



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-123/095/15506/2023-27
A. OG

Wien, 31.5.2024

Geschäftsabteilung: VGW-K

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Eva Schreiner als Vorsitzende und seine Richter Dr. Lukas Diem als Berichter sowie Mag. Gero Schmied als Beisitzer über den Antrag der A. OG, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigkeitklärung der Ausschreibung (Los 1 und Los 2) betreffend das Vergabeverfahren „Darmkrebs Screening“ des Wiener Gesundheitsfonds (vergebende Stelle: Rechtsanwälte GmbH) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25.1.2024, 5.2.2024 und 8.2.2024

zu Recht e r k a n n t:

I. Der Antrag auf Nichtigkeitklärung der Ausschreibung hinsichtlich Los 1 betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung Darmkrebs Screening“ wird gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 zurückgewiesen.

II. Dem Antrag auf Nichtigkeitklärung der Ausschreibung hinsichtlich Los 2 betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung Darmkrebs Screening“ wird stattgegeben und die Ausschreibung hinsichtlich Los 2 gemäß § 23 Abs. 1 WVRG 2020 iVm § 151 Abs. 1, § 20 Abs. 1, § 89 Abs. 1 und § 91 Abs. 4 letzter Satz BVergG 2018 für nichtig erklärt.

III. Gemäß §§ 14 und 15 WVRG 2020 hat der Auftraggeber der Antragstellerin die

von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 3.421,50 binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang

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

2. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag der A. OG (im Folgenden: Antragstellerin) vom 13.12.2023, eingelangt beim Verwaltungsgericht Wien am selben Tag, richtet sich gegen die Ausschreibung in Bezug auf beide Lose. Zugleich hat die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Einen Nachweis über die Entrichtung der Pauschalgebühren in Höhe von € 3.421,50 hat die Antragstellerin den Anträgen beigefügt.

3. Mit Beschluss vom 20.12.2023 erließ das Verwaltungsgericht Wien eine einstweilige Verfügung. Mit dieser wurde der Lauf der Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen zu Los 1 und zu Los 2 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt.

4. Mit Schreiben vom 2.1.2024 forderte das Verwaltungsgericht Wien die Antragstellerin auf, darzulegen und entsprechend nachzuweisen, inwiefern iSd § 18 Abs. 1 WVRG 2020 von ihrer Seite ein Interesse am Vertragsschluss besteht und inwiefern durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, dies insbesondere bezogen auf die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Eignungsanforderungen sowie bezogen auf die Ausführungen des Auftraggebers in seiner Stellungnahme vom 28.12.2023.

5. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren haben der Auftraggeber (am 28.12.2023 und 18.1.2024) und die Antragstellerin (am 11.1.2024) Stellungnahmen bzw. Repliken zum Nachprüfungsantrag verfasst. Weitere Schriftsätze haben die Parteien am 29.1.2024 (Antragstellerin) bzw. am 30.1.2024 (Auftraggeber) verfasst.

6. Am 25.1.2024, fortgesetzt am 5.2.2024 und am 8.2.2024, hat das Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, an der die Parteien teilgenommen haben. Am 8.2.2024 wurde die Entscheidung mündlich verkündet.

7. Mit Schriftsatz vom 15.2.2024 beantragte die Antragstellerin die schriftliche Ausfertigung der mündlich verkündeten Entscheidung.

II. Feststellungen

1. Der Wiener Gesundheitsfonds führt als Auftraggeber durch die Rechtsanwälte GmbH als vergebende Stelle ein zweistufiges Vergabeverfahren sui generis zur Vergabe einer besonderen Dienstleistung im Oberschwellenbereich. Gegenstand des Vergabeverfahrens ist der Abschluss von zwei Rahmenvereinbarungen (zwei Lose). Los 1 betrifft die Planung und Durchführung eines populationsbezogenen Darmkrebs-Screenings in Wien, Los 2 die Durchführung von Koloskopien samt Nebenleistungen. Die Laufzeit der zu vergebenden Rahmenvereinbarungen hinsichtlich beider Lose beträgt jeweils acht Jahre. Der geschätzte Auftragswert übersteigt in Bezug auf jedes Los jeweils den Schwellenwert iSd § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 um mehr als das 40-fache. Für die erste Stufe ist vorgesehen, dass auf Basis der einlangenden Teilnahmeanträge nach Prüfung der Eignung aus den geeigneten Teilnehmern unter Anwendung der festgelegten Auswahlkriterien in Los 1 die besten fünf Bewerber und in Los 2 die besten zwölf Bewerber ausgewählt werden. Diese Bewerber sollen danach eingeladen werden, für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens ein Angebot (pro angebotenen Los) abzugeben.

Die Bekanntmachung erfolgte auf Unionsebene am 13.11.2023. Auf nationaler Ebene wurde die Ausschreibung am 10.11.2023 (Tag der Absendung) bekanntgemacht. Das Ende der Frist für die Abgabe von Teilnahmeanträgen wurde zunächst mit 21.12.2023, 14:00 Uhr, festgelegt und nach Einbringung des Nachprüfungs-

antrages am 19.12.2023 bis zum 23.1.2024, 14:00 Uhr, verlängert. Mit einstweiliger Verfügung vom 20.12.2023 setzte das Verwaltungsgericht Wien den Lauf der Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen zu Los 1 und zu Los 2 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aus.

2. Die relevanten Passagen aus der Ausschreibung (Informationsteil 1A [überarbeitete Version vom 19.12.2023]) lauten wie folgt:

„3.3. Verfahrensart

Der Dienstleistungsauftrag wird im Rahmen eines zweistufigen Verfahrens *sui generis* zur Vergabe einer besonderen Dienstleistung (im Oberschwellenbereich) vergeben.

[...]

4. Beschaffungsgegenstand

[...]

Gegenstand des Vergabeverfahrens ist der Abschluss von zwei (Rahmenvereinbarungen (zwei Lose). Gegenstand von Los 1 ist die Beschaffung diverser Leistungen betreffend die Planung und Durchführung eines populationsbezogenen Darmkrebs-Screenings. Der AG kann auf Grundlage der Rahmenvereinbarung in Los 1 über die gesamte Laufzeit insgesamt höchstens Leistungen im Gesamtwert von EUR [...] Millionen zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer abrufen (maximal zulässiges Abrufvolumen), wobei der AG das maximal zulässige Abrufvolumen auf EUR [...] Millionen zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer erhöhen kann. Gegenstand von Los 2 ist die Durchführung von Koloskopien entsprechend dem Qualitätsstandard für Koloskopien samt Nebenleistungen, wobei keine Übernahme der Leistungen aus dem niedergelassenen Bereich angestrebt wird. Der AG kann auf Grundlage der Rahmenvereinbarung in Los 2 über die gesamte Laufzeit insgesamt höchstens Leistungen im Gesamtwert von EUR [...] Millionen zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer abrufen (maximal zulässiges Abrufvolumen), wobei der AG das maximal zulässige Abrufvolumen auf EUR [...] Millionen zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer erhöhen kann.

Der Beschaffungsgegenstand und der einzelne Leistungsabruf sind je Los in der jeweiligen Rahmenvereinbarung im Detail festgelegt.

Jeder Bewerber kann sich für ein Los oder für beide Lose bewerben. Besteht seitens eines Bieters Interesse an beiden Losen, so muss er sich sowohl für Los 1 als auch Los 2 bewerben.

[...]

4.1. Los 1: Planung und Durchführung eines populationsbezogenen Darmkrebs-Screenings in Wien

(i) Projektmanagement: Dies umfasst insbesondere die Entwicklung und Implementierung eines übergreifenden Projektmanagements für die Umsetzung des gesamten Darmkrebs-Screenings während der Projektlaufzeit. Die Bereitstellung der notwendigen Informationen, Daten und Unterlagen – jeweils unter Berücksichti-

gung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen – sowie die Teilnahme an Evaluationsgesprächen mit dem AG sind zentrale Bestandteile des Projektmanagements.

(ii) Kommunikationskonzept sowie professionelle Kommunikationsbegleitung:

Dies umfasst insbesondere die Entwicklung eines Kommunikationskonzeptes für die Zielgruppe sowie die professionelle Kommunikationsbegleitung und die Abwicklung eines strukturierten Einladungsmanagements, um eine möglichst hohe Teilnehmerate der Zielgruppe am Darmkrebs-Screening zu gewährleisten.

(iii) Bereitstellung von Testkits: Dies umfasst insbesondere die Bereitstellung von quantitativen immunochemischen Stuhltests (*faecal immunochemical testing* – F.I.T.), die eine automatisierte, qualitätsgesicherte und exakte Auswertung unter standardisierten Bedingungen in einem medizinischen Laboratorium ermöglichen:

- Die bereitgestellten F.I.T. müssen für die Detektion von kolorektalen Karzinomen oder fortgeschrittenen Adenomen eine Sensitivität von mindestens 25% und eine Spezifität von mindestens 90% aufweisen, wobei sich die 25% auf fortgeschrittene Adenome, nicht auf die Karzinome, beziehen.

(iv) Logistikleistungen im Zusammenhang mit F.I.T. : Dies umfasst insbesondere den Transport sowie die Verteilung an die Zielgruppe, die Lagerung sowie den Rücktransport in das Labor;

(v) Durchführung von Laboranalysen (Auswertung F.I.T.): Dies umfasst insbesondere die qualitätsgesicherte Auswertung der Proben im Labor sowie die anschließende Befundübermittlung inklusive der Einmeldung der Testergebnisse in die elektronische Gesundheitsakte ELGA, sofern nicht ausdrücklich von der betreffenden teilnehmenden Person widersprochen wurde. Die Nutzung von ELGA ist jedoch in Abhängigkeit der Entwicklungen von ELGA zu sehen und daher sind unter Umständen (interimistisch) auch andere Systeme erforderlich, um den Dokumentations-Erfordernissen zu genügen.

(vi) IT: Dies umfasst insbesondere die Bereitstellung einer geeigneten IT-Infrastruktur, sodass das Darmkrebs-Screening entsprechend abgewickelt werden kann. Insbesondere muss eine Anbindung über „Mein.Wien“ sowie den Internetportalen der österreichischen Sozialversicherung ermöglicht werden.

(vii) Telemedizinische Beratung: Dies umfasst die telemedizinische Beratung der teilnehmenden Person, insbesondere sofern bei dieser ein positiver F.I.T. vorliegt. Im Rahmen der telemedizinischen Beratung ist die teilnehmende Person insbesondere über das Testergebnis aufzuklären sowie auf die Durchführung einer Koloskopie zur weiteren Abklärung hinzuweisen.

(viii) Schnittstelle zur Nachfolgeuntersuchung bzw Terminkoordination Koloskopie bei positivem F.I.T. der teilnehmenden Person: Dies betrifft insbesondere bei Wunsch der teilnehmenden Person - die Unterstützung bei der Terminkoordination einer Koloskopie im niedergelassenen Bereich, wobei der Termin zur Koloskopie jedenfalls spätestens innerhalb von 14 Tagen ab positivem F.I.T. der teilnehmenden Person stattzufinden hat. Sofern der Termin zur Koloskopie nicht innerhalb von 14 Tagen ab positivem F.I.T. der teilnehmenden Person im niedergelassenen Bereich koordiniert werden kann, hat die Terminkoordination mit Rahmenvereinbarungspartnern aus Los 2 zu erfolgen.

(ix) Schnittstelle zur Terminkoordination Koloskopie: Dies betrifft insbesondere die Einrichtung einer zentralen Serviceline, die an die Gesundheitsberatung 1450 angebunden ist sowie die Unterstützung von Personen ohne positiven F.I.T. bei der Terminkoordination einer Koloskopie im niedergelassenen Bereich. Sofern der Termin zur Koloskopie nicht innerhalb von 14 Tagen ab Kontaktaufnahme der Person im niedergelassenen Bereich koordiniert werden kann, hat die Terminkoordination mit Rahmenvereinbarungspartnern aus Los 2 zu erfolgen.

4.2. Los 2: Durchführung von Koloskopien samt Nebenleistungen

(i) Terminkoordinationssystem: Dies betrifft insbesondere die Errichtung eines zentralen Terminkoordinationssystem zur Terminkoordination für die Koloskopie mit dem Rahmenvereinbarungspartner aus Los 1.

(ii) Durchführung von Koloskopien innerhalb von längstens 14 Tagen ab Kontaktaufnahme (wobei ausdrücklich keine Übernahme von Leistungen aus dem niedergelassenen Bereich angestrebt wird);

(iii) Histopathologie inklusive Befundbesprechung innerhalb von 5 Werktagen ab Durchführung der Koloskopie;

(iv) Einmeldung der Untersuchungsergebnisse insbesondere in die elektronische Gesundheitsakte ELGA, je nach etabliertem Standard und rechtlicher Möglichkeit. Die Nutzung von ELGA ist jedoch in Abhängigkeit der Entwicklungen von ELGA zu sehen und daher sind unter Umständen (interimistisch) auch andere Systeme erforderlich, um den Dokumentations-Erfordernissen zu genügen.

[...]

7. Eignung

[...]

7.5. Los 1: Technische Leistungsfähigkeit

7.5.1. Eignungsreferenzen

Jeder Bewerber muss Eignungsreferenzen über die Durchführung von dem Leistungsgegenstand entsprechenden Leistungen im Teilnahmeantrag vorlegen:

(i) Eignungsreferenz Laboranalysen: Mindestanforderungen

Jeder Bewerber muss eine Eignungsreferenz betreffend die Durchführung von Laboranalysen vorlegen (Formblatt. /7a.1).

