshof beziehungsweise Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof legitimierte Partei und kein

hierzu legitimiertes Organ hat innerhalb der gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG normierten Frist von zwei Wochen nach Ausfolgung bzw. Zustellung der Niederschrift einen Antrag auf Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG gestellt.

Deshalb konnte das Erkenntnis gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG gekürzt ausgefertigt werden. 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. Schmied
(Vorsitzender)