



**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: 1) VGW-123/095/6508/2024-43
A. OG
2) VGW-123/095/6510/2024
B. GmbH

Wien, 18.10.2024

Geschäftsabteilung: VGW-K

1) zu VGW-123/095/6510/2024 (B. GmbH):

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Mag. Schmied als Vorsitzenden und Dr. Diem als Berichter sowie durch seine Richterin Mag. Bachert-Sedlak als Beisitzerin über den Antrag der B. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, vom 14.5.2024 auf Nichtigerklärung des Los 1 der Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren „Darmkrebs-Screening“ des Wiener Gesundheitsfonds (vergebende Stelle: Rechtsanwälte GmbH) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19.6.2024, 30.7.2024 und 7.8.2024 durch Verkündung am 7.8.2024

zu Recht e r k a n n t:

I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung hinsichtlich Los 1 betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung Darmkrebs-Screening“ wird insoweit stattgegeben, als folgende Passagen im Informationsteil 1a der Ausschreibungsunterlagen gemäß § 23 Abs. 1 und 2 WVRG 2020 iVm § 151 Abs. 1 iVm § 2 Z 22 lit. a BVergG 2018 ersatzlos gestrichen werden:

- „Eine Doppelnennung der Eignungsreferenzen auch als Auswahlreferenzen ist unzulässig.“ in Punkt 8.1.1.

- „Die Eignungsreferenzen werden nicht als Auswahlreferenzen gewertet.“ in Punkt 8.1.1.(i)
- „Eine Doppelnennung der Eignungsreferenzen auch als Auswahlreferenzen ist unzulässig.“ in Punkt 8.1.2.
- „Die Eignungsreferenzen werden nicht als Auswahlreferenzen gewertet.“ in Punkt 8.1.2.(i)

Im Übrigen wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung hinsichtlich Los 1 gemäß § 8 Abs. 1 WVRG 2020 abgewiesen.

II. 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.

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

2) zu VGW-123/095/6508/2024 (A. OG):

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Mag. Schmied als Vorsitzenden und Dr. Diem als Berichter sowie durch seine Richterin Mag. Bachert-Sedlak als Beisitzerin über den Antrag der A. OG, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, vom 14.5.2024 auf Nichtigerklärung des Los 2 der Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren „Darmkrebs-Screening“ des Wiener Gesundheitsfonds (vergebende Stelle: Rechtsanwälte GmbH) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19.6.2024, 30.7.2024 und 7.8.2024 durch Verkündung am 7.8.2024

zu Recht e r k a n n t:

I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung hinsichtlich Los 2 betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung Darmkrebs-Screening“ wird insoweit stattgegeben, als folgende Passage im Informationsteil 1a der Ausschreibungsunterlagen gemäß § 23 Abs. 1 und 2 WVRG 2020 iVm § 151 Abs. 1 iVm § 2 Z 22 lit. c BVergG 2018 ersatzlos gestrichen wird:

- „hinsichtlich der im Leistungsgegenstand beschriebenen Dienstleistungen“
in Punkt 7.6.1.

Im Übrigen wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung hinsichtlich Los 2 gemäß § 8 Abs. 1 WVRG 2020 abgewiesen.

II. 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.

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

Begründung

zu 1) und 2)

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.

Die Bekanntmachung erfolgte auf nationaler Ebene am 8.4.2024 und auf Unionsebene am 9.4.2024. Das Ende der Frist für die Abgabe von Teilnahmeanträgen wurde mit 22.5.2024, 14:00 Uhr, festgelegt.

2. Mit Nachprüfungsanträgen vom 14.5.2024, eingelangt beim Verwaltungsgericht am selben Tag, wird die gegenständliche Ausschreibung angefochten. Der Nachprüfungsantrag der B. GmbH (im Folgenden: Antragstellerin 1) richtet sich dabei gegen Los 1, jener der A. OG (im Folgenden: Antragstellerin 2) gegen Los 2. Zugleich haben beide Antragstellerinnen einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Einen Nachweis über die Entrichtung der Pauschalge-

bühren in Höhe von jeweils € 3.421,50 haben beide Antragstellerinnen ihren Anträgen beigefügt.

2.1. Zum drohenden Schaden und zum Interesse am Vertragsabschluss führt die Antragstellerin 1 im Nachprüfungsantrag auf das Wesentliche zusammengefasst aus, dass sie als im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen gewerblich tätiges Unternehmen großes Interesse an der Erbringung der von Los 1 umfassten Leistungen sowie am Abschluss des Vertrages habe. Ihr Geschäftsfeld umfasse insbesondere die Vermittlung von Ärzten, worunter auch die Koordinierung ärztlicher Leistungen falle. Sie habe bereits Überlegungen für ein Terminkoordinationssystem angestellt und mit den für eine Teilnahme an Los 1 notwendigen Geschäftspartnern Gespräche geführt und um Übermittlung von Verfügbarkeitserklärungen und Nachweisen gebeten. Diese Vorbereitungstätigkeiten könnten jederzeit nachgewiesen werden. Die Fortführung des aus Sicht der Antragstellerin 1 rechtswidrigen Vergabeverfahrens würde ihr die Möglichkeit nehmen, sich aussichtsreich am Vergabeverfahren zu beteiligen.

2.2. Als rechtswidrig erachtet die Antragstellerin 1 die Ausschreibung hinsichtlich Los 1 auf das Wesentliche zusammengefasst aus folgenden Gründen:

2.2.1. Dem Auftraggeber fehle es am Vergabewillen gemäß § 20 Abs. 4 BVergG 2018. Der Auftraggeber sei ein öffentlicher Fonds und eine juristische Person des öffentlichen Rechts. Er sei an das Wiener Gesundheitsfonds-Gesetz 2017 (im Folgenden: WGF-G 2017) gebunden. In dessen § 2 seien die Aufgaben des Auftraggebers geregelt. Zwar sei die Aufzählung eine demonstrative, das Gesetz bringe aber deutlich zum Ausdruck, dass es stets nur um die Planung, Steuerung und Finanzierung des Gesundheitswesens in Wien zur Umsetzung der einschlägigen Art. 15a-Vereinbarungen gehe. Das ausgeschriebene Darmkrebs-Screening-Programm finde in den Tatbeständen des § 2 Abs. 1 Z 1 bis Z 18 WGF-G 2017 keine Deckung. Entscheidend sei, dass die Erbringung ärztlicher Leistungen iSd § 2 Abs. 2 ÄrzteG keinesfalls vom Auftraggeber organisiert werden könne, weil ihm immer nur die „Planung, Steuerung und Finanzierung“ des Gesundheitswesens in Wien obliege (§ 1 Abs. 1 WGF-G 2017), niemals aber der Aufbau (Organisation und Bereitstellung) eines konkreten ärztlichen Versorgungsangebotes. Auch die finanziellen Mittel des Auftraggebers seien zweckgebunden und dürften nur für die gesetzlich vorgesehenen Aufgaben verwendet werden. Die Verwendung von Geldmitteln für den Aufbau eines ärztlichen Versorgungsangebotes sei jedoch nicht

vom Gesetz gedeckt. Dadurch sei auch klar, dass der Auftraggeber wirtschaftlich nicht in der Lage sei, die Mittel für dieses Projekt allein in die Hand zu nehmen. Die Ausschreibung sei bereits deshalb für nichtig zu erklären, weil von vornherein außer Zweifel stehe, dass der Auftraggeber rechtlich und wirtschaftlich nicht in der Lage sei, die ausgeschriebene Leistung zu vergeben.

2.2.2. Da es nicht zu den gesetzlichen Aufgaben des Auftraggebers gehöre, das ärztliche Behandlungsangebot zu organisieren, verstoße die Ausschreibung nicht nur gegen das WGF-G 2017, sondern auch gegen das ASVG. Das ausgeschriebene Darmkrebs-Screening umfasse auch ärztliche Leistungen, die als Vorsorgeuntersuchung iSd § 132b ASVG zur Früherkennung von Krebs zu qualifizieren seien und insoweit dem Sozialversicherungsrecht unterliegen würden. Zur „Durchführung der Krankenversicherung“ sei gemäß § 26 Abs. 1 ASVG allein die ÖGK zuständig. Unter „Durchführung“ der Krankenversicherung sei zu verstehen, dass die ÖGK die gesetzlich vorgesehenen Leistungen zu gewähren habe und ein Leistungsanspruch aus dem jeweiligen Versicherungszweig daher auch nur gegen die ÖGK geltend gemacht werden könne. Eine Zuständigkeit des Auftraggebers zur Organisation eines ärztlichen Versorgungsangebots sei nirgends vorgesehen. Das ASVG biete dafür keine Rechtsgrundlage und schließe ein Tätigwerden anderer Akteure als die Sozialversicherungsträger sogar aus. Der Aufbau paralleler Strukturen der ärztlichen Versorgung widerspreche daher dem ASVG und sei folglich rechtswidrig. Selbst wenn man vertreten wollte, dass das ASVG einem Aufbau paralleler Versorgungsstrukturen nicht hindernd entgegenstehe und mit dem ausgeschriebenen Darmkrebs-Screening eben gerade eine vom ASVG losgelöste parallele Versorgungsschiene etabliert werden soll, so würde dies dem Gesundheits-Zielsteuerungsrecht widersprechen. Gemäß Art. 6 Abs. 2 Z 1 letzter Satz der Art. 15-Vereinbarung BGBl. I 97/2017 sei es geboten, dass „Parallelstrukturen [...] abzubauen“ seien. Vor diesem Hintergrund verbiete sich die Annahme, dass der Auftraggeber zum Aufbau paralleler Versorgungsstrukturen ermächtigt wäre. Das Verwaltungsgericht Wien habe in der Entscheidung zur ZI. VGW-123/095/15506/2023, entscheidend auf das Gesetzesverständnis der Wiener Landeszielsteuerungskommission selbst abgestellt, das aber weder mit dem Sozialversicherungsrecht noch mit dem Gesundheits-Zielsteuerungsrecht vereinbar sei.