Die Eignungsreferenz „Laboranalyse“ wird nur gewertet, wenn sie die nachfolgenden Anforderungen erfüllt:

- Durchführung von zumindest 50.000 medizinischen Probenanalysen innerhalb von 12 Monaten; und
- Durchführung von insgesamt zumindest 2.000 Probenanalysen innerhalb einer Kalenderwoche;

Die Leistungen der Referenz müssen jeweils innerhalb der letzten drei Jahre vor Ablauf der Teilnahmefrist erbracht worden sein.

Laufende Referenzen werden nur berücksichtigt, wenn die erforderlichen Leistungen bereits mangelfrei erbracht wurden.

War der Bewerber im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft an einem Referenzpro-

jekt beteiligt, kann dieses Referenzprojekt im Zuge der Eignungs- und Auswahlprüfung nur berücksichtigt werden, sofern der Bewerber im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft die referenzrelevanten Leistungen selbst ausgeführt hat.

(ii) Eignungsreferenz Logistikleistungen: Mindestanforderungen

Jeder Bewerber muss zwischen einer und maximal 5 Eignungsreferenzen betreffend die Erbringung von Logistikleistungen vorlegen (Formblatt. /7a.2).

Die Eignungsreferenz „Logistikleistung“ wird nur gewertet, wenn sie die nachfolgenden Anforderungen erfüllt:

- Beförderung von unterschiedlichen Gütern zum jeweiligen Endkunden und/oder Abholung von unterschiedlichen Gütern vom Kunden zur Weiterbeförderung.

Der Bewerber muss durch die Eignungsreferenz nachweisen, dass er wenigstens 1.500 Beförderungen innerhalb von 5 Werktagen vorgenommen hat. Dazu ist die Anzahl der erfolgten Beförderungen der vorgelegten Eignungsreferenzen zu addieren. Der Bewerber darf dafür maximal 5 Eignungsreferenzen vorlegen, welche die Beförderung innerhalb von 5 Werktagen nachweisen.

Die Leistungen der Referenzen müssen jeweils innerhalb der letzten drei Jahre vor Ablauf der Teilnahmefrist (im Fall einer Verlängerung der Teilnahmefrist ist die ursprüngliche Frist maßgeblich) erbracht worden sein.

Laufende Referenzen werden nur berücksichtigt, wenn die erforderlichen Leistungen bereits mangelfrei erbracht wurden.

War der Bewerber im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft an einem Referenzprojekt beteiligt, kann dieses Referenzprojekt im Zuge der Eignungs- und Auswahlprüfung nur berücksichtigt werden, sofern der Bieter im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft die referenzrelevanten Leistungen selbst ausgeführt hat.

(iii) Nachweis Eignungsreferenzen

Der Bieter hat für den Nachweis der Eignungsreferenz Laboranalysen das Formblatt . /7a.1 und für den Nachweis der Eignungsreferenz(en) Logistikleistungen die Formblätter /7a.2. sowie 7a.2 1.-V. ausgefüllt vorzulegen (je vorgelegter Referenz ein Formblatt).

Die der angeführten Referenz zugrunde gelegte Leistung ist durch eine Bestätigung des Referenzbeauftragten nachzuweisen. Dieser Nachweis entfällt dann, wenn der Referenzbeauftragte sich weigert, eine Bestätigung auszustellen und es sich dabei nicht um einen öffentlichen Auftraggeber handelt. Diesfalls genügen die im Formblatt ./7a.2. sowie 7.a.2 1.-V. abgegebenen eidesstattlichen Erklärungen des Bewerbers. In der eidesstattlichen Erklärung hat der Bewerber die erforderlichen Informationen über das Referenzprojekt anzugeben. Die eidesstattliche Erklärung kann vom AG überprüft werden.

Kann der Bewerber keine den Mindestanforderungen entsprechende Erfahrung nachweisen oder ergeben Nachfragen des AGs Falschaussagen des Bewerbers, führt dies zum Ausscheiden des Teilnahmeantrags.

7.5.2. Mindestpersonalausstattung

Für die Erbringung der im Leistungsgegenstand beschriebenen Dienstleistungen hat der Bewerber darzulegen, dass ihm die Erbringung mit seiner vorhandenen

Personalausstattung möglich ist.

Der Bewerber hat sicherzustellen, dass er zu jedem Zeitpunkt über eine ausreichende Anzahl an qualifizierten Mitarbeitern verfügt, die zur Auswertung bzw. Befundung der F.I.T. und Durchführung telemedizinischer Beratungen befugt sind.

Bei den eingesetzten Mitarbeitern ist entsprechend ihrer Verwendung bzw. Einsatzgebiet das Vorhandensein bzw. die Vermittlung erforderlicher Kenntnisse und Fähigkeiten sicherzustellen.

Zur Bestätigung der Erfüllung dieser Kriterien ist das Formblatt .7a.3 vorzulegen. Freie Dienstnehmer gelten nicht als Subunternehmer und müssen nicht als solche benannt werden.

7.5.3. 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.

Falls der Bewerber die Teilnahme an anderen Qualitätssicherungsprogrammen nachweist, ist die Gleichwertigkeit dieser Qualitätssicherungsprogramme gesondert zu belegen.

7.6. Los 2: Technische Leistungsfähigkeit

7.6.1. Durchführung der Koloskopie innerhalb des Stadtgebietes Wien sowie Mindestpersonalausstattung

Der Bewerber gewährleistet, dass er zu jedem Zeitpunkt über eine geeignete Räumlichkeit zur Durchführung einer Koloskopie innerhalb des Stadtgebietes Wien verfügt sowie über eine ausreichende Anzahl an qualifiziertem Personal, insbesondere einschlägige Fachärzte, zur Erbringung der im Leistungsgegenstand beschriebenen Dienstleistungen verfügt.

Bei den eingesetzten Mitarbeitern ist entsprechend ihrer Verwendung bzw. Einsatzgebiet das Vorhandensein bzw. die Vermittlung erforderlicher Kenntnisse und Fähigkeiten sicherzustellen.

Zur Bestätigung der Erfüllung dieser Kriterien ist das Formblatt .7b.1 vorzulegen. Freie Dienstnehmer gelten nicht als Subunternehmer und müssen nicht als solche benannt werden.

[...]

9. Überblick Verfahrensablauf zweite Stufe

9.1.1. Allgemeines

Die nachstehenden Informationen geben einen groben Überblick über den - aus derzeitiger Sicht des AG möglichen - weiteren Ablauf des Vergabeverfahrens sowie die Zuschlagskriterien in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens, um den Bewerbern die Möglichkeit zu geben, die Teilnahme am Vergabeverfahren beurteilen zu können.

Der AG behält sich vor, von diesen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen der zweiten Stufe abzuweichen.

Nach dem Abschluss der ersten Stufe des Vergabeverfahrens (Teilnahmephase) werden in Los 1 die fünf bestgereihten Bewerber und in Los 2 die zwölf bestgereihten Bewerber aufgefordert, auf Basis von detaillierten Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe Erstangebote für die ausgeschriebenen Leistungen zu legen.

Die Frist für Fragen zu den noch zur Verfügung zu stellenden Ausschreibungsunterlagen und generell zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens wird mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe festgelegt; Fragen sind ausschließlich über die Vergabeplattform zu stellen. Auch die Erstangebote sind über die Vergabeplattform einzureichen. Die genauen Anforderungen an den Inhalt bzw die weiteren Bestandteile des Angebots bzw der Angebote werden den zur Angebotslegung aufgeforderten Bietern in den Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe zur Verfügung gestellt. Das Risiko des rechtzeitigen Einlangens des Angebotes trägt der Bieter selbst. Nicht rechtzeitig eingelangte Angebote werden ausgeschieden.

Der AG wird nach Prüfung der Erstangebote mit den Bietern über den Leistungsinhalt sowie die jeweiligen Angebote verhandeln und ein Hearing durchführen, im Rahmen dessen der Bieter sein Konzept präsentiert. Geplant ist die Abhaltung zumindest einer Verhandlungsrunde. Der AG behält sich jedoch vor, den Auftrag auf Basis der Erstangebote und ohne Durchführung von Verhandlungen zu vergeben (vgl § 114 Abs 3 BVergG).

Sofern vom AG Verhandlungsrunden durchgeführt werden, kann über das jeweilige Angebot und die Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich verhandelt werden. Nicht Gegenstand der Verhandlungen sind die Mindestanforderungen gemäß § 114 Abs 1 BVergG. Jedenfalls steht es dem Bieter vor Abgabe des Erstangebots frei, Fragen und Änderungsvorschläge an den AG zu richten, wobei der AG sich eine Abänderung der Rahmenvereinbarung vorbehält.

Es obliegt dem AG festzulegen, ob und wie viele weitere Verhandlungsrunden durchgeführt werden. Eine Letztangebotsrunde bzw eine allfällige zwischenzeitliche Verringerung der Bieter (Short Listing) wird vom AG bekannt gegeben.

Im Anschluss an die Verhandlungen werden die Bieter zur Abgabe eines Letztangebots aufgefordert werden. Auf Basis des rechtzeitig abgegebenen und ausschreibungskonformen Letztangebots erfolgt die Auswahl der Bestbieter, mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Nach Ablauf der gesetzlichen Stillhaltefrist von 10 Tagen erfolgt der Abschluss der Rahmenvereinbarung durch schriftliche Verständigung (über die Vergabeplattform) der Bestbieter von der Annahme des Angebots.

Der AG kann von diesen Feststellungen noch nach Durchführung aus sachlichen Gründen (beispielsweise: Angebote sind nicht vergleichbar, unangemessene Angebotspreise, Zuschlagskriterien sind zur Angebotsbewertung ungeeignet etc.) abweichen. Der AG behält sich außerdem vor, die Ausschreibungsunterlagen im Laufe des Vergabeverfahrens zu ändern.

9.1.2. Angebotsbewertung / Zuschlagskriterien

Ausgewählt als Vertragspartner der Rahmenvereinbarung werden jene Bestbieter, die das technisch und wirtschaftlich beste Angebot (Bestangebotsprinzip) gelegt haben, wobei nur jene Angebote bewertet werden, die nicht ausgeschlossen bzw ausgeschieden worden sind.

Die Angebote werden anhand der festgelegten Zuschlagskriterien bewertet werden und die Rahmenvereinbarung – Los 1 mit den drei bestgereihten Bietern und die Rahmenvereinbarung – Los 2 mit den sieben bestgereihten Bietern abgeschlossen werden. Als Zuschlagskriterien werden festgelegt:

Zuschlagskriterien	Gewichtung
Qualität	60 %
Preis	40 %

Der AG behält sich vor, von diesen Zuschlagskriterien in den endgültigen Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe abzuweichen bzw abgeänderte Zuschlagskriterien und eine abweichende Gewichtung festzulegen.

9.2. Zuschlagskriterium Qualität

9.2.1. Los 1: Konzept

[...]

9.2.2. Los 2: Konzept

Der Bieter wird für Los 2 mit dem Erstante Angebot ein Gesamtkonzept für alle Teilbereiche zur Leistungserbringung abzugeben haben, das gemäß den Ausschreibungsunterlagen zu erstellen sein wird.

Nähere Informationen zum genauen Inhalt der Teilbereiche werden in den Ausschreibungsunterlagen zur zweiten Stufe zur Verfügung gestellt.

Jedes Kapitel des Konzeptes wird von einer Bewertungskommission gesondert nach Maßgabe noch bekannt zugebener Vorgaben nach der Schulnotenskala anhand von Bewertungskriterien benotet werden.

Weitere Vorgaben an die Angebotsausarbeitung und Details zu den Zuschlagskriterien bzw Subkriterien werden in den Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe festgelegt.

9.3. Zuschlagskriterium Preis

9.3.1. Los 1: Preis

[...]

9.3.2. Los 2: Preis

Das zweite Zuschlagskriterium „Preis“ wird in Los 2 der angebotene Gesamtpreis (netto) bilden.

Die Summe des angebotenen Gesamtpreises (netto) wird sich jedenfalls aus dem Preis pro durchgeführter Koloskopie bilden.

Der Preis ist in Euro inklusive aller Gebühren und Abgaben anzugeben. Die gesetzliche Umsatzsteuer ist getrennt auszuweisen. Nachlasse oder Preisminderungen sind in den Preis einzurechnen. Die Zahlenangaben sind in Euro, kaufmännisch gerundet auf zwei Nachkommastellen, anzugeben. Sämtliche anfallenden Nebenkosten (wie beispielsweise Reisekosten, Nächtigungskosten, Verköstigung, Vorbereitungszeiten sowie Kosten der Ausarbeitung der Unterlagen) sind in den angebotenen Preis einzurechnen

Für die Bewertung werden die angebotenen vorläufigen Gesamtpreise jeweils mit den von anderen Bietern angebotenen vorläufigen Gesamtpreisen in Beziehung

gebracht, wobei das jeweils günstigste Preisangebot die Höchstpunktezahl erreicht.

$$\frac{\text{Gesamtpreis günstigstes Angebot} \times \text{Maximalpunkte}}{\text{Gesamtpreis konkretes Angebot}} = \text{Punkte Kriterium Preis}$$

Weitere Details zum Zuschlagskriterium „Preis“ werden in den Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe festgelegt.

9.3.3. Auswahl Bestbieter

Für die Ermittlung der Bestbieter werden die jeweils im Kriterium Qualität erreichten Punkte addiert und gewichtet (Qualität 60 %) werden sowie die im Kriterium Preis erreichten Punkte gewichtet (Preis 40 %) werden. Die so erreichten und gewichteten Punkte werden addiert und werden die Gesamtpunktezahl ergeben.

In Los 1 werden die drei bestgereihten Bieter als Vertragspartner der Rahmenvereinbarung ausgewählt. In Los 2 werden die sieben bestgereihten Bieter als Vertragspartner der Rahmenvereinbarung ausgewählt.“

3. Die relevanten Passagen der am 19.12.2023 über das Vergabeportal veröffentlichten „Bewerberfragen“ lauten wie folgt:

„14: Wie lange ist [die] Gesamtlaufzeit des Projektes?Gibt es eine[...] Option auf Verlängerung des Vertrages bei erfolgreichem Abschlusses des Projektes?Wann soll die Versorgung starten?“

Die Rahmenvereinbarungen sollen jeweils (Los 1 und Los 2) für die Dauer von 8 Jahren abgeschlossen werden. Der erste Leistungsabruf soll zeitnah nach Abschluss des Vergabeverfahrens erfolgen.

21: Sind auch „Auslandswiener“, d.h. Personen mit Hauptwohnsitz Wien, aber auswärts lebend, als Teilnehmer:innen des Darmkrebs-Screenings vorgesehen?

Die Auftraggeberin sieht von der Zielgruppe jene Personen umfasst, die zwischen 45 und 75 sind und einen Hauptwohnsitz gemäß MeldeG in Wien haben. Die Rechtmäßigkeit der Hauptwohnsitzmeldung nach dem MeldeG hat weder der Auftraggeber noch der Auftragnehmer zu prüfen.

57: (ii) Frage zum Punkt: Durchführung von Koloskopien innerhalb von längstens 14 Tagen ab Kontaktaufnahme, (wobei ausdrücklich keine Übernahme von Leistungen aus dem niedergelassenen Bereich angestrebt wird); Was bedeutet dieser Punkt konkret? Welchen Sinn hat die Erwähnung, dass keine Leistungen aus dem niedergelassenen Bereich angestrebt wird? Es ist klar, dass die Leistungen von Los 2 nur mit dem AG verrechnet werden können und nicht aus dem niedergelassenen Bereich abgedeckt werden.

Mit Los 2 soll sichergestellt werden, dass alle teilnehmenden Personen mit positivem F.I.T. auch binnen 14 Tagen ab positivem F.I.T., einen Termin zur Koloskopie erhalten. Kann dieser Termin im niedergelassenen Bereich jedoch nicht binnen 14 Tagen ab positivem F.I.T. vereinbart werden, soll der teilnehmenden Person ein Termin über Los 2 zur Verfügung gestellt werden.

58: [...] Frage 5: Was bedeutet konkret, dass für Los 2 keine Übernahme der Leistungen aus dem niedergelassenen Bereich angestrebt wird?

Mit Los 2 soll sichergestellt werden, dass alle teilnehmenden Personen mit positivem F.I.T. auch binnen 14 Tagen ab positivem F.I.T., einen Termin zur Koloskopie erhalten. Kann dieser Termin im niedergelassenen Bereich jedoch nicht binnen 14 Tagen ab positivem F.I.T. vereinbart werden, soll der teilnehmenden Person ein Termin über Los 2 zur Verfügung gestellt werden.

Frage 6: Soll eine Parallelstruktur[...] zu dem bereits bestehenden Versorgungsangebot im niedergelassenen Bereich aufgebaut werden?

Ausdrücklich klargestellt wird, dass gegenständlich kein Aufbau einer Parallelstruktur erfolgt. Mit Los 2 soll – wie bereits in der Antwort zu Frage 5 dargelegt – sichergestellt werden, dass alle teilnehmenden Personen mit positivem F.I.T. auch binnen 14 Tagen ab positivem F.I.T. einen Termin zur Koloskopie erhalten. Kann dieser Termin im niedergelassenen Bereich jedoch nicht binnen 14 Tagen ab positivem F.I.T. vereinbart werden, soll der teilnehmenden Person ein Termin über Los 2 zur Verfügung gestellt werden.

64: Wie wird der Qualitätsaspekt in Los 1 bzgl. Logistik, Marketing und IT bewertet? Welche Kriterien werden angesetzt?

Sofern damit die Zuschlagskriterien der zweiten Stufe gemeint sind: Punkt 9. Informationsteil 1a enthält einen Überblick über die Zuschlagskriterien in der zweiten Stufe. Die Zuschlagskriterien werden in der zweiten Stufe konkretisiert und bekanntgegeben.

81: Frage 1: Verstehen wir Punkt 4.1 (viii) richtig, dass die Rahmenvereinbarungspartner des Loses 1 eine teilnehmende Person ohne positiven F.I.T bei der Terminkoordination einer Koloskopie im niedergelassenen Bereich unterstützen sollen, die Durchführung der Koloskopie im niedergelassenen Bereich aber außerhalb der vergebenen Leistungen erfolgt und eine Terminkoordination mit den Rahmenvereinbarungspartner des Loses 2 nur dann erfolgt, wenn der Termin zur Koloskopie nicht innerhalb von 14 Tagen ab Kontaktaufnahme der teilnehmenden Person im niedergelassenen Bereich koordiniert werden kann? Wenn nein, wie erfolgt die Einbindung von Ärzt:innen im niedergelassenen Bereich?

Ja, sofern bei Personen ohne positiven F.I.T. nicht innerhalb von 14 Tagen ab Kontaktaufnahme im niedergelassenen Bereich eine Koloskopie koordiniert werden kann, hat die Terminkoordination mit Rahmenvereinbarungspartnern aus Los 2 zu erfolgen (vgl Punkt 4.1. (ix) Informationsteil 1a).

Frage 3: Wem gegenüber sollen Ärzt:innen aus dem niedergelassenen Bereich ihre erbrachten Leistungen abrechnen und nach welchem Entlohnungssystem (Kasse oder privat) bzw nach welchem Tarif werden sie entlohnt?

Der Leistungsgegenstand bzw die Anforderungen an die Leistungserbringung werden in der zweiten Stufe konkretisiert. Nur sofern der Leistungsabruf über Los 2 erfolgt, werden Kosten durch den Auftraggeber selbst getragen.

90: Sollen die in Los 1 bzw Los 2 enthaltenen medizinischen Leistungen vom Auftragnehmer des betreffenden Loses im Wege (bestehender oder künftiger) Direktverrechnungsvereinbarungen abgewickelt werden?

Nein, Kosten, die durch Leistungsabrufe aus Los 1 oder Los 2 entstehen, werden durch den Auftraggeber selbst getragen.“

4. Die Antragstellerin betreibt eine Gruppenpraxis für [...]. Sie hat mit sämtlichen Sozialversicherungsträgern Kassenverträge. Pro Monat werden in der Ordination der Antragstellerin [...] Endoskopien durchgeführt. Herr Dr. B., einer der Gesellschafter der antragstellenden OG, ist seit 25 Jahren in der C. (im Folgenden: C.) als Fachgruppenobmann tätig. Die Antragstellerin führt keine der Leistungen durch, die in der Ausschreibung hinsichtlich Los 1 genannt werden. Sie ist daher aktuell nicht im Stande, die von ihr nicht angefochtenen Eignungsanforderungen (insbesondere bezüglich der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Punkt 7.5.1. [i] und [ii] sowie 7.5.3. der Ausschreibung) im Hinblick auf dieses Los selbst zu erfüllen. Sie hat auch nicht plausibel gemacht, dass sie diese Voraussetzungen bis zum Ende der Teilnahmefrist durch geeignete Subunternehmer oder durch Eingehen einer Bewerbergemeinschaft erfüllen kann.

5. Der Auftraggeber hat ein jährliches Budget in Höhe von ca. € 4 Mrd. Mit entsprechender Berücksichtigung der Inflation und Zinsen entsprechen dem ca. € 40 Mrd. für die Projektlaufzeit.

Die Wiener Landeszielsteuerungskommission hat in ihrer Sitzung am 16.6.2023, wobei an dieser Sitzung neben Vertretern des Landes Wien und der Träger der Sozialversicherung auch ein Vertreter des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz teilgenommen haben (zwei Mitglieder waren entschuldigt), den Projektplan für die vorliegende Ausschreibung beschlossen („Pilotprojekt für ein populationsbezogenes Darmkrebs-Screening in Wien – Phase 1: Vorbereitung, Ausschreibung und Beauftragung“). Der Beschluss ist einstimmig gefasst worden, der Bundesminister für Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz hat kein Veto gegen diesen Beschluss eingelegt. Dabei wurde festgehalten, dass für die 1. Phase ein Budget in der Höhe von 100.000 Euro für den Zeitraum von 1.7.2023 bis 31.3.2024 erforderlich ist. In Bezug auf den gefassten Beschluss in der Wiener Zielsteuerungskommission war klar, dass die konkrete Finanzierung jedenfalls im Nachhinein beschlossen wird. Dabei ging es nur um die konkrete Höhe, nicht aber um die Frage der Finanzierung als solche, diese stand nicht in Frage. Dem Beschluss liegen all jene Elemente von der Größenordnung und vom Umfang zu Grunde, die letztlich in die Ausschreibung gemündet sind.

An den ausgeschriebenen Leistungen können nicht nur Versicherte, sondern die gesamte Wiener Bevölkerung unabhängig vom Versicherungsstatus teilnehmen.

III. Beweiswürdigung

1. Die Feststellungen zu Punkt II.1. bis II.3. sind unstrittig und stützen sich auf den Vergabeakt (insbesondere hinsichtlich Ausschreibung[sbestimmungen] und Fragebeantwortungen). Weiters gründen die Feststellungen zum geschätzten Auftragswert auf die schriftlichen Angaben des Auftraggebers.

2. Die Feststellungen zu Punkt II.4. stützen sich im Hinblick auf die Tätigkeit der Antragstellerin als Gruppenpraxis für [...] insbesondere auf ihre Angaben in der Verhandlung. Dass die Antragstellerin keine der Leistungen durchführt, die in der Ausschreibung hinsichtlich Los 1 genannt werden (Projektmanagement, Kommunikationskonzept sowie professionelle Kommunikationsbegleitung, Bereitstellung von Testkits, Logistikleistungen im Zusammenhang mit F.I.T., Durchführung von Laboranalysen [Auswertung F.I.T.], IT, Telemedizinische Beratung, Schnittstelle zur Nachfolgeuntersuchung bzw. Terminkoordination Koloskopie, Schnittstelle zur Terminkoordination Koloskopie) ergibt sich daraus, dass dies weder von der Antragstellerin vorgebracht wurde noch aus den äußeren Umständen hervorgeht. Daraus folgt auch, dass die Antragstellerin die von ihr nicht angefochtenen Eignungsanforderungen im Hinblick auf dieses Los (insb. Punkt 7.5.1. [i] und [ii] sowie 7.5.3. der Ausschreibung) nicht selbst erfüllen kann, was im Verfahren unstrittig geblieben ist. Sie hat zwar behauptet, dass in Gesprächen/Kontakten mit anderen auch erörtert worden sei, in welcher Form eine Teilnahme angestrebt werde(n könne), also ob man eine Bewerbergemeinschaft eingehen oder als Subunternehmer teilnehmen solle, um die Anforderungen für die Leistungserbringung bestmöglich zu erfüllen, dies aber nicht plausibilisiert. Die Antragstellerin konnte entgegen ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung vom 25.1.2024, wonach dies – also die behaupteten Gespräche mit anderen Unternehmern bezüglich des Eingehens von Kooperationen – „auch auf schriftliche[m] Wege nachgewiesen werden“ könne, eben keine solche schriftlichen Nachweise beibringen. Vielmehr legte sie lediglich E-Mails samt von den Absendern vorgelegte Vertragsentwürfe vor, aus denen hervorgeht, dass die Antragstellerin gemeinsam mit diversen anderen Adressaten – u.a. solche mit E-Mailadressen der C. – von Unternehmern, die sich an der Ausschreibung beteiligen wollen und ausschließlich auf der Suche nach Subunternehmern für die Erbringung von in Los 2 nachgefragten Leistungen sind, angeschrieben wurde. Aus den vorgelegten Unterlagen geht jedoch weder hervor, dass die Antragstellerin auf eines der u.a. an sie adressierten E-Mails geantwortet

und damit Interesse bekundet hätte, als Subunternehmerin betreffend Los 2 für diese Unternehmer tätig zu werden, noch lassen sich Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass mit der Antragstellerin hinsichtlich der Leistungen in Los 1 Kooperationsgespräche geführt oder Bewerbergemeinschaften angedacht wurden. Folglich konnte die Antragstellerin weder plausibel machen noch darlegen, dass sie innerhalb der noch für kurze Zeit offenen Teilnahmefrist die Eignung hinsichtlich Los 1 erreichen kann.

Die Feststellungen zu Punkt II.5. stützen sich auf die im Akt einliegenden Unterlagen betreffend die Beschlussfassung der Wiener Zielsteuerungskommission, die vorgelegten Unterlagen betreffend den Projektplan sowie auf die glaubwürdigen Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung. Von der seitens der Antragstellerin beantragten Zeugeneinvernahme des Dr. D., welche sich auf dessen Aussagen anlässlich einer Teilnahme an einer Sitzung der Wiener Gesundheitsplattform richtet, konnte daher abgesehen werden.

IV. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien

1.1. Gemäß § 1 WVRG 2020 regelt das WVRG 2020 insb. die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die in den Vollziehungsbereich des Landes Wien fallen (Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG).

1.2. Aus § 1 WVRG 2020 ergibt sich unter anderem, dass das Verwaltungsgericht Wien dann unzuständig und ein Nachprüfungsantrag zurückzuweisen ist, wenn der abzuschließende Vertrag nicht dem BVergG 2018 (bzw. dem BVergGKonz 2018, dem BVergGVS 2012 oder der VO [EG] Nr. 1370/2007) unterliegt (im vergleichbaren Kontext des BVergG 2006 siehe VwGH 16.10.2013, 2010/04/0092; vgl. auch VfSlg. 17.367/2004). In einem solchen Fall ist das Verwaltungsgericht auch dann unzuständig, wenn in den Ausschreibungsunterlagen die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes vorgesehen ist, weil sich die Anwendbarkeit des BVergG 2018 an sich sowie die Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte einer gestaltenden Festlegung durch den Auftraggeber entziehen (vgl. VwSlg. 18.514 A/2012; VwGH 16.10.2013, 2010/04/0092; 23.6.2022, Ra 2019/04/0076).