2.2.3. Die Leistungserbringung sei aufgrund datenschutzrechtlicher Bestimmungen rechtlich unmöglich. Der Auftraggeber verfüge im Hinblick auf die Festlegungen in den Punkten 4., 4.1.(iv) und 4.1.(v) des Informationsteils 1a der Ausschreibungsunterlagen (im Folgenden: Informationsteil 1a) selbst nicht über die (Gesundheits-)Daten und dürfe darüber auch nicht verfügen. Die Daten seien aber für die Erfüllung der dem Rahmenvereinbarungspartner von Los 1 auferlegten Verpflichtungen erforderlich. Über die Daten, „welche Personen mit Hauptwohnsitz in Wien, die im Alter zwischen 45 und 75 Jahren (das sind rund 700.000 Personen) sind und in den vergangenen 10 Jahren (Auswertung der letzten 8 Jahre wird berücksichtigt) keine (Vorsorge-)Koloskopie durchgeführt haben sowie in den letzten zwei Jahren keinen F.I.T. durchgeführt haben“, verfüge lediglich der betreffende Sozialversicherungsträger. Es sei unklar, wie der Auftraggeber in rechtlich zulässiger Weise Zugang zu diesen Daten bekommen soll. Es sei keine Rechtsgrundlage erkennbar, aufgrund derer der Auftraggeber Anspruch erheben könnte, die Daten von den Sozialversicherungsträgern zu erhalten oder selbst zu erheben. Es sei auch nicht erkennbar, wie der Rahmenvereinbarungspartner von Los 1 rechtmäßig an jene Daten gelangen soll, die zugleich als Ausgangspunkt erforderlich seien, damit überhaupt ein Projekt gemäß der Ausschreibung zustande kommen könne.

2.2.4. Kassenärzte seien durch Punkt 4.1.(v) des Informationsteils 1a diskriminiert, weshalb ein Verstoß gegen § 20 Abs. 3 BVergG 2018 vorliege. Dadurch, dass eine qualitätsgesicherte Auswertung der Proben im Labor sowie die anschließende Befundübermittlung innerhalb von vier Tagen ab Abgabe des F.I.T. zu erfolgen habe, werde die Antragstellerin 1, weil sie bei ihrer Leistungserbringung auf mit Kassenverträgen ausgestattete Fachärzte zurückgreife, diskriminiert. Diese würden gesamtvertraglichen Regelungen unterliegen, womit sie u.a. eine Behandlungspflicht während der Ordinationszeiten hätten und einem Diskriminierungsverbot von Kassenpatienten gegenüber Privatpatienten unterworfen seien.

2.2.5. Die Leistungsbeschreibung sei zu wenig spezifisch und führe zu einer unzulässigen Überwälzung unkalkulierbarer Risiken. In einem zweistufigen Verhandlungsverfahren müssten die Teilnahmeunterlagen jedenfalls hinreichend konkret sein, um einem interessierten Unternehmer die Beurteilung zu ermöglichen, ob eine Teilnahme an diesem Vergabeverfahren möglich und sinnvoll sei. Widersprüchlich dazu lasse der Auftraggeber in Punkt 4.1.(v) des Informationsteils 1a offen, in welche „anderen Systeme“ die Einmeldung der Untersuchungsergebnisse

erfolgen soll, um den Dokumentationserfordernissen zu genügen. Aktuell sei eine Einmeldung von Untersuchungsergebnissen in ELGA gar nicht möglich. Durch diese unpräzise Regelung würden in unzulässiger Weise Kostenrisiken auf die Auftragnehmer überwältigt (für diesen Leistungsteil gebe es keine eigenständige Entgeltregelung, weshalb die mit dieser Einmeldung verbundenen Kosten in den Preis pro Testkit einkalkuliert werden müssten). Am Vergabeverfahren interessierte Unternehmer könnten nicht abschätzen, welche Kosten auf sie zukommen würden bzw. ob eine Anbindung ihrer Software an dieses „andere System“ überhaupt technisch möglich sei. Diese Festlegungen müssten bereits jetzt aufgrund der dem BVergG 2018 inhärenten Präklusionswirkung angefochten werden.

2.2.6. Die wesentlichen Vertragsbestimmungen seien nicht angegeben. Die wesentlichen Vertragsteile und somit unverhandelbare vertragliche Mindestanforderungen habe der Auftraggeber den Bewerbern nicht bekanntgegeben. Es bestehe gänzliche Unklarheit im Hinblick auf die zukünftigen vertraglichen Verpflichtungen.

2.2.7. Das Zuschlagskriterium „Preis“ in Punkt 9.6. des Informationsteils 1a sei wegen unbestimmter Teilnahmebedingungen unzulässig. Der angebotene Gesamtpreis (netto) bilde nach den Teilnahmeunterlagen das Zuschlagskriterium „Preis“. Der Gesamtpreis werde aus der Addition des Preises pro ausgegebenem Testkit und des Preises pro ausgewertetem Test errechnet. Sämtliche anfallenden Nebenkosten seien in den angebotenen Preis einzurechnen. Die für die Preisberechnung erforderlichen Festlegungen müssten aufgrund der dem BVergG 2018 inhärenten Präklusionswirkung bereits jetzt angefochten werden, weil sie sonst Bestandskraft erlangen würden. Nach den Punkten 4.1.(v) und 4.1.(viii) des Informationsteils 1a sei insbesondere die Nutzung von ELGA in Abhängigkeit der Entwicklungen von ELGA zu sehen und unter Umständen seien auch andere Systeme erforderlich, um den Dokumentationserfordernissen zu genügen. Es sei aber unklar, wie eine Speicherung von Gesundheitsdaten außerhalb ELGA überhaupt rechtskonform durchgeführt werden könne und welches System der Auftraggeber hier vorsehen habe wollen.

2.2.8. Das Zuschlagskriterium „Preis“ sei auch wegen einer mangelnden Mengenschätzung zur Preiskalkulation rechtswidrig. In der Ausschreibung sei festgelegt, dass ein Mengengerüst zur Kalkulation eines Preises pro Testkit und eines Preises für die Auswertung pro Testkit erst in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens

bekanntgegeben werde. Dies müsse jedoch bereits in den Teilnahmeunterlagen festgelegt werden.

2.2.9. Es bestehe ein unkalkulierbares Risiko mangels festgelegter Mindestabrufmenge. Die Ausschreibungsunterlagen seien aber so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden könnten.

2.2.10. Die Eignungs- und Auswahlkriterien betreffend „Laboranalysen“ und „Logistikleistungen“ – Punkte 7.5.1.(i), 8.1.1. bzw. 7.5.1.(ii) und 8.1.2. des Informationsteils 1a – seien unsachlich. Insbesondere das Doppelnennungsverbot als Eignungs- und Auswahlreferenz sei intransparent und unsachlich. Zudem sei es unsachlich auf die bloße Anzahl der Referenzprojekte abzustellen, wenn es dem Auftraggeber in Wirklichkeit um die Anzahl der durchgeführten Probeanalysen bzw. Beförderungen gehe, die auch in einem Referenzprojekt dargelegt werden könnten. Es sei kein sachlicher Grund erkennbar, wieso die Vorlage eines Referenzprojektes, das genauso viel oder mehr Probeanalysen umfasse als zB fünf kleine Referenzprojekte, nicht das Erreichen der maximalen Punktezahl ermöglichen soll.

2.3. Die Antragstellerin 2 führt im Nachprüfungsantrag zum drohenden Schaden und zum Interesse am Vertragsabschluss auf das Wesentliche zusammengefasst aus, dass sie als Facharztordination für [...] und als u.a. auf Erbringung von Koloskopien spezialisiertes Unternehmen naturgemäß großes Interesse an der Erbringung der von Los 2 umfassten Leistungen sowie am Abschluss des Vertrages habe. Sie führe monatlich [...] Endoskopien durch, weshalb sie die Anforderungen des Los 2 jedenfalls erfülle. Die Fortführung des aus Sicht der Antragstellerin 2 rechtswidrigen Vergabeverfahrens würde ihr die Möglichkeit nehmen, sich aussichtsreich am Vergabeverfahren zu beteiligen.

2.3.1. Es fehle dem Auftraggeber am Vergabewillen (siehe die inhaltsgleichen Ausführungen in Punkt 2.2.1.).

2.3.2. Die Ausschreibung verstoße auch gegen das ASVG bzw. gegen das Gesundheits-Zielsteuerungsrecht (siehe die inhaltsgleichen Ausführungen in Punkt 2.2.2.).

2.3.3. Die Leistungserbringung sei aufgrund datenschutzrechtlicher Bestimmungen rechtlich unmöglich (vgl. bereits die Ausführungen in Punkt 2.2.3.); es sei

nicht erkennbar, wie der Rahmenvereinbarungspartner von Los 2 rechtmäßig an jene Daten gelangen soll, die zugleich als Ausgangspunkt erforderlich seien, damit überhaupt ein Projekt gemäß der Ausschreibung zustande kommen könne und er die ihm zgedachten Leistungen erbringen könne (bzw. dürfe).

2.3.4. Ärzte des niedergelassenen Bereichs seien durch die Ausschreibung zu Los 2 diskriminiert. Der Auftraggeber habe festgelegt, dass keine Übernahme der Leistungen aus dem niedergelassenen Bereich angestrebt werde. Damit impliziere der Auftraggeber, dass die ausgeschriebenen Rahmenvereinbarungen des Los 1 und insbesondere des Los 2 nicht mit Ärzten aus dem niedergelassenen Bereich abgeschlossen werden sollen. Dadurch würden diese gegenüber anderen Bewerbern, wie insbesondere Krankenanstalten, diskriminiert.

2.3.5. Kassenärzte seien durch die Punkte 4.2.(ii) und 4.2.(iii) des Informationsteils 1a diskriminiert. Durch den Aufbau einer rechtswidrigen Parallelstruktur werde die Antragstellerin, deren Gesellschafter Kassenärzte seien, von vornherein und systematisch diskriminiert. Kassenärzte würden gesamtvertraglichen Regelungen unterliegen, womit sie u.a. eine Behandlungspflicht während der Ordinationszeiten hätten und einem Diskriminierungsverbot von Kassenpatienten gegenüber Privatpatienten unterworfen seien. Die Verpflichtung zur Durchführung von Abklärungskoloskopien innerhalb von 14 Tagen ab Kontaktaufnahme und der Histopathologie inklusive Befundbesprechung innerhalb von 5 Werktagen ab Durchführung der Abklärungskoloskopien führe zwangsläufig zu einer Benachteiligung von Kassenpatienten, weil diese keinen Anspruch auf Erhalt dieser medizinischen Leistungen binnen der vorgesehenen knappen Zeitfenster hätten. Diese Zeitvorgaben verunmöglichten Vertragsärzten im Gegensatz zu Nicht-Vertragsärzten aufgrund ihrer gesamt- bzw. einzelvertraglichen Verpflichtungen, die Leistungsteile ohne Benachteiligung von Kassenpatienten zu erbringen.

2.3.6. Die Leistungsbeschreibung sei im Hinblick auf Punkt 4.2.(iv) des Informationsteils 1a zu wenig spezifisch und führe zu einer unzulässigen Überwälzung unkalkulierbarer Risiken (vgl. bereits die Ausführungen in Punkt 2.2.5.).

2.3.7. Die wesentlichen Vertragsbestimmungen seien nicht angegeben (siehe die inhaltsgleichen Ausführungen in Punkt 2.2.6.).

2.3.8. Das Zuschlagskriterium „Preis“ in Punkt 9.7. des Informationsteils 1a sei wegen unbestimmter Teilnahmebedingungen unzulässig. Der angebotene Gesamtpreis (netto), welcher sich aus der Addition des Preises pro Abklärungskoloskopie und des Preises pro Histologie zusammensetze, bilde nach den Teilnahmeunterlagen das Zuschlagskriterium „Preis“. Im Hinblick auf Punkt 4.2.(iv) des Informationsteils 1a sei unklar, wie eine Speicherung von Gesundheitsdaten außerhalb ELGA überhaupt rechtskonform durchgeführt werden könne und welches System der Auftraggeber hier vorsehen habe wollen (vgl. bereits die Ausführungen in Punkt 2.2.7.).

2.3.9. Das Zuschlagskriterium „Preis“ sei auch wegen einer mangelnden Mengenschätzung zur Preiskalkulation rechtswidrig. In der Ausschreibung sei festgelegt, dass ein Mengengerüst zur Kalkulation eines Preises pro Abklärungskoloskopie und eines Preises pro Histologie erst in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens bekanntgegeben werde. Dies müsse jedoch bereits in den Teilnahmeunterlagen festgelegt werden.

2.3.10. Es bestehe ein unkalkulierbares Risiko mangels festgelegter Mindestabruflmenge (vgl. bereits die Ausführungen in Punkt 2.2.9). Die Teilnahmeunterlagen würden mit dem Formblatt .7b.1 (Eignungsnachweis Los 2) vorsehen, dass der Bewerber durch Eidesstattliche Erklärung bestätigen müsse, dass er für die Ausführung des Auftrages mit der von ihm angegebenen Ausstattung, den angegebenen Geräten sowie der angegebenen technischen Ausrüstung die im Leistungsgegenstand beschriebenen Dienstleistungen fachgerecht innerhalb des Stadtgebietes Wien erbringen könne. Diese müsse der Bewerber daher vorhalten, ohne dass der Auftraggeber den Abruf einer bestimmten Mindestmenge vorsehe.

3. Mit Beschlüssen vom 17.5.2024 erließ das Verwaltungsgericht Wien hinsichtlich beider Lose jeweils eine einstweilige Verfügung. Mit diesen 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 28.5.2024 erstattete der Auftraggeber zu beiden Nachprüfungsanträgen jeweils eine Stellungnahme.

4.1. Hinsichtlich der Antragslegitimation beider Antragstellerinnen bringt der Auftraggeber auf das Wesentliche zusammengefasst vor, dass diese die Beschaffung

der ausgeschriebenen Leistungen dauerhaft verhindern wollten, indem sie jeweils behaupteten, dass es dem Auftraggeber am Vergabewillen fehle. Dieses Vorbringen zeige eindeutig, dass die Antragstellerinnen überhaupt kein Interesse an der Ausschreibung haben könnten. Es sei zu fragen, weshalb die Antragstellerinnen überhaupt Nachprüfungsanträge gestellt hätten, um die Beschaffung der ausgeschriebenen Leistungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach dem BVergG 2018 dauerhaft zu verhindern. Dies lasse sich hinsichtlich der Antragstellerin 1 mit einem Blick auf deren Gesellschaftsstruktur ([...]) und der dadurch ersichtlichen Verbindung mit der [Kammer] bzw. hinsichtlich der Antragstellerin 2 mit einem Blick auf deren Einvernehmen mit der [Kammer] erklären. Deren Ziel, das sie auch dem Auftraggeber kommuniziert hätte, sei es, die Ausschreibung der gegenständlichen Leistungen zu verhindern. Bereits anhand des Vorbringens der Antragstellerinnen werde deutlich, dass diese von der [Kammer] nur als „Strohmann“ vorgeschoben worden seien. Dies mit dem auch ganz offen, klar und dem Auftraggeber im Vorfeld warnend mitgeteilten Ziel, dass derartige Beschaffungen nicht durch den Auftraggeber erfolgen dürften, sondern einzig nur im Wege der [Kammer], als deren Funktionär einer der Gesellschafter der Antragstellerin 2 agiere. Auch die Antragstellerin 1 agiere mit dem klaren Auftrag ihrer Eigentümerin, die Ausschreibung dauerhaft zu verhindern.

Die Antragstellerin 1 habe solche Leistungen, wie in Los 1 nachgefragt, weder in der Vergangenheit selbst erbracht noch erbringe sie diese gegenwärtig. Zudem habe sie eine entsprechende angedachte Kooperation mit anderen Unternehmern nicht plausibel dargelegt. Die Antragstellerin 1 führe zwar aus, dass sie als Vermittlerin von Ärzten tätig werde. Der gegenständliche Auftrag gehe jedoch weit über diesen Tätigkeitsbereich hinaus.