1.3. Die Antragstellerin erachtet in ihrem Nachprüfungsantrag die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien zwar für gegeben; u.a. sei in der Ausschreibung

das Verwaltungsgericht Wien als zuständige Vergabekontrollstelle angeführt. Gleichzeitig verweist sie aber auf die Gesamtvertragsregelungen des ASVG, die im vorliegenden Fall einschlägig seien. Die Ausschreibung greife nämlich insofern in das sozialversicherungsrechtlich geregelte Leistungsgefüge ein, als sie für den Fall gelten solle, in dem ein Termin zur Koloskopie im niedergelassenen Bereich, also dem durch ASVG geregelten Bereich, nicht innerhalb von 14 Tagen ab positivem F.I.T. stattfinden könne. Die vom niedergelassenen Bereich zur Durchführung von Koloskopien geltenden ärztlichen Leistungen seien allerdings gesamtvertraglich entsprechend den Bestimmungen des ASVG geregelt. Aus diesen würde sich ergeben, dass die Bestimmungen des BVergG 2018 auf die gegenständliche Beschaffung nicht zur Anwendung gelangen könnten. Sofern die gegenständlich zu beschaffenden Leistungen im Wege der Direktverrechnung abgewickelt würden, wovon auszugehen sei, dann sei auch höchstgerichtlich klargestellt, dass die Beschaffung nicht dem BVergG 2018 unterliege. Folglich sei die Ausschreibung rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

1.4. Würde dieses Vorbringen, wonach die Beschaffung nicht dem BVergG 2018 unterliege, zutreffen, wäre die Ausschreibung nicht aus diesem Grund für nichtig zu erklären. Vielmehr hätte dies zur Konsequenz, dass die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien trotz entsprechender Festlegung in der Ausschreibung nicht gegeben und der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen wäre.

Folglich ist zu prüfen, ob das Verwaltungsgericht Wien für die Behandlung des Nachprüfungsantrages zuständig ist:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber nicht Normadressat der Bestimmungen des ASVG im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtlichen Gesamtverträge ist (siehe § 341 Abs. 1 ASVG). Mit der vorliegenden Ausschreibung werden auch keine Direktverrechnungsverträge ausgeschrieben. Der Auftraggeber hat dies in der am 19.12.2023 veröffentlichten Fragebeantwortung klargestellt (Frage 90). Dazu kommt insbesondere und wesentlich, dass die Ausschreibung konkrete inhaltliche Regelungen über die Anforderungen an die zu erbringenden Leistungen enthält. Folglich liegt entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kein Direktverrechnungsvertrag vor (siehe VwSlg. 17.801 A/2009; 17.844 A/2010). Diese zu erbringenden Leistungen sind als Dienstleistungsaufträge iSd § 7 BVergG 2018 zu qualifizieren, wobei es sich um besondere Dienstleistungsaufträge gemäß Anhang XVI des BVergG 2018 handelt. Da auch

kein Ausnahmetatbestand des § 9 BVergG 2018 einschlägig ist, sind auf die nachgefragten Leistungen die Bestimmungen des BVergG 2018 anzuwenden und folglich ist auch die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien gegeben.

1.5. Von der Frage, ob das BVergG 2018 auf den vorliegenden Beschaffungsvorgang anwendbar ist, ist die von der Antragstellerin aufgeworfene Frage zu unterscheiden, ob der Auftraggeber rechtlich dazu befugt ist, die gegenständlichen Leistungen zu beschaffen. Dies stellt eine Frage dar, die auf der Ebene der inhaltlichen Begründetheit zu prüfen ist.

2. Zur Antragslegitimation der Antragstellerin

2.1. Gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nichtigkeitserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern 1. sie oder er ein Interesse am Abschluss eines Vertrages behauptet, dessen Nachprüfung gemäß § 1 dieses Landesgesetzes in den Vollziehungsbereich des Landes Wien fällt, und 2. ihr oder ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

2.2. Mit diesen Voraussetzungen sollen „Popularanträge“ ausgeschlossen werden; es sind daher nur jene Unternehmer antragslegitimiert, die den Auftrag erhalten wollen (vgl. VwSlg. 17.842 A/2010). Jene Anträge, die offenkundig ohne subjektiv-vergaberechtlichen Bezug des Antragstellers zu einem Vergabeverfahren gestellt werden, das heißt, bei denen aus der Vergabeentscheidung dem Antragsteller keinesfalls ein Schaden erwachsen kann, sind folglich unzulässig. Dahinter steht der Gedanke, dass ein Nachprüfungsverfahren der Durchsetzung subjektiver Interessen und daraus resultierender Teilnahmerechte eines Bieters bzw. eines Bewerbers dienen soll, nicht aber der Sicherung der objektiven Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens (VfSlg. 16.391/2001; vgl. auch VwGH 6.3.2013, 2010/04/0037).

Die beiden Tatbestandselemente „Interesse am Vertragsabschluss“ und „entstandener oder drohender Schaden“ sind kumulativ zu erfüllen; bei deren Fehlen ist der Antrag zurückzuweisen. Die Antragslegitimation setzt somit voraus, dass die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Die Antragslegitimation ist

somit dann nicht gegeben, wenn selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit die Situation des Antragstellers nicht verbessert würde. Vor diesem Hintergrund erfordert auch die Bejahung der Antragslegitimation das Vorliegen eines Tatsachenvorbringens seitens des Antragstellers, das die Möglichkeit eines Schadenseintrittes wegen Vorliegens der in Nachprüfung gezogenen Vergaberechtswidrigkeit plausibel macht, wozu auch die Erkennbarkeit eines Kausalzusammenhangs zwischen der ins Treffen geführten Rechtswidrigkeit und dem behaupteten Schaden gehört (vgl. VwGH 19.5.2020, Ra 2018/04/0164 im Kontext des WVRG 2014).

Der Antragsteller hat für die Antragslegitimation gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 ein entsprechendes Interesse und einen (drohenden) Schaden in plausibler Weise zu dokumentieren (vgl. VwSlg. 19.266 A/2015 iZm einem Feststellungsverfahren, wobei die dazu ergangene Rechtsprechung für Nachprüfungsverfahren relevant ist; zur grundsätzlichen Übertragbarkeit siehe insb. auch VwGH 1.10.2018, Ra 2015/04/0060 iZm einem Nachprüfungsantrag, Rz 22 ff., insb. Rz 27).

Bei der Beurteilung der Antragslegitimation im Rahmen einer Plausibilitätsprüfung können alle maßgeblichen vorgebrachten Umstände in der Person des Antragstellers, die Eigenart des Leistungsgegenstandes und die vom Auftraggeber gestellten Anforderungen berücksichtigt werden. Im Hinblick auf die Darlegung der Voraussetzungen des Interesses und des Schadens durch den Antragsteller besteht somit zwar keine generelle Verpflichtung zur Erbringung bestimmter Nachweise, es kann aber auch keine generelle Unzulässigkeit des Einforderns einer bestimmten Glaubhaftmachung postuliert werden. Die Anforderungen an die Plausibilisierung der eigenen Antragslegitimation richten sich dabei nach den konkreten Umständen des Einzelfalles (siehe zB VwSlg. 18.158 A/2011; weiters etwa VwGH 7.3.2017, Ra 2017/04/0010; 1.10.2018, Ra 2015/04/0060).

Sofern ein Unternehmer die Ausschreibung wegen behaupteten rechtswidrigen Inhalts anfechten will, weil er dadurch an der Teilnahme am Verfahren gehindert werde, kann im Hinblick auf das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes nicht verlangt werden, dass dieser Unternehmer, um die Antragslegitimation zu erhalten, ein aussichtsloses Angebot legt bzw. einen aussichtslosen Teilnahmeantrag stellt. Aber auch in einem solchen Fall hat ein Unternehmer sein Interesse am späteren Abschluss sowie den (drohenden) Schaden plausibel darzulegen (vgl. VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128; vgl. auch *Thienel*, Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7 [10]).

Im Hinblick auf die Eigenart des Leistungsgegenstandes und die vom Auftraggeber gestellten (Eignungs-)Anforderungen ist aber zu berücksichtigen, dass nicht der Nachweis erforderlich ist, dass der Antragsteller bereits über die geforderte Eignung verfügt. Vor Abgabe eines Angebotes bzw. Stellung eines Teilnahmeantrages kann die Angebots- bzw. Teilnahmeantragsfrist auch dafür genutzt werden, die Erfüllung der geforderten Eignungsanforderungen erst herzustellen. Es ist daher keine zukunftsgerichtete Eignungsprüfung anzustellen. Zulässig und geboten ist es aber auch in dieser Hinsicht, unter Berücksichtigung der dargelegten Parameter eine Plausibilitätsprüfung vorzunehmen (siehe zB VwGH 1.10.2018, Ra 2015/04/0060 iZm einem Nachprüfungsantrag; vgl. auch zB VwSlg. 19.266 A/2015; VwGH 7.6.2022, Ra 2021/04/0014; 21.10.2022, Ra 2019/04/0046, jeweils iZm einem Feststellungsantrag und den vergleichbaren Ausführungen, dass bei einem Feststellungsantrag keine rückwirkende Eignungsprüfung vorzunehmen ist).

Bestehen gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass ein Unternehmer nicht in der Lage ist, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen bzw. ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen, hat es der Verwaltungsgerichtshof nicht als hinreichend erachtet, dass die Plausibilität des Vorbringens zu Schaden und Interesse an der Auftragserteilung nur unter Verweis auf den Geschäftszweig geprüft und allein aus diesem Grund ein (drohender) Schaden bejaht wurde; vielmehr wäre eine weitergehende Prüfung erforderlich gewesen (vgl. VwGH 17.6.2014, 2012/04/0032; 1.10.2018, Ra 2015/04/0060; VwSlg. 19.266 A/2015). Ist ein Antragsteller nicht in der Lage, die nachgefragte Leistung in ihrer Gesamtheit zu erbringen, kann ihr, wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt dargelegt hat, ein Schaden nicht entstehen oder drohen (siehe zB VwGH 26.2.2014, 2011/04/0168). Die Möglichkeit, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen bzw. den Zuschlag zu erhalten, kann dann nicht beeinträchtigt werden, wenn davon auszugehen ist, dass der Antragsteller die auftragsgegenständliche Leistung nicht vollständig erbringen kann (VwSlg. 18.788 A/2014). Der Verwaltungsgerichtshof hat es in mehreren Fällen auch nicht beanstandet, wenn das Verwaltungsgericht eine bloß ins Treffen geführte Kooperationsmöglichkeit, um die geforderte Eignung zu erbringen, dann nicht als ausreichend für die Antragslegitimation angesehen hat, wenn diese Kooperation nicht entsprechend plausibel gemacht wurde, etwa wenn keine Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Eingehen einer Kooperation existierte (VwGH

7.3.2017, Ra 2017/04/0010) oder wenn lediglich vorgebracht wurde, zur Leistungserbringung auf geeignete Dritte zugreifen zu können (VwGH 7.6.2022, Ra 2021/04/0014). Ob die Möglichkeit der Leistungserbringung plausibel dargelegt wird, erfordert eine Prüfung im Einzelfall (*Mayr*, Kontrolle und Rechtsschutz, ÖZW 2020, 188, Punkt B.)

Eine offenkundig fehlende Eignung kann aber dann nicht erfolgreich gegen die Antragslegitimation ins Treffen geführt werden, wenn es um einen Antrag auf Nichtigerklärung einer Ausschreibung aufgrund behauptetermaßen rechtswidriger Eignungsanforderungen geht. Vielmehr ist ein Unternehmer berechtigt, ein Nachprüfungsverfahren unmittelbar gegen diese aus seiner Sicht diskriminierenden Spezifikationen einzuleiten (grundlegend EuGH 12.2.2004, C-230/02, *Grossmann Air Service*, Rz 27 ff.; siehe auch EuGH 28.11.2018, C-328/17, *Amt Azienda Trasporti e Mobilità u.a.*; VwGH 26.9.2012, 2008/04/0161; 21.11.2018, Ra 2016/04/0115; 3.8.2023, Ra 2020/04/0134).