Die Antragstellerin 2 möge zwar ein auf die Erbringung von Koloskopien spezialisiertes Unternehmen sein, doch trete sie im Nachprüfungsverfahren nicht als solches auf, sondern nur als „Strohmann“ der [Kammer]. Dies zeige sich auch in der engen personellen Verflechtung zwischen der Antragstellerin 2 und der [Kammer]. Der Gesellschafter der Antragstellerin 2, Herr Dr. C., agiere als Fachgruppenobmann der Fachgruppe [...] der [Kammer] und vertrete auch die Interessen der [Kammer] seit vielen Jahren.

Beide Antragstellerinnen hätten im Ergebnis kein Interesse an einem Vertragsab-

schluss. Daher seien deren rechtlich geschützten Interessen nicht betroffen, weshalb ihnen auch kein Schaden entstanden sein oder drohen könne. Ein solches Interesse könnten die Antragstellerinnen nicht plausibel darlegen. Die Antragstellerinnen wollten jede Ausschreibung verhindern und nicht eine Ausschreibung mit anderem Inhalt erzwingen.

4.2. Zu dem von den Antragstellerinnen behaupteten fehlenden Vergabewillen gemäß § 20 Abs. 4 BVergG 2018 führt der Auftraggeber aus, dass er diese Anforderungen erfülle, wie bereits das Verwaltungsgericht Wien auf Grundlage eines identen Sachverhaltes zur Zl. VGW-123/095/15506/2023 erkannt habe. Die Einrichtung und Dotierung der Landesgesundheitsfonds sei insbesondere mittels Art. 15a-Vereinbarung geregelt und gesetzlich angeordnet. Die Landesgesundheitsfonds seien öffentlich-rechtliche Fonds zur Finanzierung öffentlicher gemeinnütziger Krankenanstalten nach dem System der leistungsorientierten Krankenanstaltenfinanzierung. Darüber hinaus würden sie Aufgaben wahrnehmen, die sich aufgrund der partnerschaftlichen Zielsteuerung-Gesundheit auf Landesebene ergeben würden. Die Finanzierung des Auftraggebers zur Erfüllung der gesetzlich festgelegten Aufgaben sei gesetzlich klar festgelegt (§ 3 WGF-G 2017). Bei den vom Auftraggeber wahrzunehmenden Aufgaben handle es sich nur insbesondere und nicht ausschließlich um die Planung, Steuerung und Finanzierung des Gesundheitswesens. § 2 WGF-G 2017 stelle aufgrund der demonstrativen Aufzählung jedenfalls eine taugliche Rechtsgrundlage für die Durchführung des gegenständlichen Projekts dar. Die Wiener Zielsteuerungskommission habe das gegenständliche Projekt am 16.6.2023 beschlossen. Der Beschluss sei im Einvernehmen zwischen den Vertretern des Landes und den Trägern der Sozialversicherung gefasst und der Vertreter des Bundes habe nicht nur von seinem Vetorecht keinen Gebrauch gemacht, sondern auch zugestimmt. Dieser Beschluss bringe zum Ausdruck, dass das gegenständliche Projekt weder gegen geltendes Recht, die geltende Art. 15a-Vereinbarung, den Zielsteuerungsvertrag oder gegen Beschlüsse der Organe der Bundesgesundheitsagentur verstoße. Hinzu komme, dass der Auftraggeber über ein jährliches Budget in Höhe von ca. € 4 Mrd. verfüge. Auf die Projektlaufzeit hochgerechnet seien das ca. € 32 Mrd., mit entsprechender Berücksichtigung der Inflation und Zinsen ca. € 40 Mrd. Die finanzielle Deckung des Projekts sei jedenfalls gesichert.

4.3. Mit der vorliegenden Ausschreibung würde keine unzulässige Parallelstruktur

geschaffen. Es sei falsch, dass, wie die Antragstellerinnen behaupteten, die Ausschreibung aufgrund von Bestimmungen des ASVG bzw. des Gesundheits-Zielsteuerungsrechts rechtswidrig sei und der Auftraggeber die ausgeschriebenen Leistungen nicht im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach dem BVergG 2018 vergeben dürfe. Der Auftraggeber unterliege nicht den Bestimmungen des ASVG, die Leistungen würden nicht im Wege einer Direktverrechnung nachgefragt werden und zudem stelle die Ausschreibung als populationsbezogenes Projekt nicht auf einen Versicherungsstatus ab. Im Nachprüfungsverfahren gehe es nur um die Durchsetzung der subjektiven Rechte der Antragstellerinnen, nicht jedoch um eine Prüfung der objektiven Rechtmäßigkeit. Es sei evident, dass sich aus den Bestimmungen des ASVG keine vergaberechtlichen subjektiven Rechte ableiteten; diese seien daher kein Prüfungsmaßstab. Ungeachtet dessen sei die gegenständliche Beschaffung aber ohnehin nach ASVG und Gesundheits-Zielsteuerungsrecht zulässig.

4.4. Datenschutzrechtliche Bestimmungen würden mit der vorliegenden Ausschreibung, wie der Auftraggeber insbesondere unter Verweis auf die DSGVO und das GTelG 2012 näher darlegt, entgegen der Behauptung der Antragstellerinnen keine verletzt.

4.5. Kassenärzte würden entgegen der Behauptung der Antragstellerinnen mit der vorliegenden Ausschreibung nicht diskriminiert. Kassenärzten stehe es, wie auch Nicht-Kassenärzten, frei, am Vergabeverfahren teilzunehmen. Allfällige Unvereinbarkeiten aufgrund anderweitiger vertraglicher Verpflichtungen einzelner Unternehmer seien nicht zu berücksichtigen und stellten keine unzulässige Diskriminierung dar.

4.6. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin 2 würden auch keine Ärzte des niedergelassenen Bereichs diskriminiert. Aus dem objektiven Erklärungswert des Punktes 4. des Informationsteils 1a gehe klar hervor, dass der niedergelassene Bereich nicht von der Leistungserbringung ausgeschlossen werden soll, sondern ergänzende (Vorsorge-)Leistungen angeboten werden sollen. Ärzten aus dem niedergelassenen Bereich stehe es daher wie auch anderen Ärzten frei, am Vergabeverfahren teilzunehmen.

4.7. Der Auftraggeber habe in den Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich Los 1 und Los 2 auch alle erforderlichen Informationen zur Verfügung gestellt, damit interessierte Unternehmer entscheiden könnten, ob sie sich an der Ausschreibung

beteiligen wollen oder nicht. Die Antragstellerinnen würden jedoch die gebotene Differenzierung zwischen einstufigen und zweistufigen Vergabeverfahren unterlassen; dadurch würden sie verkennen, 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.

4.8. Wenn die Antragstellerinnen bemängelten, dass die Einmeldung von Testergebnissen zu unspezifisch geregelt werde, so sei darauf hinzuweisen, dass es sich – so der Auftraggeber hinsichtlich des Vorbringens beider Antragstellerinnen – beim Leistungsteil gemäß Punkt 4.1.(v) des Informationsteils 1a vordergründig um die Durchführung von Laboranalysen handle. Die Einmeldung der Testergebnisse in ein vom Auftraggeber zur Verfügung gestelltes System stelle dabei nur einen Nebenvorgang dar. Es sei nicht unmöglich, Testergebnisse in ELGA einzumelden. Aus der Leistungsbeschreibung in der ersten Stufe gehe klar hervor, dass ein vergleichbares System interimistisch zur Anwendung kommen könne. Der zu erbringende Leistungsteil, nämlich die Einmeldung von Daten, bleibe unabhängig vom System derselbe. Die Leistungsbeschreibung sei jedenfalls ausreichend, um zu entscheiden, ob eine Teilnahme am Vergabeverfahren möglich und sinnvoll sei. Unkalkulierbare Risiken würden dabei nicht überwältigt.

4.9. Es sei nicht erforderlich, wesentliche Vertragsbestimmungen in der ersten Stufe bekanntzugeben. Die Antragstellerinnen stützten ihr Vorbringen auf angeblich bekanntzugebende vertragliche Mindestanforderungen. Die verpflichtende Darstellung von Mindestanforderungen sei in § 114 BVergG 2018 normiert. Die Antragstellerinnen würden aber verkennen, dass bei der Vergabe eines besonderen Dienstleistungsauftrages keine Bindung an den im BVergG 2018 verankerten Katalog der Vergabeverfahrensarten bestehe. Stattdessen seien Auftraggeber lediglich gehalten, die unionsrechtlichen Vorgaben der Transparenz und Gleichbehandlung zu beachten. Es stehe ihnen daher grundsätzlich frei, selbst ein Verfahren zu gestalten. Punktuell einzuhaltende Vorgaben seien in § 151 BVergG 2018 gebündelt. Nur wenn eine im BVergG 2018 vorgesehene Verfahrensart ausdrücklich gewählt werde, was hier nicht der Fall sei, würden die entsprechenden Regelungen für diesen Verfahrenstypus zur Anwendung gelangen. § 114 BVergG 2018 sei für das gegenständliche Vergabeverfahren daher nicht anzuwenden (vgl. § 151

Abs. 1 BVergG 2018). Folglich sei eine gesetzliche Verpflichtung, Mindestanforderungen in den Teilnahmeunterlagen zu definieren, gerade nicht gegeben.

4.10. Der bewertungsrelevante Gesamtpreis könne, so der Auftraggeber im Hinblick auf das Vorbringen der Antragstellerinnen, anhand der Festlegungen, insbesondere jener Festlegungen, die in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens an die Bieter kommuniziert würden, berechnet werden. Es sei unerheblich, ob Daten in das System ELGA oder interimistisch in ein anderes, vergleichbares System einzumelden seien. Für die Preisberechnung spiele dies keine Rolle. Für allfällige Interessenten sei jedenfalls klar, worin der zu besorgende Leistungsteil bestehe, weshalb die Teilnahmebedingungen ausreichend bestimmt seien.

4.11. Hinsichtlich des Vorbringens der Antragstellerinnen zur Mengenschätzung handle es sich ebenfalls um Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, die erst in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens von Relevanz seien. Die geforderte Angabe eines konkreten Mengengerüsts beziehe sich immer auf die Abgabe eines konkreten Preisangebots.

4.12. Mit dem Vorbringen, dass eine Mindestabrufmenge hätte angegeben werden müssen, würden die Antragstellerinnen das Wesen einer Rahmenvereinbarung verkennen. Nach § 31 Abs. 7 BVergG 2018 sei eine Rahmenvereinbarung eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung. Schon dem Wesen einer Rahmenvereinbarung nach sei es zulässig, das Risiko auf die Bieter zu übertragen. Ausschreibungsunterlagen seien am Maßstab der Zumutbarkeit zu messen. Die Zulässigkeit sei dann gegeben, wenn Bieter gewisse typische Preis- und Kalkulationsrisiken tragen sollen. Mindestabrufmengen bei Rahmenvereinbarungen seien weder durch das EU-Vergaberecht noch im BVergG 2018 vorgesehen. Zutreffend sei, dass Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen auch bei Rahmenvereinbarungen nach der Rechtsprechung das Erfordernis der Vergleichbarkeit der Angebote und das Verbot der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken zu berücksichtigen hätten (vgl. § 88 Abs. 2 BVergG 2018). Jedoch müssten, so auch die Erläuterungen, im Verhandlungsverfahren erst die endgültigen Angebote vergleichbar sein. Da die Angebotslegung erst in der zweiten Stufe erfolge, müssten die Angaben zu den zu erbringenden Leistungen in den Teilnahmeunterlagen noch nicht in der für eine Leistungsbeschreibung erforderlichen Detailliertheit enthalten sein.

4.13. Das Vorbringen der Antragstellerin 1, wonach die Eignungs- und Auswahlreferenzen betreffend „Laboranalysen“ rechtswidrig seien, sei unbegründet. Es sei falsch, dass das Doppelnennungsverbot unsachlich sei, weil es bei der Auswahl nur auf die durchgeführten Probeanalysen und nicht auf die Anzahl der Auswahlreferenzen ankomme. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb das Doppelnennungsverbot dazu führen soll, dass es bei der Auswahl der besten Bewerber nur mehr auf die Anzahl der Auswahlreferenzen und nicht auf die Anzahl der durchgeführten Probeanalysen ankomme. Bei der Festlegung der Auswahlkriterien sei dem Auftraggeber ein weites Ermessen eingeräumt. Angesichts des komplexen Beschaffungsgegenstandes sei für die Beurteilung der Qualität unterschiedlicher Bewerber im Hinblick auf eine zuverlässige Leistungserbringung neben einer Kapazitätsbewertung (Anzahl der durchgeführten Laboranalysen) auch eine Bewertung der betriebswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sachlich geboten. Zu diesem Zweck werde über eine bloße Bewertung der Anzahl der durchgeführten Laboranalysen hinaus auch die Anzahl unterschiedlicher Referenzprojekte bewertet, welche eine angemessene Bewertung der betriebswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (insbesondere operative Zuverlässigkeit und strategische Flexibilität bei der Durchführung mehrerer gleichartiger Projekte) ermögliche. Anders als von der Antragstellerin 1 behauptet, sei das zusätzliche Abstellen auf die Anzahl der Referenzprojekte nicht nur mit dem Sachlichkeitsgebot vereinbar, sondern geradezu sachlich geboten. Darüber hinaus werde der Bieterwettbewerb gefördert, indem nicht nur die Kapazitäten bewertet würden, was tendenziell die Wettbewerbschancen großer Unternehmen erhöhen würde.

4.14. Auch die Eignungs- und Auswahlreferenzen betreffend „Logistikleistungen“ seien nicht rechtswidrig (vgl. die gleichgelagerten Ausführungen zu Punkt 4.13.).

5. Mit Schreiben vom 29.5.2024 forderte das Verwaltungsgericht Wien die Antragstellerinnen jeweils auf, darzulegen und entsprechend zu plausibilisieren, inwiefern iSd § 18 Abs. 1 WVRG 2020 ein Interesse am Vertragsschluss besteht und inwiefern durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, insbesondere im Lichte der Ausführungen des Auftraggebers in seinen Schreiben vom 28.5.2024.

6. Die Antragstellerinnen replizierten in ihren Schreiben vom 7.6.2024 auf die Stellungnahmen des Auftraggebers vom 28.5.2024 und führten zur Frage der Antragslegitimation auf das Wesentliche zusammengefasst wie folgt aus:

6.1. Die Antragstellerin 1 sei kein „Strohmann“ und werde auch nicht von der [Kammer] „vorgeschoben“. Sie betreibe ein insbesondere auf die Organisation von Gesundheitsdienstleistungen spezialisiertes Unternehmen. Sie habe daher ein Interesse daran, dass die ausgeschriebenen Leistungen rechtskonform beschafft würden. Los 1 betreffe im Kern die Organisation und Vermittlung ärztlicher Leistungen. Dies sei vom gesellschaftsvertraglichen Unternehmensgegenstand der Antragstellerin 1 umfasst. Die Antragstellerin 1 sei zudem in der Organisation von großflächigen Gesundheitsprojekten erfahren, wie dies anhand der näher dargestellten Tätigkeiten während der Corona-Pandemie zu sehen sei. Der Antragstellerin 1 sei es sehr wohl möglich, die von Los 1 umfassten Leistungen gesamthaft zu erbringen. Daran vermöge auch der Umstand, dass die Antragstellerin 1 eine [...]gesellschaft der [Kammer] sei, nichts zu ändern. Sie sei ein gewerblich tätiges Unternehmen. Als solches habe sie ein Interesse daran, die gegenständlichen Leistungen zu erbringen. Sie komme mit ihrem Interesse an der Teilnahme an dem gegenständlichen Projekt im Übrigen auch einer Anregung des amtsführenden Stadtrats für Soziales, Gesundheit und Sport nach, der im Rahmen eines Termins die [...] ausdrücklich eingeladen hätte, sich an der Ausschreibung zu bewerben. In der [...] sei nach Veröffentlichung der Neu-Ausschreibung diskutiert worden, in welcher Form eine Beteiligung an der Ausschreibung möglich sei und sei die Entscheidung auf die Antragstellerin 1 gefallen, nicht zuletzt aufgrund der Reichhaltigkeit an dort vorhandenen Erfahrungen bei der Erbringung und Organisation medizinischer Leistungen. Freilich sei es für die Antragstellerin 1 von Interesse, dass die Leistungen vom Auftraggeber rechtskonform nachgefragt würden und von ihr auch rechtskonform erbracht werden könnten, was vorliegend nicht der Fall sei. So verlange der Auftraggeber rechtswidrigerweise in seiner Ausschreibung zu Los 1 insbesondere vom Auftragnehmer, dass dieser Daten verarbeite, die weder dem Auftraggeber noch dem Auftragnehmer zur Verfügung stünden. Aus diesem Grund fechte die Antragstellerin 1 die vorliegende Ausschreibung zu Los 1 an.

6.2. Die Antragstellerin 2 sei kein „Strohmann“ und werde auch nicht von der [Kammer] „vorgeschoben“. Sie erbringe die von der Ausschreibung zu Los 2 umfassten Leistungen in ihrer Gruppenpraxis für [...] selbst. Sie habe ein ureigenes Interesse daran, dass die von der Ausschreibung umfassten Leistungen nur vergaberechtskonform vergeben würden. Sollte das Verwaltungsgericht die vorliegende Ausschreibung nicht für nichtig erklären, dann würde sich die Antragstellerin be-

werben. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass Herr Dr. C. Funktionär, nämlich Fachgruppenobmann der Fachgruppe [...], der [Kammer], sei. Im Gegenteil: Er sei durch die vorliegende, nach Ansicht der Antragstellerin 2 rechtswidrige Ausschreibung in beiden seinen Rollen gleichermaßen betroffen. Als Funktionär der [Kammer] habe er die Interessen der Fachgruppe zu vertreten, als Gesellschafter der Antragstellerin 2 seine unternehmerischen Interessen. Diese Interessen würden sich hier derart decken, dass die von der Ausschreibung umfassten ärztlichen Leistungen nur (vergabe)rechtskonform ausgestaltet würden. Im Übrigen verkenne der Auftraggeber, dass es Aufgabe der [Kammer] sei, die Interessen der Ärzteschaft zu vertreten, dies auch in Form einer Unterstützung bei der Führung von Gerichtsverfahren, wie vorliegend in diesem Nachprüfungsverfahren.