2.3. Die Antragstellerin bringt im Nachprüfungsantrag in Bezug auf ihre Antragslegitimation auf das Wesentliche zusammengefasst vor, dass sie als Facharztordination großes Interesse an der Erbringung der von der Ausschreibung umfassten Leistungen sowie am Abschluss des Vertrages habe. Die Fortführung des nach Auffassung der Antragstellerin rechtswidrigen Vergabeverfahrens würde ihr die Möglichkeit nehmen, sich am Verfahren zu beteiligen. Dies würde ihr wiederum die Chance nehmen, dass der Vertrag mit ihr abgeschlossen werde und folglich drohe ihr auch ein Schaden im Hinblick auf einen entgangenen Gewinn in branchenüblicher Höhe sowie der Verlust eines Referenzprojekts. In ihrer Stellungnahme vom 11.1.2024 führt die Antragstellerin weiters aus, dass sie in ihrem Nachprüfungsantrag eine Vielzahl von Rechtswidrigkeiten aufgezeigt habe, die sie wie jeden anderen Bewerber an einer Teilnahme am Verfahren hindern würden. Die Anfechtung der Ausschreibung u.a. mit der Begründung, dass diese in der gewählten Form vergaberechtlich gar nicht zulässig sei, sei ihr zuzugestehen. Folge man der Argumentation des Auftraggebers, dürfte eine Ausschreibung aus diesem Rechtsgrund niemals angefochten werden, was dem Grundsatz des effektiven vergaberechtlichen Rechtsschutzes diametral entgegenstehen würde. Darüber hinaus sei eine Beteiligung an einer rechtswidrigen Ausschreibung zur Wahrung der Antragslegitimation vergaberechtlich nicht geboten. Dazu komme, dass die Frist zur Legung von Teilnahmeanträgen im gegenständlichen Verfahren noch gar nicht abgelaufen

sei. Sollte die Ausschreibung nicht für nichtig erklärt werden, könnte sich die Antragstellerin bis zur mitgeteilten Frist am Vergabeverfahren beteiligen. Die Antragstellerin betreibe ein auf Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen spezialisiertes und dazu befugtes Unternehmen. Sie verfüge über Kassenverträge mit allen Sozialversicherungsträgern und habe ein evidenten Interesse daran, dass die hier ausgeschriebenen Leistungen rechtskonform beschafft würden. Es fehle jedoch dem Auftraggeber an der rechtlichen und finanziellen Befugnis, die ausgeschriebenen Leistungen rechtskonform zur Vergabe zu bringen. Bereits aus diesem Grund des fehlenden Vergabewillens könne die fehlende Beteiligung am Vergabeverfahren nicht dazu führen, der Antragstellerin die Antragslegitimation abzuerkennen. Sie habe durch die Einbringung des Nachprüfungsantrages alle notwendigen Schritte unternommen, um ihre Chance auf Erhalt eines rechtskonform ausgestalteten Auftrags zu wahren. Einem Antragsteller könne der Aufwand, einen aussichtslosen Teilnahmeantrag auf Grundlage einer behauptet rechtswidrigen Ausschreibung auszuarbeiten, nicht zugemutet werden. Dies gelte insbesondere dann, wenn wie hier die Antragstellerin eine Diskriminierung durch die Festlegungen der Ausschreibung vorbringt. In der Ausschreibung würden nämlich Ärzt:innen des niedergelassenen Bereichs diskriminiert, da festgelegt sei, dass keine Übernahme von Leistungen aus dem niedergelassenen Bereich angestrebt werde. Damit impliziere der Auftraggeber, dass die Rahmenvereinbarungen nicht mit Ärzt:innen aus dem niedergelassenen Bereich abgeschlossen werden sollen. Sämtliche freiberuflich tätige Kassen-, Wahl- und Privatärzt:innen, würden damit gegenüber anderen Bewerbern, wie insbesondere Krankenanstalten, diskriminiert. Die Antragstellerin begehre auch keine objektive Rechtmäßigkeitskontrolle. Vielmehr stelle die gesetzeskonforme Ausschreibungsgestaltung ein subjektives Recht dar. Die Antragstellerin könne sich auch deshalb nicht am Verfahren beteiligen, weil eine erzwungene Beteiligung mit verfassungsgerichtlich geklärten Grundsätzen konfliktieren würde, wonach die Beschaffung und Sicherstellung ärztlicher Leistungen zur Bedeckung des Grundbedarfs des Abschlusses von Direktverrechnungsvereinbarungen zur Erbringung der von den Trägern der Sozialversicherung (mit)finanzierten ärztlichen Leistungen nicht dem Vergaberecht, sondern dem Sozialversicherungsrecht (§§ 338 ff. ASVG) unterliegen würde. Die Ausschreibung ärztlicher Leistungen nach dem BVergG 2018 oder einem anderen „zweistufigen Vergabeverfahren sui generis“ durch den Auftraggeber sei rechtswidrig. Ein sol-

ches Vorbringen vermittele auch die erforderliche Antragslegitimation, weil ansonsten ein Antragsteller eine solche Rechtswidrigkeit nie in einem Nachprüfungsverfahren aufzeigen könnte. Zudem könnten auch andere Normen als jene des Vergaberechts die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung begründen.

In der mündlichen Verhandlung zu seinem Interesse am Verfahren befragt, führte Herr Dr. B. für die Antragstellerin ergänzend zum bisherigen Vorbringen aus, dass er als niedergelassener Arzt [...] Endoskopien pro Monat durchführe und auch seit 25 Jahren in der C. als Fachgruppenobmann tätig sei. Das Interesse der Antragstellerin und der C. sei deswegen gleich gelagert, weil beide wollten, dass die Leistungen ASVG-konform nachgefragt und durchgeführt würden. Die Antragstellerin wolle die Leistungen gegenüber den Patienten erbringen, was aber nicht möglich sei, wenn der Auftraggeber diese Leistungen entgegen den Bestimmungen des ASVG nachfrage. Wenn festgestellt würde, dass die Ausschreibung rechtskonform wäre, dann würde sich die Antragstellerin selbstverständlich am Verfahren beteiligen. Da es der Antragstellerin nicht möglich sei einzuschätzen, wie sie neben den Kassenverträgen die unklar definierten Leistungsverpflichtungen erfüllen könne, sei ihr eine Teilnahme am Verfahren nicht möglich. Ein großer Schaden entstünde für die Antragstellerin in ihrer Funktion als Arztpraxis auch deswegen, weil ihr – etwa durch einen Großinvestor, der diese ausgeschriebenen Leistungen erfüllen würde – Patienten abhandenkommen würden. Besonders verärgert habe Herr Dr. B., dass er mehrere Wochen lang immer wieder an Sitzungen des Auftraggebers teilgenommen und dort die Bedenken der Ärzteschaft vorgetragen habe, wobei diese Bedenken nicht aufgegriffen worden seien. Vielmehr habe man das Projekt einfach durchgezogen. Er sei als Kassenarzt verpflichtet, die Kassenverträge zu erfüllen. Außerhalb dieser Zeiten könne er natürlich ärztlich tätig sein, wobei er sich nur in dem Umfang an der ausgeschriebenen Leistung beteiligen könne, in dem er nicht durch die vertraglichen Verpflichtungen gegenüber den Sozialversicherungsträgern daran gehindert sei. Als Kassenarzt sei er durch die Ausschreibung wesentlich diskriminiert, weil er de facto und de iure gehindert sei, sich am Verfahren zu beteiligen. Die Interessen als Arzt und als Fachgruppenobmann in der C. seien, so erklärte Herr Dr. B. für die Antragstellerin, insofern gleichgelagert, als auch die anderen Ärztekollegen fürchteten, dass ihnen Patienten abhandenkommen und sie dadurch Umsätze verlieren würden. Es sei das erste Mal, dass

ärztliche Leistungen als Investorenleistungen ausgeschrieben würden. Im Vertrauen auf die Gesamtverträge seien erhebliche Investitionen getätigt worden, um die Verpflichtungen gegenüber den Kassen zu erfüllen. Des Weiteren schilderte die Antragstellerin, mit welchen anderen Personen bzw. Unternehmern im Hinblick auf eine mögliche Leistungserbringung Gespräche geführt worden seien, die u.a. bei Logistikleistungen behilflich sein könnten und mit deren Hilfe auch bezüglich Los 1 die Mindestanforderungen in den Eignungskriterien jedenfalls erfüllt würden. Die Antragstellerin gab an, schriftliche Nachweise über diese Gespräche/Kontakte bis zum nächsten Verhandlungstermin vorzulegen.

Mit Schriftsatz vom 29.1.2024 führte die Antragstellerin aus, dass bei diesen Gesprächen/Kontakten erörtert worden sei, in welcher Form eine Teilnahme angestrebt werde bzw. werden könne, also ob man eine Bewerbergemeinschaft eingehen oder als Subunternehmer teilnehmen solle, um die Anforderungen für die Teilnahme bestmöglich zu erfüllen. Die Antragstellerin legte zudem E-Mails samt den von den Absendern angehängten Vertragsentwürfen hinsichtlich einer Subunternehmertätigkeit betreffend Los 2 der Ausschreibung vor, aus denen (lediglich) hervorgeht, dass neben einigen anderen auch die Antragstellerin von Unternehmern, die sich an der Ausschreibung beteiligen wollen und auf der Suche nach Subunternehmern für die Erbringung von in Los 2 nachgefragten Leistungen sind, angesprochen wurde.

2.4. Der Auftraggeber hält die Antragslegitimation der Antragstellerin für nicht gegeben. Dazu bringt er im Wesentlichen vor, dass die Antragstellerin kein Interesse am Vertragsabschluss habe. Mit der Behauptung, dass die ausgeschriebenen Leistungen nicht in einem Vergabeverfahren nach den Bestimmungen des BVergG 2018 beschafft werden dürften, zeige die Antragstellerin, dass sie vielmehr bestrebt sei, der gegenständlichen Beschaffung dauerhaft einen rechtlichen Riegel vorzuschieben. Sie könne mit diesem Vorbringen denklogisch kein Interesse an der Ausschreibung bzw. am Auftrag haben. Dass die Antragstellerin die gegenständliche Beschaffung dauerhaft verhindern wolle, zeige sich mit Blick auf ihr Einverständnis mit der C., deren erklärtes und auch dem Auftraggeber kommuniziertes Ziel die Verhinderung der Ausschreibung der Leistungen an sich sei. Die Antragstellerin werde von der C. als „Strohmann“ nur „vorgeschoben“. Dazu komme, dass der Nachprüfungswerber, Herr Dr. B., als Funktionär der C. agiere. Zudem

habe die C. im Vorfeld der Ausschreibung in Gesprächen gegenüber dem Auftraggeber offen angekündigt, dass sie das gegenständliche Projekt blockieren wolle und notfalls auch den Rechtsweg bestreiten werde. In ihrer Mitgliederzeitung habe die C. nach Einbringung des Nachprüfungsantrages bestätigt, dass sie selbst die Ausschreibung bekämpft habe. Darüber hinaus bestehe bei der Antragstellerin und der C. eine Einheit der rechtsfreundlichen Vertretung. Dass die C. die Antragstellerin im Verfahren finanziell unterstütze, erfolge ohne gesetzliche Grundlage, da die Förderung des (kommerziellen) Interesses bloß eines Kammermitgliedes dem gesetzlichen Auftrag widerspreche. Nur dann, wenn die Antragstellerin kein kommerzielles Interesse hätte, wäre eine finanzielle Unterstützung zulässig. Dies würde aber den Umstand unterstreichen, dass die Antragstellerin gerade kein Interesse am Auftrag habe. Alle diese Tatsachen würden belegen, dass die Antragstellerin kein Interesse an einem Vertragsabschluss habe und ihr in weiterer Folge auch kein Schaden entstanden sei bzw. kein Schaden drohe.

2.5. Aus all dem folgt für die Antragslegitimation, die hinsichtlich der Lose 1 und 2 getrennt zu beurteilen ist, Folgendes:

2.5.1. Zunächst vermittelt die Behauptung, dass die ausgeschriebenen Leistungen nicht dem BVergG 2018 unterliegen würden, sondern nach den gesamtvertragsrechtlichen Bestimmungen des ASVG zu beschaffen seien, der Antragstellerin keine Antragslegitimation. Der Verwaltungsgerichtshof hat zwar mehrfach festgehalten, dass die Behauptung eines rechtswidrig gewählten, im BVergG vorgesehenen Verfahrenstypus einem Unternehmer grundsätzlich die entsprechende Antragslegitimation für einen Nachprüfungsantrag vermittelt (siehe zB VwSlg. 18.158 A/2011). Trifft ein solches Vorbringen zu, hat das Verwaltungsgericht dem Antrag stattzugeben und die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären. Das Vorbringen der Antragstellerin unterscheidet sich aber von diesen Fällen wesentlich dadurch, dass – würde ihr Vorbringen zutreffen – dieser Antrag bereits mangels Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes zurückzuweisen wäre. Insofern ist es rechtlich unmöglich, dass durch die Behauptung, das BVergG 2018 wäre nicht anwendbar, eine Antragslegitimation bejaht werden kann. Vielmehr ist für eine solche Behauptung, wie der Auftraggeber grundsätzlich zutreffend einwendet, der Zivilrechtsweg zu beschreiten.

2.5.2. Wenn der Auftraggeber vorbringt, dass die Antragstellerin nur von der C.

„als Strohmännchen“ vorgeschoben worden sei und diese nur bestrebt sei, die Ausschreibung dauerhaft zu verhindern, weshalb kein Vertragsabschlussinteresse bestehe, so ist der Auftraggeber mit dieser Behauptung – für sich gesehen – nicht im Recht. Zwar sind im Rahmen der vorzunehmenden Plausibilitätsprüfung auch Umstände in der Person des Antragstellers zu berücksichtigen, die wie hier, siehe sogleich, eine weitergehende Prüfung erfordern. Aber im Lichte der hinreichend plausiblen Angaben der Antragstellerin, sich im Falle der Feststellung der vergaberechtlichen Konformität an der Ausschreibung zu beteiligen, konnte die Antragstellerin für das Verwaltungsgericht ausreichend plausibel darlegen, dass sie ein entsprechendes Interesse an der Durchführung von Koloskopien im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung hat.

2.5.3. Ebenfalls trifft es zu, dass im Falle der Anfechtung von behauptetermaßen diskriminierender Bestimmungen ein Nachprüfungsantrag unmittelbar in Bezug auf diese Bestimmungen zulässig ist. Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin im Verfahren entsprechend eingewendet, dass niedergelassene Ärzte wie die Antragstellerin insofern diskriminiert seien, als diese von der Leistungserbringung ausgeschlossen seien. Diese Behauptung an sich erweist sich von vornherein als unbegründet, als ein verständiger potentieller Bewerber erkennen kann, dass diese Ausschreibungsfestlegung offenkundig nicht richtig gedeutet wurde. Zudem hat der Auftraggeber in der am 19.12.2023 veröffentlichten Fragenbeantwortung klargestellt, dass niedergelassene Ärzte nicht von der Erbringung der Leistungen ausgeschlossen sind (Fragen 57 und 58). Eine Behauptung, der jedenfalls angesichts der Klarstellung des Auftraggebers unzweifelhaft erkennbar keine Berechtigung zukommen kann, ist aber auch nicht geeignet, die entsprechende Antragslegitimation zu vermitteln. Zudem wäre dies lediglich in Bezug auf Los 2 relevant, wobei in dieser Hinsicht ohnehin die Antragslegitimation der Antragstellerin, siehe sogleich, bejaht wird.