7. Weitere Stellungnahmen haben der Auftraggeber am 14.6.2024 und 3.7.2024 sowie die Antragstellerinnen am 27.6.2024 und 6.8.2024 verfasst.

8. Das Verwaltungsgericht Wien hat die Beschwerdesachen wegen ihres persönlichen, sachlichen und rechtlichen Zusammenhangs gemäß § 3 WVRG 2020 iVm § 39 Abs. 2 AVG zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

9. Am 19.6.2024, 30.7.2024 und am 7.8.2024 hat das Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, an der die Parteien und ihre jeweilige rechtsfreundliche Vertretung teilgenommen haben. Als Zeugen wurden befragt: Herr Dr. D. E., [...] der [Kammer], am 19.6.2024, Frau Dr. F. G., [...] der [Kammer], am 30.7.2024, Herr Mag. H. I., Leiter [...] der J. GmbH, am 7.8.2024, Frau Mag. K. L., kfm. Geschäftsführerin der M. GmbH (M.), am 7.8.2024, Herr DI Dr. N. O., Chief Digital Officer von P. (ehem. Geschäftsführer der J. GmbH), am 7.8.2024 und Herr Mag. Q. R., MBA, MSc, Leiter Arbeitskreis S., am 7.8.2024.

In der Verhandlung wurden insbesondere folgende Themenbereiche mit den Parteien eingehend erörtert bzw. die Zeugen dazu befragt: Die Antragslegitimation der Antragstellerinnen am 19.6.2024 und am 30.7.2024, die Auswahlkriterien Laboranalysen und Logistikleistungen betreffend Los 1 und das Eignungskriterium Technische Leistungsfähigkeit betreffend Los 2 am 30.7.2024 sowie die damit im Zusammenhang stehende Frage, ob die Einmeldung von Koloskopiebefunden durch koloskopierende Ärzte im niedergelassenen Bereich in ELGA derzeit der etablierte Standard ist, am 7.8.2024.

10. Im Anschluss an die Verhandlung hat das Verwaltungsgericht Wien die Erkenntnisse mündlich verkündet.

11. Mit Schriftsätzen vom 19.8.2024 beantragten sowohl die Antragstellerinnen als auch der Auftraggeber die schriftliche Ausfertigung der Entscheidungen.

II. Feststellungen

1. Der Auftraggeber führt 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. Nach den Ausschreibungsunterlagen für die erste Stufe werden 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. Diese Bewerber werden eingeladen, für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens ein Angebot (pro angebotenen Los) abzugeben.

2. Die Ausschreibungsunterlagen (Informationsteil 1a) lauten auszugsweise wie folgt (die gestrichenen Passagen sind hervorgehoben):

„4. Beschaffungsgegenstand

Die meisten EU-Länder haben bereits organisierte Darmkrebs-Screening-Programme implementiert. Im Stichjahr 2020 waren es 20 EU-Mitgliedstaaten. Diesen Umstand möchte die EU-Kommission weiter bestärken und die Mitgliedstaaten bei der Krebsvorsorge unterstützen. Ziel ist es, bis 2025 90% der Bürger, die für Darmkrebs-Screenings infrage kommen, ein solches Screening anzubieten. Die EU-Kommission empfiehlt immunchemische Stuhltests auf Darmkrebs bei Menschen zwischen 50 und 74 Jahren anstelle von Stuhluntersuchungen auf okkultes Blut, um festzustellen, ob eine Überweisung zur Darmspiegelung (Koloskopie) nötig ist.

Das Nationale Screening Komitee für Krebserkrankung (NSK) empfiehlt ein qualitätsgesichertes Darmkrebs-Screening-Programm mittels Koloskopie oder F.I.T. (faecal immunochemical testing) für Personen im Alter zwischen 45 und 75 Jahren. Beide Screening-Strategien werden als gleichwertig angesehen; den Bürgern soll

mittels geeigneter Methoden eine informierte Entscheidung ermöglicht werden. Zur Wahl stehen die Durchführung einer Koloskopie oder die Durchführung eines F.I.T.: Bei unauffälligem Befund soll die Koloskopie alle zehn Jahre und der F.I.T. alle zwei Jahre wiederholt werden. Die Leistungserbringung umfasst die Konzeption und Umsetzung eines Datenflussmodells sowie eine standardisierte und einheitliche Dokumentation über den gesamten Screeningprozess sowie der kurativen Behandlung. Dementsprechend wird der Leistungsvertrag eine entsprechende Verpflichtung diesbezüglich enthalten. Zudem hat die Leistungserbringung im Hinblick auf die Abklärungskoloskopien nach den im Zeitpunkt der Durchführung der Abklärungskoloskopien geltenden Qualitätsstandards für Vorsorge-Koloskopien zu erfolgen.

Die Zielgruppe des gegenständlichen Vergabeverfahrens „Darmkrebs-Screening“ besteht aus Personen mit Hauptwohnsitz in Wien, die im Alter zwischen 45 und 75 Jahren (das sind rund 700.000 Personen) sind und in den vergangenen 10 Jahren (Auswertung der letzten 8 Jahre wird berücksichtigt) keine (Vorsorge-)Koloskopie durchgeführt haben sowie in den letzten zwei Jahren keinen F.I.T. durchgeführt haben (das sind rund 400.000 Personen). Die Zahlen sind auf bestehenden Annahmen geschätzt und können im Realbetrieb abweichen.

Klarstellend wird festgehalten, dass Versicherte aus der Zielgruppe die Wahl haben, einen F.I.T. durchzuführen oder eine Vorsorge-Koloskopie der Sozialversicherung in Anspruch zu nehmen, da beide Screeningstrategien gleichwertig sind. Die Vorsorge-Koloskopie der Sozialversicherung ist nicht Gegenstand der Ausschreibung. Gegenstand des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist die Planung und Durchführung eines populationsbezogenen Darmkrebs-Screenings mittels F.I.T. (Los 1) sowie (allenfalls) die Durchführung von Abklärungskoloskopien samt Nebenleistungen, sofern diese nicht zeitgerecht über den niedergelassenen Bereich vereinbart werden können (Los 2). Klarstellend wird festgehalten, dass nur die Planung und Durchführung eines populationsbezogenen Darmkrebs-Screenings mittels F.I.T. (Los 1) Teil des Screenings ist, während allfällige Abklärungskoloskopie (Los 2) kein Teil des Screenings ist.

Das Ziel des gegenständlichen Vergabeverfahrens „Darmkrebs-Screening“ ist durch ein frühzeitiges Screening eine Reduktion der Mortalität von Darmkrebs bzw einen Zugewinn an gesunden Lebensjahren und Verbesserung der Lebensqualität zu erreichen, wobei keine Übernahme der Leistungen aus dem niedergelassenen Bereich angestrebt wird. Bei einer Diagnose im frühen Stadium ist eine Heilung von Darmkrebs gut möglich. Ein bevölkerungsbasiertes Screening trägt zur Senkung der Erkrankungshäufigkeit und Sterblichkeit bei. Der Ablauf der Leistungserbringung und der einzelne Leistungsabruf werden in der Rahmenvereinbarung oder im Rahmenvertrag im Detail den Bieter in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zur Verfügung gestellt.

Gegenstand des Vergabeverfahrens ist der Abschluss von zwei Rahmenvereinbarungen (zwei Lose). Die Laufzeit der Rahmenvereinbarungen beträgt jeweils 8 Jahre. Zwischen der AG und der AN wird bei Abruf der AG aus der Rahmenvereinbarung ein Rahmenvertrag geschlossen. Die Laufzeit des Rahmenvertrages beträgt 2 Jahre; dies entspricht auch der Laufzeit einer Projektphase. Gegenstand von Los 1 ist die Beschaffung diverser Leistungen betreffend die Planung und

Durchführung eines populationsbezogenen Darmkrebs-Screenings. Der AG beabsichtigt auf Grundlage der Rahmenvereinbarung in Los 1 über die gesamte Laufzeit insgesamt Leistungen im Gesamtwert von EUR 300 Millionen zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer abzurufen (geschätzter Auftragswert), wobei das maximal zulässige Abrufvolumen EUR 500 Millionen zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer beträgt. Gegenstand von Los 2 ist die Durchführung von Abklärungskoloskopien entsprechend dem Qualitätsstandard für Vorsorge-Koloskopien samt Nebenleistungen, wobei keine Übernahme der Leistungen aus dem niedergelassenen Bereich angestrebt wird. Der AG beabsichtigt auf Grundlage der Rahmenvereinbarung in Los 2 über die gesamte Laufzeit insgesamt Leistungen im Gesamtwert von EUR 120 Millionen zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer abzurufen (geschätzter Auftragswert), wobei das maximal zulässige Abrufvolumen EUR 200 Millionen zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer beträgt.

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

Der Bewerber hat in Formblatt ./1a anzugeben, für welche Lose er sich bewirbt.

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

(i) Projektmanagement: Dies umfasst die Entwicklung und Implementierung eines übergreifenden Projektmanagements für die Umsetzung des gesamten Darmkrebs-Screening Programms während der Projektlaufzeit, wodurch der AN die Rolle einer programmkoordinierenden Stelle bei der Abwicklung des Darmkrebs-Screening Programms zukommt. Zudem umfasst die Leistungserbringung die Konzeption und Umsetzung eines Datenflussmodells sowie eine standardisierte und einheitliche Dokumentation über den gesamten Screeningprozess sowie der kurativen Behandlung. Das Projektmanagement ist so auszurichten, dass im Falle einer positiven Befundung ein rascher und durchgängiger Patientenpfad / Patient Journey in Richtung der erforderlichen Folge-Abklärungen und Behandlungen gewährleistet wird. Die Bereitstellung der notwendigen Informationen, Daten und Unterlagen – jeweils unter Berücksichtigung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen – sowie die Teilnahme an Evaluationsgesprächen mit dem AG sind zentrale Bestandteile des Projektmanagements. Zudem hat die AN aus Los 1 bei Vorliegen eines positiven F.I.T. der teilnehmenden Person im Einvernehmen mit der teilnehmenden Person eine Abklärungskoloskopie innerhalb von 14 Tagen ab Kontaktaufnahme der teilnehmenden Person zu koordinieren (vgl Punkt 4.1 (viii) zur Schnittstellefunktion der AN).

(ii) Kommunikationskonzept sowie professionelle Kommunikationsbegleitung: Dies umfasst die Entwicklung eines Kommunikationskonzeptes für die Zielgruppe sowie die professionelle Kommunikationsbegleitung und die Abwicklung eines strukturierten Einladungsmanagements, um eine möglichst hohe Teilnahmerate der Zielgruppe am Darmkrebs-Screening Programm zu gewährleisten. Die Kommunikation für die Zielgruppe hat in deutscher, englischer, türkischer, bosnischer, kroatischer und serbischer Sprache zu erfolgen.

(iii) Bereitstellung von Testkits: Dies umfasst 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.
- Der immunchemische Stuhltest muss mindestens 7 Tage bei Raumtemperatur stabil sein.
- Eine einfache und hygienische Handhabung bei der eigenhändigen Probenahme zu Hause muss sichergestellt sein.
- Eine geschlechterspezifische Unterscheidung muss gewährleistet sein.

(iv) Logistikleistungen im Zusammenhang mit F.I.T.: Dies umfasst 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 die qualitätsgesicherte Auswertung der Proben im Labor sowie die anschließende Befundübermittlung – innerhalb von vier Tagen ab Abgabe des F.I.T. der teilnehmenden Person zum Transport in das Labor – 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 die Bereitstellung einer geeigneten IT-Infrastruktur zur Umsetzung des Darmkrebs-Screening Programms. Zusätzlich zur digitalen Registrierung hat die AN der Zielgruppe die Möglichkeit zu verschaffen sich auch analog (zB mittels Formulars) zur Teilnahme am Darmkrebs-Screening Programm zu registrieren.

(vii) Telemedizinische Beratung: Dies umfasst die zeitnahe telemedizinische Beratung der teilnehmenden Person sofern bei dieser ein positiver F.I.T. vorliegt. Im Rahmen der telemedizinischen Beratung ist die teilnehmende Person über das Testergebnis aufzuklären sowie über die Durchführung einer Abklärungskoloskopie zu informieren.

(viii) Terminkoordination Abklärungskoloskopie bei positivem F.I.T. der teilnehmenden Person: Dies betrifft die Unterstützung bei der Terminkoordination einer Abklärungskoloskopie im niedergelassenen Bereich, wobei der Termin zur Abklärungskoloskopie jedenfalls spätestens innerhalb von 14 Tagen ab Kontaktaufnahme der teilnehmenden Person stattzufinden hat. Sofern der Termin zur Abklärungskoloskopie nicht innerhalb von 14 Tagen ab Kontaktaufnahme der teilnehmenden Person im niedergelassenen Bereich koordiniert werden kann, hat die AN mit Rahmenvereinbarungspartnern aus Los 2 einen Termin zur Abklärungskoloskopie – dieser hat innerhalb von 14 Tagen ab Kontaktaufnahme der teilnehmenden Person stattzufinden – zu koordinieren. Zudem ist zum Zwecke allfälliger administrativer oder medizinischer Fragen eine zentrale Serviceline, die an die Gesundheitsberatung 1450 angebunden ist, einzurichten.

4.2. Los 2: Durchführung von Abklärungskoloskopien samt Nebenleistungen

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

(ii) Durchführung von Abklärungskoloskopien innerhalb von längstens 14 Tagen ab Kontaktaufnahme (wobei ausdrücklich keine Übernahme von Leistungen aus dem niedergelassenen Bereich angestrebt wird). Die Leistungserbringung hat nach den im Zeitpunkt der Durchführung der Abklärungskoloskopien geltenden Qualitätsstandards für Vorsorge-Koloskopien zu erfolgen. Dementsprechend wird der Leistungsvertrag vorsehen, dass im Hinblick auf die Abklärungskoloskopien der AN dazu verpflichtet ist, die Qualitätsstandards für Vorsorge-Koloskopien in der geltenden Fassung oder gleichwertige Qualitätsanforderungen oder Qualitätsvorgaben einzuhalten.

(iii) Histopathologie inklusive Befundbesprechung innerhalb von 5 Werktagen ab Durchführung der Abklärungskoloskopien.

(iv) Einmeldung der Untersuchungsergebnisse 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

7.1. Allgemeines

Die Eignung muss grundsätzlich zum Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmefrist vorliegen.

Der Bewerber hat zum Nachweis der Eignung alle in den Formblättern geforderten Angaben zu machen. Außerdem sind die in diesen Ausschreibungsunterlagen und den Formblättern geforderten Nachweise gemeinsam mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen.

[...]

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 (wobei alle Analysen zu einer Probe eine Probeanalyse darstellen) (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 Referenzprojekt 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.2I.-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.2I.-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. Ringversuche

[...]

7.6. Los 2: Technische Leistungsfähigkeit

7.6.1. Durchführung der Abklärungskoloskopie innerhalb des Stadtgebietes Wien

Der Bewerber gewährleistet, dass er für die fachgerechte Ausführung des Auftrages innerhalb des Stadtgebietes Wien hinsichtlich der im Leistungsgegenstand beschriebenen Dienstleistungen über eine geeignete Ausstattung, geeignete Geräte sowie geeignete technische Ausrüstung verfügt.

Zur Bestätigung der Erfüllung dieser Kriterien ist das Formblatt ./7b.1 vorzulegen.

8. Bewerberauswahl

Für Los 1 werden aus den geeigneten Bewerbern die fünf bestqualifizierten Bewerber zur Abgabe eines Angebots aufgefordert.

Für Los 2 werden aus den geeigneten Bewerbern die zwölf bestqualifizierten Bewerber zur Abgabe eines Angebots aufgefordert.

Bei der Ermittlung der bestqualifizierten Bewerber werden nachstehende Auswahlkriterien zugrunde gelegt:

8.1. Los 1: Auswahlkriterien

8.1.1. Auswahlreferenzen Laboranalysen

Jeder Bewerber kann bis zu 5 Auswahlreferenzen betreffend Laboranalysen vorlegen (Formblatt ./8a.1.).

Eine Auswahlreferenz wird nur gewertet, wenn sie die Mindestanforderungen für eine Eignungsreferenz (Punkt 7.5.1. (i)) erfüllt. Es werden nur die ersten 5 vorgelegten Referenzen gewertet.

Eine Doppelnennung der Eignungsreferenzen auch als Auswahlreferenzen ist unzulässig.

Laufende Referenzen werden nur berücksichtigt, wenn die erforderlichen bzw angegebenen 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 Bewerber im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft die referenzrelevanten Leistungen selbst ausgeführt hat.

Die Auswahlreferenzen werden in den nachfolgenden Kategorien bewertet:

(i) Anzahl an Auswahlreferenzen

Für jede vorgelegte Auswahlreferenz erhält der Bewerber zwei Punkte. Die Eignungsreferenzen werden nicht als Auswahlreferenzen gewertet.