2.5.4. Der Antragstellerin ist auch zuzustimmen, dass es für die Darlegung der eigenen Antragslegitimation vor Ablauf der Teilnahmefrist nicht erforderlich ist, einen Teilnahmeantrag zu stellen, wenn entsprechende Rechtswidrigkeiten behauptet werden. Dennoch ist die Antragslegitimation auch in diesem Fall entsprechend zu plausibilisieren, ansonsten stünde es entgegen dem ausdrücklichen gesetzgeberischen Ziel einem unbeschränkten Personenkreis offen, jede Ausschreibung mit dieser Behauptung zulässigerweise mittels eines Nachprüfungsantrages

zu bekämpfen.

2.5.5. *Zur Plausibilitätsprüfung im Konkreten*

2.5.5.1. Einzelne Ausführungen der Antragstellerin scheinen, wie der Auftraggeber nicht zu Unrecht einwendet, auf eine objektive Rechtskontrolle gerichtet. Zudem hat die C. unstrittig am Nachprüfungsverfahren der Antragstellerin mitgewirkt, wobei einer der beiden Gesellschafter der antragstellenden OG auch als Fachgruppenobmann in der C. tätig ist. Neben diesen Umständen, die die Antragstellerin als solche betreffen, haben auch die Eigenart des Leistungsgegenstandes und die vom Auftraggeber festgelegten (Eignungs-)Anforderungen insbesondere betreffend Los 1 der Ausschreibung eine weitergehende Prüfung erfordert (zur Erforderlichkeit einer weitergehenden Prüfung siehe insb. VwGH 17.6.2014, 2012/04/0032; VwSlg. 19.266 A/2015), weshalb das Verwaltungsgericht die Antragstellerin mit Schreiben vom 2.1.2024 aufgefordert hat, darzulegen und nachzuweisen, inwiefern sie den Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 WVRG 2020 genügt.

2.5.5.2. Im Hinblick auf Los 2 hat die Antragstellerin auf entsprechendes Befragen in der mündlichen Verhandlung trotz mancher, auf objektive Rechtskontrolle anmutender Angaben zumindest hinreichend plausibel darlegen können, dass sie ein entsprechendes Interesse an der Durchführung von Koloskopien im Rahmen der Ausschreibung hat. Da die Antragstellerin mit ihrer Gruppenpraxis für [...] monatlich [...] Endoskopien durchführt, erscheint es für das Verwaltungsgericht im Ergebnis hinreichend plausibel, dass die Antragstellerin hinsichtlich Los 2 sowohl ein entsprechendes Interesse an einem Vertragsabschluss hat als auch, dass ihr durch die vorgebrachten Rechtswidrigkeiten ein entsprechender Schaden droht.

2.5.5.3. Im Hinblick auf Los 1 konnte sie jedoch ein entsprechendes Interesse bzw. insbesondere einen drohenden Schaden nicht plausibel darlegen:

Im Lichte der konkreten Umstände des Einzelfalls hat das Verwaltungsgericht Wien die Antragstellerin bereits im Vorfeld der Verhandlung zur entsprechenden Plausibilisierung aufgefordert. Auch in der mündlichen Verhandlung wurde sie eingehend dazu befragt und ihr wurde damit eine weitere Möglichkeit zur Plausibilisierung geboten. Mit den getätigten Aussagen und den vorgelegten E-Mails konnte die Antragstellerin, die die Leistungen aus Los 1 unstrittig selbst nicht erbringt, aber

nicht plausibel darlegen, inwiefern sie ein Interesse am Vertragsabschluss hinsichtlich Los 1 der Ausschreibung hat und inwiefern ihr durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Schaden droht. Da sie die Leistungen in Los 1 weder in der Vergangenheit selbst erbracht hatte noch gegenwärtig erbringt noch eine entsprechende angedachte Kooperation mit anderen Unternehmern im Hinblick auf Los 1 plausibel darlegen konnte (vielmehr konnte sie nur darlegen, dass andere Unternehmer auf der Suche nach Subunternehmern für Los 2 neben anderen auch an die Antragstellerin herangetreten sind), kann die Antragstellerin die in Los 1 nachgefragte Leistung in ihrer Gesamtheit weder erbringen noch ist davon auszugehen, dass sie ein eigenes Interesse an deren Erbringung im Rahmen des vorliegenden Projekts hat. Daraus folgt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass ihr in dieser Hinsicht auch kein Schaden entstehen oder drohen kann. Daran ändert auch nichts, dass die Teilnahmefrist noch nicht abgelaufen ist, da die Antragstellerin u.a. mangels entsprechender Korrespondenz (vgl. VwGH 7.3.2017, Ra 2017/04/0010) keine Kooperationsbemühungen plausibilisieren konnte, aufgrund derer es für möglich zu erachten wäre, dass die Antragstellerin in der noch für eine kurze Zeitspanne offenen Frist einen Teilnahmeantrag stellen könnte, der den geforderten Eignungskriterien insbesondere im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit genügen würde (zum zeitlichen Aspekt siehe insb. VwGH 1.10.2018, Ra 2015/04/0060), wobei die Antragstellerin die Eignungskriterien in Punkt 7.5.1. (i) und (ii) sowie Punkt 7.5.3. der Ausschreibung hinsichtlich Los 1 nicht angefochten hat.

2.5.5.4. Im Ergebnis ist die Antragslegitimation der Antragstellerin hinsichtlich Los 1 der Ausschreibung nicht gegeben, weshalb der Nachprüfungsantrag in dieser Hinsicht gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 zurückzuweisen ist.

Im Hinblick auf Los 2 ist die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben und der Antrag insgesamt zulässig, weshalb das Vorbringen inhaltlich zu prüfen ist.

3. Zum Vergabewillen des Auftraggebers hinsichtlich Los 2

3.1. Gemäß § 20 Abs. 4 BVergG 2018 sind Verfahren zur Vergabe von Aufträgen und Realisierungswettbewerbe nur dann durchzuführen, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zu vergeben. Der öffentliche Auftraggeber ist jedoch nicht verpflichtet, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden.

3.2. Nach den Erläuterungen soll mit dieser Bestimmung nicht nur eine unverbindliche Markterkundung hintangehalten werden. Vielmehr hat der Auftraggeber aufgrund dieser Bestimmung für die tatsächliche Durchführung vorzusorgen, wozu auch die Vorsorge für die technische und finanzielle Abwicklung gehört; das heißt, dass zB ausreichende budgetäre und personelle Ressourcen für die gesamte Projektdurchführung zur Verfügung stehen müssen. Führt ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren durch, ohne die budgetäre Bedeckung ausreichend zu prüfen, so wird er schadenersatzpflichtig (ErläutRV 69 BlgNR 26. GP, 53).

Daraus leitet der Verwaltungsgerichtshof ab, dass dieser Bestimmung ein subjektives und ein objektives Element innewohnt. Zunächst muss (subjektiv) die Absicht des Auftraggebers vorliegen, den ausgeschriebenen Auftrag auch tatsächlich zu vergeben. Darüber hinaus muss (objektiv) der Auftraggeber rechtlich und wirtschaftlich in der Lage sein, den ausgeschriebenen Vertrag tatsächlich abzuschließen und durchzuführen. Dies setzt neben den in den Materialien genannten personellen und finanziellen Ressourcen zur Abwicklung des Vergabeverfahrens die interne und externe Befugnis der vergebenden Stelle zum Abschluss des betreffenden Vertrags voraus. Wie der zweite Satz des § 20 Abs. 4 BVergG 2018 zeigt, muss diese objektive Voraussetzung jedenfalls im Zeitpunkt der Ausschreibung vorliegen. Daher ist eine Ausschreibung dann gemäß § 20 Abs. 4 BVergG 2018 unzulässig, wenn bereits von vornherein außer Zweifel steht, dass der Auftraggeber rechtlich und wirtschaftlich nicht in der Lage sein wird, die ausgeschriebene Leistung zu vergeben (siehe VwSlg. 18.602 A/2013 im Kontext des BVergG 2006; VwGH 1.2.2024, Ro 2020/04/0020 im Kontext des BVergG 2018).

3.3. Die Antragstellerin bringt auf das Wesentliche zusammengefasst vor, dass das Budget des Auftraggebers lediglich mit € 100.000,- für das vorliegende Projekt festgelegt worden sei; ein Beschluss zur Finanzierung von Abrufen aus dem Projekt im Ausmaß des maximalen Abrufvolumens (gesamt: € [...] Mio.) liege nicht vor. Die Wiener Zielsteuerungskommission habe lediglich den Projektplan beschlossen und nur für die 1. Phase ein Budget in der genannten Höhe beschlossen. Der Finanzierungsbeschluss zur Umsetzung soll erst im März 2024 und somit lange nach Bekanntmachung des Auftrages erfolgen. Zudem ergebe sich aus Art. 10 der Vereinbarung gemäß Artikel 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens (im Folgenden: Art. 15a-Vereinbarung), dass keine ausreichenden finanziellen Mittel zur Verfügung gestellt werden könnten. Zudem sei der

Auftraggeber nicht berechtigt, die Beschaffung ärztlicher Leistungen aus Los 1 und Los 2 durchzuführen. Dem Aufgabenkatalog des § 2 Wiener Gesundheitsfonds-Gesetz 2017 (im Folgenden: WGF-G 2017) sei keine Berechtigung zur Organisation und Durchführung von ärztlichen Leistungen iSd § 2 Abs. 2 ÄrzteG zu entnehmen. Der Auftraggeber sei daher nicht berechtigt, ärztliche Leistungen in einem Vergabeverfahren nach dem BVergG 2018 zu beschaffen, deren Organisation/Erbringung unterliege vielmehr den Regelungen des 6. Teils des ASVG.

3.4. Der Auftraggeber hält dem entgegen, dass die Einrichtung und Dotierung der Landesgesundheitsfonds insbesondere in der Art. 15a-Vereinbarung geregelt und kraft Gesetzes angeordnet sei. Die Landesgesundheitsfonds würden Aufgaben wahrnehmen, die sich aufgrund der partnerschaftlichen Zielsteuerung-Gesundheit auf Landesebene ergeben. Die Finanzierung sei gesetzlich klar festgelegt (Art. 28 Art. 15a-Vereinbarung sowie § 3 WGF-G 2017). Die Durchführung eines Darmkrebs-Screening-Programms sei zweifelsfrei von den in § 2 WGF-G 2017 iVm der Art. 15a-Vereinbarung festgelegten Aufgaben des Auftraggebers umfasst, wobei in der mündlichen Verhandlung präzisiert wurde, dass sich das konkrete Projekt sowohl auf das Wort „insbesondere“ in Zusammenschau mit den Ziffern 11, 12 und 17 des Absatz 1 des § 2 WGF-G 2017 stütze. Der Projektauftrag und -plan hinsichtlich der Durchführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens in Bezug auf Planung, Durchführung und wissenschaftliche Begleitung sowie Evaluation des Darmkrebs-Screening-Programms sei von der Wiener Zielsteuerungskommission beschlossen worden, wobei ersichtlich sei, dass der Beschluss des Projektplans dem budgetären Beschluss vorangestellt worden sei. In der mündlichen Verhandlung führte der Auftraggeber weiters aus, dass ihm ein jährliches Budget in Höhe von ca. € 4 Mrd. zur Verfügung stehe. Hochgerechnet seien das ca. € 32 Mrd., mit entsprechender Berücksichtigung der Inflation und Zinsen wären das ca. € 40 Mrd. für die Projektlaufzeit. Dies könne auch jederzeit nachgewiesen werden. Die finanzielle Deckung sei jedenfalls gesichert. In Bezug auf den gefassten Beschluss in der Wiener Zielsteuerungskommission sei klar gewesen, dass die konkrete Finanzierung jedenfalls im Nachhinein beschlossen werde. Es gehe dabei nur um die konkrete Höhe, nicht aber um die Frage des Ob der Finanzierung. Die Finanzierung sei, wie aus dem Beschluss hervorgehe, eben nicht fraglich gewesen. Die Wiener Gesundheitsplattform, die die Ausschreibung aufgrund des Beschlusses der Wiener Zielsteuerungskommission beschlossen habe, beschließe jährlich auch das Budget des Auftraggebers. Weil die Wiener Gesundheitsplattform die finanzielle Deckung

zu beurteilen habe, habe sie auch die Ausschreibung beschlossen und damit zu verstehen gegeben, dass die Finanzierung gewährleistet sei. Folglich liege der Vergabewille des Auftraggebers vor.

3.5. Im vorliegenden Fall steht der Ausschreibung hinsichtlich Los 2 das Hindernis des § 20 Abs. 4 BVergG 2018 nicht entgegen:

3.5.1. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass bei dieser Beurteilung nach der dargelegten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur dann von einem fehlenden Vergabewillen auszugehen ist, wenn bereits von vornherein außer Zweifel steht, dass der Auftraggeber rechtlich und/oder wirtschaftlich nicht in der Lage sein wird, die ausgeschriebene Leistung zu vergeben. Ob der abzuschließende Vertrag jedoch in jeder Hinsicht mit anderen gesetzlichen Bestimmungen in Einklang steht, ist nicht im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren zu prüfen. Vielmehr wird der Auftraggeber in einem solchen Fall, wie die Erläuterungen bereits klarstellen, schadenersatzpflichtig (vgl. auch *Eilmansberger/Fruhmann*, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel [Hrsg.], BVergG 2006, § 19 Rz 80, wonach, weil diese Bestimmung wesentlich auch dem Schutz der Bieter dient, nicht nur Schadenersatzansprüche aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis, sondern auch wegen Schutzgesetzverletzung iSd §§ 1295 iVm 1311 ABGB bestehen). Das heißt, auch der Gesetzgeber geht grundsätzlich davon aus, dass für rechtliche oder finanzielle Probleme im Zusammenhang mit der Vertragserfüllung dem Bieter primär Schadenersatzansprüche zur Verfügung stehen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist nur dann, wenn der Vertragserfüllung unzweifelhaft bereits im Vorhinein rechtliche und/oder finanzielle Hindernisse entgegenstehen, dies im Rahmen des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens aufzugreifen.

3.5.2. Im Lichte der plausiblen Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung zu seinem Budget und zum Zustandekommen des Beschlusses hinsichtlich des vorliegenden Projekts in Zusammenschau mit dem Beschluss der Wiener Zielsteuerungskommission vom 16.6.2023 sowie den gesetzlichen Grundlagen (Art. 28 Art. 15a-Vereinbarung bzw. § 3 WGF-G 2017) steht im vorliegenden Fall nicht bereits von vornherein außer Zweifel, dass der Auftraggeber wirtschaftlich nicht in der Lage sein wird, die ausgeschriebenen Leistungen zu vergeben. Sofern die Antragstellerin auf Art. 10 Abs. 2 Art. 15a-Vereinbarung bzw. implizit auf § 3 Abs. 2 WGF-G 2017 verweist, ist anzumerken, dass daraus keine Beschränkung der Mittelverwendung ableitbar ist.

3.5.3. Soweit die Antragstellerin die rechtliche Befugnis des Auftraggebers anzweifelt und damit einen fehlenden Vergabewillen in dieser Hinsicht behauptet, ist ihr Folgendes entgegenzuhalten:

3.5.3.1. Da der Auftraggeber kein Normadressat der gesamtvertragsrechtlichen Bestimmungen des ASVG ist und daher die Bestimmungen des ASVG nicht anzuwenden hat, die Leistungen auch nicht im Wege einer Direktverrechnung nachgefragt werden sollen (siehe oben Punkt IV.1.4.) und die Ausschreibung als populationsbezogenes Projekt zudem nicht auf einen Versichertenstatus abstellt, sodass auch vor diesem Hintergrund die Bestimmungen des ASVG nicht einschlägig sind, steht für das Verwaltungsgericht Wien nicht von vornherein unzweifelhaft fest, dass die Ausschreibung unter diesen Gesichtspunkten rechtlich nicht zulässig wäre.

3.5.3.2. § 2 WGF-G 2017 stellt aufgrund des offenen Wortlauts („insbesondere“) zunächst eine taugliche Rechtsgrundlage für die Durchführung des vorliegenden Projekts dar. Wesentlich ist im vorliegenden Fall, dass die Wiener Zielsteuerungskommission als ein von der Art. 15a-Vereinbarung bzw. dem WGF-G 2017 vorgesehenes Organ des Auftraggebers, das sich aus fünf Vertretern des Landes, fünf Vertretern der Sozialversicherung sowie einem Vertreter des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz zusammensetzt und auf Landesebene für die Umsetzung der Zielsteuerung-Gesundheit (mit)verantwortlich ist, das vorliegende Projekt einstimmig beschlossen hat. Dies ist insofern bedeutsam, als für einen Beschluss Einvernehmen zwischen den Vertretern des Landes und den Trägern der Sozialversicherung erforderlich ist (§ 7 Abs. 10 Z 4 WGF-G 2017) und der Vertreter des Bundes über ein Vetorecht gegen Beschlüsse verfügt, die gegen geltendes Recht, die geltende Art. 15a-Vereinbarung, den Zielsteuerungsvertrag oder gegen Beschlüsse der Organe der Bundesgesundheitsagentur verstoßen (§ 7 Abs. 10 Z 5 WGF-G 2017). Im vorliegenden Fall wurde ein solches Veto nicht eingelegt und auch die Vertreter der Träger der Sozialversicherung haben dem Projekt zugestimmt. Im Übrigen hat auch die Wiener Gesundheitsplattform den entsprechenden Beschluss der Wiener Zielsteuerungskommission zur Kenntnis genommen, wenngleich in diesem Kontext der Beschluss der Zielsteuerungskommission als maßgeblich anzusehen ist (vgl. § 6 Abs. 5 Z 2 WGF-G 2017). Aufgrund deren einstimmigen Beschlusses (es haben nicht nur, wie für einen Beschluss erforderlich, die Vertreter der Träger der Sozialversicherung, sondern auch

der Vertreter des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz zugestimmt) haben sowohl die Vertreter der Träger der Sozialversicherung – einem Normadressaten der ASVG-Bestimmungen hinsichtlich der Gesamtverträge – als auch insbesondere der Vertreter des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, dem nach dem ASVG ein entsprechendes Aufsichtsrecht zukommt, zum Ausdruck gebracht, dass das vorliegende Projekt weder gegen geltendes Recht (somit auch nicht gegen die gesamtvertragsrechtlichen Bestimmungen des ASVG), die geltende Art. 15a-Vereinbarung, den Zielsteuerungsvertrag oder gegen Beschlüsse der Organe der Bundesgesundheitsagentur verstößt.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, mit der Ausschreibung würden im Lichte der gesamtvertragsrechtlichen Bestimmungen und der Zielsteuerung-Gesundheit unzulässige Parallelstrukturen geschaffen, die den Zielen der Zielsteuerung-Gesundheit entgegenstünden und daher rechtswidrig seien, kommt vor diesem Hintergrund keine Berechtigung zu. Dieses lässt eben den Umstand unberücksichtigt, dass in der Art. 15a-Vereinbarung bzw. dem WGF-G 2017 durch die Zusammensetzung und den Modus der Beschlussfassung der jeweiligen Organe ein Mechanismus vorgesehen ist, der u.a. darüber entscheidet, ob – wie behauptet – ein Beschluss den Zielen der Zielsteuerung-Gesundheit zuwiderläuft. Die Wiener Landeszielsteuerungskommission, dem von der Art. 15a-Vereinbarung zuständigen und ordnungsgemäß zusammengesetzten Organ, hat den vorliegenden Beschluss gefasst und damit zum Ausdruck gebracht, dass das vorliegende Projekt nicht den Zielen der Zielsteuerung-Gesundheit entgegenstehen.

Im Lichte all dieser Umstände steht für das Verwaltungsgericht nicht bereits von vornherein außer Zweifel, dass der Auftraggeber rechtlich nicht in der Lage sein wird, die ausgeschriebenen Leistungen zu vergeben. Der vorliegenden Ausschreibung hinsichtlich Los 2 steht daher im Ergebnis das Hindernis des § 20 Abs. 4 BVergG 2018 nicht entgegen.

4. Zum Vorbringen, dass die Ausschreibung hinsichtlich Los 2 unzureichende Informationen für die Entscheidung über eine Teilnahmeantragsabgabe enthält

4.1. Gemäß § 20 Abs. 1 BVergG 2018 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtli-

chen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lautereren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 89 Abs. 1 BVergG 2018 sind die Ausschreibungsunterlagen, wenn ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt wird, ausschließlich auf elektronischem Weg kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig zur Verfügung zu stellen, sobald die jeweilige Bekanntmachung erstmalig verfügbar ist oder die Aufforderung zur Interessensbestätigung übermittelt bzw. bereitgestellt wurde.

Gemäß § 91 Abs. 4 BVergG 2018 ist in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder – sofern der Qualitätsstandard der Leistung durch den öffentlichen Auftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist – dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Die Ermittlung des aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes erfolgt aufgrund der Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses entweder anhand eines Kostenmodells oder anhand von bekannt gegebenen Zuschlagskriterien.

Gemäß § 114 Abs. 1 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber im Verhandlungsverfahren den Auftragsgegenstand anzugeben, indem er seine Bedürfnisse und die erforderlichen Eigenschaften der zu erbringenden Leistung beschreibt und die Zuschlagskriterien spezifiziert. Der öffentliche Auftraggeber hat anzugeben, welche Elemente der Leistungsbeschreibung die von allen Angeboten einzuhalten- den Mindestanforderungen darstellen. Die Ausschreibungsunterlagen müssen so präzise sein, dass ein Unternehmer Art und Umfang der zu erbringenden Leistung erkennen und entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag stellt.

Gemäß § 151 Abs. 1 BVergG 2018 gelten für die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang XVI ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil, die §§ 4 Abs. 1, 7 bis 11, 12 Abs. 1 Z 2 und Abs. 3, 13, 16 bis 18, 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 bis 4 und 9, 21 bis 23, 30, 48 bis 68, 78, 79, 80 Abs. 1 bis 5, 81 bis 90, 91 Abs. 1 bis 8, 93, 98, 100, 106, 111, 142, 146 Abs. 1,

150 Abs. 9, der 4. Teil, der 5. Teil mit Ausnahme des § 367 sowie der 6. Teil dieses Bundesgesetzes.

Gemäß § 151 Abs. 3 BVergG 2018 kann der öffentliche Auftraggeber das Verfahren zur Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen grundsätzlich frei gestalten. Der öffentliche Auftraggeber kann bei der Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen die Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Leistbarkeit und Verfügbarkeit der Dienstleistungen bzw. den Umfang des Leistungsangebotes berücksichtigen. Ebenso kann er dabei den spezifischen Bedürfnissen verschiedener Nutzerkategorien, einschließlich benachteiligter und schutzbedürftiger Gruppen, der Einbeziehung und Ermächtigung der Nutzer der Dienstleistungen und dem Aspekt der Innovation Rechnung tragen.

Gemäß § 151 Abs. 4 BVergG 2018 sind im Oberschwellenbereich besondere Dienstleistungsaufträge, sofern nicht eine der in § 37 Abs. 1 BVergG 2018 genannten Voraussetzungen erfüllt ist, und Dienstleistungsaufträge über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per Untergrundbahn in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung mit mehreren Unternehmen zu vergeben.

4.2. Nach den Erläuterungen sieht die Vergaberichtlinie 2014/24/EU für besondere Dienstleistungsaufträge kein bestimmtes Verfahren, sondern nur rudimentäre Regeln vor; insbesondere die primärrechtlichen Vorgaben der Transparenz und der Gleichbehandlung sollen aber jedenfalls Beachtung finden. Um diese von der Richtlinie eingeräumte Freiheit in der Verfahrensgestaltung so weit wie möglich auch innerstaatlich zur Geltung kommen zu lassen, beschränken sich die Regelungen zu den besonderen Dienstleistungsaufträgen auf die jedenfalls notwendigen Regelungen, die insbesondere im Hinblick auf den Rechtsschutz von Bedeutung sind. Weiters betonen die Erläuterungen den Grundsatz, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Gestaltung des Vergabeverfahrens zur Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen grundsätzlich frei ist, es ihm aber auch freisteht, einen im BVergG 2018 vorgesehenen Verfahrenstypus zu wählen; dies hat dann zur Folge, dass die entsprechenden Regelungen für diesen Verfahrenstypus, insbesondere daher auch die gesondert anfechtbaren Entscheidungen (vgl. dazu auch § 2 Z 15 lit. a sublit. ii BVergG 2018), zur Anwendung gelangen (ErläutRV 69 BlgNR 26. GP, 163 ff.).

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu Art. 53 Abs. 2 RL 2004/18/EG müssen der Gegenstand öffentlicher Aufträge sowie die Kriterien ihrer

Vergabe – im Lichte des Grundsatzes der Gleichbehandlung und der daraus hervorgehenden Transparenzpflicht – vom Beginn des Verfahrens über die Vergabe dieser Aufträge an klar bestimmt sein. Dies gilt auch für die Pflicht des Auftraggebers, in der Bekanntmachung anzugeben, wie die einzelnen Zuschlagskriterien gewichtet werden. Insbesondere muss dies vom Beginn des Vergabeverfahrens an klar festgelegt sein, damit die Bieter objektiv feststellen können, welches Gewicht ein Zuschlagskriterium gegenüber einem anderen hat, wenn der Auftraggeber sie später bewertet. Außerdem darf die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien während des gesamten Verfahrens nicht verändert werden (EuGH 14.7.2016, C-6/15, *TNS Dimarso*, Rz 19 ff., insb. Rz 23 ff.).

Hinsichtlich eines Verhandlungsverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2006 hat der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt, dass die Teilnahmeunterlagen jedenfalls hinreichend konkret sein müssen, um einem interessierten Unternehmer die Beurteilung zu ermöglichen, ob eine Teilnahme an diesem Vergabeverfahren möglich und sinnvoll ist. Da eine Angebotslegung erst in der zweiten Stufe erfolgt, müssen die Angaben zu den zu erbringenden Leistungen in den Teilnahmeunterlagen noch nicht in der für eine Leistungsbeschreibung erforderlichen Detailliertheit enthalten sein. Auch in den Erläuterungen zum BVergG 2006 sowie zum BVergG 2018 – so der Verwaltungsgerichtshof – wird anerkannt, dass die Ausschreibung, die einen Überbegriff über verschiedene Unterlagen im Kontext eines Vergabeverfahrens darstellt, je nach betroffener Unterlage einen unterschiedlichen Konkretisierungsgrad und einen unterschiedlichen Umfang aufweisen kann. Es ist naheliegend, für die Teilnahmeunterlage in einem zweistufigen Verfahren hinsichtlich der Leistungsbeschreibung einen geringeren Konkretisierungsgrad zu verlangen, weil diese Unterlage in der ersten Stufe übermittelt wird und die Angebotslegung erst aufgrund der (nun an die ausgewählten Bewerber ergehenden) Aufforderung zur Angebotsabgabe erfolgt (VwGH 17.12.2019, Ra 2018/04/0199; vgl. auch VwGH 10.1.2023, Ra 2020/04/0167).

4.3. Die Antragstellerin bringt in ihrem Nachprüfungsantrag in dieser Hinsicht auf das Wesentliche zusammengefasst vor, dass es der Auftraggeber unterlassen habe, die ausgeschriebene Leistung ausreichend zu präzisieren, weshalb ein Verstoß gegen § 114 Abs. 1 BVergG 2018 vorliege. Auf Grundlage der zur Verfügung gestellten Unterlagen sei es interessierten Unternehmen nicht möglich, eine ge-

naue Prüfung dahingehend vorzunehmen, ob eine Teilnahme am Vergabeverfahren für sie vorteilhaft sei und ob sie die ausgeschriebene Leistung zu den letztlich geltenden, aber noch nicht bekannt gegebenen Bedingungen überhaupt erbringen könnten. Etwa seien die Zuschlagskriterien mangelhaft spezifiziert worden, wenngleich diese gemäß § 114 BVergG 2018 bereits in der Teilnahmephase zu spezifizieren seien. Obwohl das Zuschlagskriterium „Qualität“ mit 60 % gewichtet sei, werde völlig offengelassen, was der Auftraggeber unter „Qualität“ verstehe, welche Inhalte das „Gesamtkonzept“ zu enthalten habe, welche Subkriterien zu erfüllen seien und aufgrund welcher Kriterien die Bewertung erfolge. Dies sei aber insofern von großer Bedeutung, als die Gewichtung des Zuschlagskriteriums „Qualität“ mit 60 % festgelegt werde und sich der Auftraggeber hier weitreichende Gestaltungsfreiheiten für einen Zeitpunkt vorbehalte, zu dem er die Teilnehmer an der zweiten Stufe bereits ausgesucht habe. Dass sich der Auftraggeber vorbehalte, von den Zuschlagskriterien in den endgültigen Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe abzuweichen bzw. geänderte Zuschlagskriterien und eine abweichende Gewichtung festzulegen, verstoße gegen § 114 Abs. 5 BVergG 2018.

4.4. Der Auftraggeber hält dem entgegen, dass es sich nicht um ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, sondern um ein zweistufiges Verfahren sui generis gemäß § 151 BVergG 2018 und damit um ein vereinfachtes Vergabeverfahren handle. Zudem unterlasse die Antragstellerin die gesetzlich gebotene Differenzierung zwischen einstufigen und zweistufigen Vergabeverfahren. Dadurch verkenne die Antragstellerin, dass dem Wesen eines zweistufigen Verfahrens entsprechend in der ersten Stufe weniger Informationen zur Beurteilung, ob ein Unternehmen am Vergabeverfahren teilnehme, erforderlich seien als in einstufigen Verfahren. § 114 BVergG 2018 finde im gegenständlichen Verfahren gemäß § 151 BVergG 2018 keine Anwendung. Bei zweistufigen Verfahren sei es nicht erforderlich, schon mit der Bekanntmachung der Ausschreibung auch die Unterlagen der zweiten Stufe zur Verfügung zu stellen. Entscheidend sei vielmehr, dass die entsprechenden Unterlagen allen interessierten Unternehmern zur selben Zeit und auf dieselbe Art, nichtdiskriminierend und nur so zur Verfügung gestellt würden, dass ein freier und lauterer Wettbewerb gewährleistet werde. Bei zweistufigen Verfahren seien daher nur jene Unterlagen zur Verfügung zu stellen, mit denen sichergestellt sei, dass ein interessierter Unternehmer die Beurteilung treffen könne, ob eine Beteiligung an diesem Vergabeverfahren möglich und sinnvoll sei.

Wie sich aus dem Wortlaut („Änderungsvorbehalt“) in den Ausschreibungsunterlagen eindeutig ergebe, beziehe sich dieser nicht auf allfällige Änderungen der Zuschlagskriterien. Damit werde lediglich klargestellt, dass sich der Auftraggeber im Hinblick auf die Finalisierung der Unterlagen der zweiten Stufe im gesetzlich zulässigen Rahmen Änderungen vorbehalte. In der Stellungnahme vom 18.1.2024 führt der Auftraggeber aus, dass es im Hinblick auf Zuschlagskriterien kein absolutes Änderungsverbot gebe. Selbst eine Änderung der Zuschlagskriterien könne innerhalb enger Grenzen grundsätzlich zulässig sein.

4.5. Die Antragstellerin ist im Ergebnis mit ihrem Vorbringen im Recht:

4.5.1. Zunächst ist dem Auftraggeber zuzustimmen, dass vorliegend kein Verfahrenstypus des BVergG 2018 gewählt wurde. Wenngleich die Antragstellerin auf vereinzelte auslegungsbedürftige Stellen in der Ausschreibung hinweist, ergibt sich nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (vgl. statt vieler VwGH 12.6.2023, Ra 2020/04/0077), dass der Auftraggeber mit der ausdrücklichen Angabe, dass es sich um ein zweistufiges Verfahren sui generis handelt, eben gerade keinen im BVergG 2018 vorgesehenen Verfahrenstypus eins zu eins übernehmen wollte. Daraus folgt, dass § 114 BVergG 2018 für die hier zu beurteilende Frage nicht der relevante Maßstab ist.

Dem Auftraggeber ist weiters auch beizupflichten, dass bei der Beschaffung besonderer Dienstleistungen vereinfachte Verfahrensregelungen einzuhalten sind, dabei aber insbesondere die primärrechtlichen Vorgaben der Transparenz und der Gleichbehandlung Beachtung zu finden haben. Ebenso trifft es zu, dass in einem zweistufigen Verfahren nicht sämtliche Angaben in detaillierter Weise bereits in den Ausschreibungsunterlagen der ersten Stufe enthalten sein müssen (vgl. auch VwGH 28.3.2023, Ro 2021/04/0035, Rz 31).

4.5.2. Im Lichte der dargestellten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sowie des Verwaltungsgerichtshofes genügt jedoch die Ausschreibung zu Los 2 § 89 Abs. 1 BVergG 2018 iVm § 91 Abs. 4 letzter Satz BVergG 2018 iVm § 20 Abs. 1 BVergG 2018 iVm den primärrechtlichen Vorgaben der Gleichbehandlung im Lichte der Transparenz nicht:

Im Lichte des Grundsatzes der Gleichbehandlung und der daraus hervorgehenden

Transparenzpflicht (§ 20 Abs. 1 BVergG 2018) müssen Zuschlagskriterien von Verfahrensbeginn an, somit gemäß § 89 Abs. 1 BVergG 2018 iVm § 91 Abs. 4 letzter Satz BVergG 2018 bereits in den Teilnahmeunterlagen, festgelegt werden, damit die Bieter objektiv feststellen können, welches Gewicht ein Zuschlagskriterium gegenüber einem anderen hat, wenn der Auftraggeber sie später bewertet. Dies hat insbesondere den Zweck, dass ein Unternehmer beurteilen kann, ob eine Teilnahme an diesem Vergabeverfahren möglich und sinnvoll ist. Wenn jedoch, wie hier, bei Los 2 das Zuschlagskriterium „Qualität“ mit 60 % gewichtet wird, ohne auf irgendeine Art und Weise zu spezifizieren, was unter „Qualität“ zu verstehen ist, insbesondere welche Merkmale der Auftraggeber zur Beurteilung der Erfüllung dieses Kriteriums heranziehen will, wird einem interessierten Unternehmer keine belastbare Entscheidung ermöglicht, ob die ausgeschriebenen Leistungen im Hinblick auf das mit 60 % bedeutsame Kriterium der „Qualität“ in sein Leistungsportfolio fallen und es aus unternehmerischer Sicht sinnvoll ist, in den Teilnahmewettbewerb einzutreten. Zwar trifft es zu, dass die festgelegten Eignungskriterien auch entsprechende Anhaltspunkte liefern können, ob eine Teilnahme sinnvoll ist. Dies kann jedoch nicht die nähere Spezifizierung des mit 60 % bedeutsamsten Zuschlagskriteriums der „Qualität“ ersetzen. Dies ist vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Gleichbehandlung und der daraus hervorgehenden Transparenzpflicht unabdingbar, um einem Unternehmer eine informierte Entscheidung über eine (Nicht-)Teilnahme am Verfahren zu ermöglichen (vgl. in einer ähnlichen Konstellation LVwG Burgenland 20.4.2022, S VNP/13/2022.001/019). Daran ändert auch nichts, dass in der Ausschreibung vorgesehen ist, dass ein Gesamtkonzept für alle Teilbereiche zu erstellen sein wird, zumal auch daraus keine näheren Festlegungen in Bezug auf das Zuschlagskriterium „Qualität“ abzuleiten sind.

Dazu kommt, wie die Antragstellerin zu Recht vorbringt, dass sich der Auftraggeber hier weitreichende Gestaltungsfreiheiten für einen Zeitpunkt vorbehält, zu dem er die Teilnehmer für die zweite Stufe bereits ausgesucht hat, diese ihm also bekannt sind. Es wäre dem Auftraggeber gestattet, die Zuschlagskriterien in den endgültigen Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe noch zu ändern und eine abweichende Gewichtung der Zuschlagskriterien festzulegen. Solch weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten sind jedoch unter Gleichbehandlungs- und Transparenzgesichtspunkten nicht zulässig.

4.6. Diese Rechtswidrigkeit im Hinblick auf die nicht ausreichende Festlegung der

Zuschlagskriterien ist von wesentlichem Einfluss iSd § 23 Abs. 1 Z 2 WVRG 2020, zumal bei einer rechtskonformen Ausgestaltung der Zuschlagskriterien ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens insbesondere durch Teilnahme anderer Bewerber nicht ausgeschlossen ist.

Bei einer Nichtigerklärung ausschließlich der betroffenen Festlegungen wäre diese Rechtswidrigkeit nicht beseitigt, sondern verschärft, zumal diesfalls abgesehen vom Preiskriterium gar kein inhaltliches Kriterium für die Bewertung zur Verfügung stünde.

Der Begriff „Ausschreibung“ umfasst gemäß § 2 Z 7 BVergG 2018 sämtliche mit der Bekanntmachung veröffentlichten Unterlagen, weshalb dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin dahingehend stattzugeben ist, dass die gegenständliche Ausschreibung hinsichtlich Los 2 für nichtig erklärt wird.

4.7. Auf die weiteren Beschwerdepunkte ist bei diesem Ergebnis nicht einzugehen.

5. Zu den Pauschalgebühren

5.1. Gemäß § 14 Abs. 1 WVRG 2020 hat die Antragstellerin oder der Antragsteller für Anträge gemäß § 18 Abs. 1 (Nichtigerklärung) und § 25 (einstweilige Verfügung) WVRG 2020 eine Pauschalgebühr an das Verwaltungsgericht Wien zu entrichten.

Gemäß § 14 Abs. 6 WVRG 2020 ist, wenn sich der Antrag lediglich auf die Vergabe eines Loses bezieht, lediglich die Pauschalgebühr entsprechend dem geschätzten Wert bzw. dem Wert des Loses zu entrichten. Bezieht sich der Antrag auf die Vergabe mehrerer Lose, so richtet sich die Höhe der Pauschalgebühr nach dem geschätzten Gesamtwert bzw. dem Gesamtwert der angefochtenen Lose.

Gemäß § 15 Abs. 1 WVRG 2020 hat die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 14 WVRG 2020 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber.

Gemäß § 1 WVPVO 2020 beträgt die Pauschalgebühr bei Dienstleistungsaufträgen im Oberschwellenbereich für Nachprüfungsanträge € 2.534,–. Gemäß § 2 Abs. 3

WVPVO 2020 beträgt die zu entrichtende Pauschalgebühr das Neunfache der jeweils gemäß § 1 festgesetzten Gebühr, wenn der geschätzte Auftragswert bzw. der Auftragswert den Schwellenwert (§§ 12 Abs. 1 und 2 BVergG 2018) um mehr als das 40fache übersteigt. Gemäß § 3 Abs. 1 WVPVO 2020 beträgt die von der Antragstellerin oder vom Antragsteller für Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung zu entrichtende Pauschalgebühr 25 % der gemäß § 1 festgesetzten bzw. 10 % der gemäß § 2 erhöhten Gebühr. Gemäß § 3 Abs. 2 WVPVO 2020 ist der Gebührensatz gemäß § 3 Abs. 1 WVPVO 2020 auf ganze Euro ab- oder aufzurunden.

5.2. Für den Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung hinsichtlich Los 1 und Los 2 sind daher, da der geschätzte Auftragswert beider Lose den Schwellenwert um mehr als das 40fache übersteigt, gerundet € 2.281,- an Pauschalgebühren zu entrichten.

Gemäß § 14 Abs. 4 iVm § 25 WVRG 2020 beträgt die Gebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Hälfte des ausgewiesenen Gebührensatzes, somit € 1.140,50. Insgesamt beträgt die Gebühr daher € 3.421,50, die die Antragstellerin zur Gänze entrichtet hat.

Da die Antragstellerin zumindest teilweise, nämlich in Bezug auf die Anfechtung von Los 2 der Ausschreibung, obsiegt hat, sind ihr die entrichteten Pauschalgebühren vom Auftraggeber zu ersetzen.

6. Zum Revisionsausspruch

Die Revision ist nicht zulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung orientiert sich insbesondere hinsichtlich der Antragslegitimation gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 sowie der Anforderungen an den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen im Lichte der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz an der zitierten, nicht als uneinheitlich anzusehenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Zudem stellt die (beweiswärtigende) Frage, ob die Antragslegitimation entsprechend plausibel gemacht wurde, nach der dargelegten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine Einzelfallentscheidung dar, weshalb die Revision auch vor diesem Hintergrund nicht zulässig ist. Ebenfalls liegen keine

sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen. Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht

hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Schreiner
(Vorsitzende)