Der Bewerber kann bei fünf vorgelegten wertbaren Auswahlreferenzen demnach maximal 10 Punkte erreichen.

(ii) Anzahl durchgeführter Auswertungen

Die vorgelegten Auswahlreferenzen werden zudem anhand der Anzahl der in 12 Monaten sowie in einer Kalenderwoche durchgeführten Auswertungen wie aus der nachstehenden Tabelle ersichtlich bewertet:

Summe der in 12 Monaten durchgeführten Probeanalysen	Punkte	Summe der in einer Kalenderwoche durchgeführten Probeanalysen	Punkte
50.000 - 60.000	1	2.000 - 3.000	1
> 60.000 und <= 80.000	2	> 3.000 und <= 6.000	2
> 80.000 und <= 140.000	3	> 6.000 und <= 10.000	3
> 140.000 und <= 180.000	4	> 10.000 und <= 14.000	4
> 180.000	5	> 14.000	5

Der Bewerber kann in diesem Kriterium daher für jede der vorgelegten Auswahlreferenzen jeweils maximal 10 Punkte, insgesamt daher maximal 50 Punkte erreichen.

8.1.2. Auswahlreferenzen Logistikleistungen

Jeder Bewerber kann bis zu 5 Auswahlreferenzen betreffend Logistikleistungen vorlegen.

Es werden nur die ersten 5 vorgelegten Auswahlreferenzen gewertet.

Eine Doppelnennung der Eignungsreferenzen auch als Auswahlreferenzen ist unzulässig.

Eine Auswahlreferenz wird nur gewertet, wenn sie die nachfolgenden Anforderungen erfüllt:

- Beförderung von biologischen bzw chemischen Proben, Medizinprodukten oder ansteckungsgefährlicher Stoffe im Sinne des Übereinkommens Accord européen relatif au transport international des marchandises Dangereuses par Route („ADR“) bzw der Gefahrgutverordnung Straße und Eisenbahn („GGVSE“) zum jeweiligen Endkunden oder Abholung und Weitertransport an den Endkunden.

Der Bewerber muss durch die Auswahlreferenz nachweisen, dass er wenigstens 3.000 Beförderungen innerhalb von 10 Werktagen vorgenommen hat. Dazu ist die Anzahl der erfolgten Beförderungen der vorgelegten Auswahlreferenzen zu addieren. Der Bewerber darf dafür maximal 5 Auswahlreferenzen vorlegen, welche die Beförderung innerhalb von 10 Werktagen nachweisen.

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

Laufende Referenzen werden nur berücksichtigt, wenn mit der Leistungserbringung bereits begonnen wurde.

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 Bewerber im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft die referenzrelevanten Leistungen selbst ausgeführt hat.

(i) Anzahl an Auswahlreferenzen

Für jede vorgelegte Auswahlreferenz erhält der Bewerber zwei Punkte. Die Eignungsreferenzen werden nicht als Auswahlreferenzen gewertet.

Der Bewerber kann bei fünf vorgelegten wertbaren Auswahlreferenzen demnach maximal 10 Punkte erreichen.

(ii) Anzahl durchgeführter Beförderungen

Die vorgelegten Auswahlreferenzen werden zudem anhand der Anzahl der in 12 Monaten sowie in einem Kalendermonat durchgeführten Beförderungen wie aus der nachstehenden Tabelle ersichtlich bewertet:

Summe der in 12 Monaten durchgeführten Beförderungen	Punkte	Summe der in einem Kalendermonat durchgeführten Beförderungen	Punkte
> 60.000 und ≤ 72.000	1	> 5.000 und ≤ 6.000	1
> 72.000 und ≤ 90.000	2	> 6.000 und ≤ 8.000	2
> 90.000 und ≤ 140.000	3	> 8.000 und ≤ 14.000	3
> 140.000 und ≤ 210.000	4	> 14.000 und ≤ 17.500	4
> 210.000	5	> 17.500	5

Der Bewerber kann in diesem Kriterium daher für jede der vorgelegten Auswahlreferenzen jeweils maximal 10 Punkte, insgesamt daher maximal 50 Punkte erreichen.

[...]

8.2. Los 2: Auswahlkriterien

[...]

9. Verfahrensablauf zweite Stufe

9.1. Allgemeines

Die nachstehenden Informationen geben einen Überblick über den 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.

Nach dem Abschluss der ersten Stufe des Vergabeverfahrens (Teilnahmephase) werden in Los 1 die fünf bestgereihten Bewerber und in Los 2 die zwölf bestge-

reihnten Bewerber aufgefordert, auf Basis von detaillierten Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe Erstantgebote 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 Vergabepattform zu stellen. Auch die Erstantgebote sind über die Vergabepattform 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 Erstantgebote mit den Bietern über den Leistungsinhalt sowie die jeweiligen Angebote verhandeln und ein Hearing durchführen, im Rahmen dessen der Bieter sein Konzept präsentiert und Fragen zu beantworten hat. Geplant ist die Abhaltung zumindest einer Verhandlungsrunde. Der AG behält sich jedoch vor, den Auftrag auf Basis der Erstantgebote und ohne Durchführung von Verhandlungen zu vergeben, wobei die Hearings jedenfalls stattfinden werden.

Sofern vom AG Verhandlungsrunden durchgeführt werden, kann über das jeweilige Angebot und die Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich verhandelt werden. Jedenfalls steht es dem Bieter vor Abgabe des Erstantgebots frei, Fragen und Änderungsvorschläge an den AG zu richten.

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

Der AG beabsichtigt, die Bieter zur Einreichung von Letztangeboten (LBO) aufzufordern, die die Grundlage für die Auswahlentscheidung der Vertragspartner der Rahmenvereinbarung bilden sollen. Gemeinsam mit dem LBO wird auch ein Konzept abzugeben sein, wobei die die Bieter die Möglichkeit haben werden, ein überarbeitetes Konzept abzugeben. Das mit dem LBO abgegebene finale Konzept wird von der Bewertungskommission gemäß den Bewertungskriterien des Zuschlagskriteriums „Qualität“ bewertet.

Der AG kann von diesen Feststellungen noch nach Durchführung aus sachlichen Gründen (beispielsweise: Angebote sind nicht vergleichbar, unangemessene Angebotspreise etc.) abweichen.

9.2. Angebotsbewertung / Zuschlagskriterien

Ausgewählt als Vertragspartner der Rahmenvereinbarung werden je Los 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 und die Rahmenvereinbarung – Los 1 mit den drei bestgereihten Bietern und die Rahmenvereinbarung – Los 2 mit den sieben bestgereihten Bietern abgeschlossen. Als Zuschlagskriterien werden festgelegt:

Zuschlagskriterien	Maximale Punkte
Qualität	60
Preis	40

Der Abruf erfolgt in beiden Losen bei demjenigen Rahmenvereinbarungspartner, der im Vergabeverfahren das bestbewertete Angebot eingereicht hat, das der Auswahl zugrunde lag. Wenn der Bestbieter im konkret angefragten Zeitraum eine vertragsgemäße Leistungserbringung nicht sicherstellen kann (bspw weil – unabhängig von damit verbundenen allfälligen zivilrechtlichen Folgen – dieser nicht über die erforderlichen Kapazitäten verfügt oder aus sonstigen Gründen nicht an der Leistungserbringung interessiert ist), erfolgt der Abruf vom Bieter, der das zweitbeste Angebot abgegeben; wenn auch dieser die vertragsgemäße Leistungserbringung nicht sicherstellen kann, dann erfolgt der Abruf vom Bieter, der das nächstbeste Angebot abgegeben hat usw („Kaskadenverfahren“).

9.3. Los 1: Konzept

Der Bieter für Los 1 wird mit dem Erstangebot ein Gesamtkonzept für alle Teilbereiche zur Leistungserbringung abzugeben haben, das gemäß den Ausschreibungsunterlagen der zweiten Stufe zu erstellen ist.

Das Konzept wird in 7 gesonderte Kapitel zu unterteilen sein, die nachfolgende Darstellungen zu enthalten haben:

(i) Prozess Projekt- und Risikomanagement: Planung – Überwachung – Koordination – Organisation gesamter Ablauf – Dokumentation (Statusbericht/Kennzahlenbericht) und Kommunikation gegenüber AG

- Darstellung der wesentlichen Arbeitsschritte im Projekt- und Risikomanagement samt den jeweils erforderlichen Ressourcen (insbesondere Umfang des Personaleinsatzes und Personalverfügbarkeit sowie Zuordnung von Leistungen, Funktionen und Verantwortlichkeiten) zur Implementierung eines übergreifenden Projekt- und Risikomanagements für die Umsetzung des gesamten populationsbezogenen Darmkrebs-Screenings;
- Darstellung eines Berichtswesens, um die laufende Leistungsfähigkeit sicherzustellen bzw Optimierungspotentiale zu identifizieren; das Berichtswesen hat insbesondere eine beispielhafte Darstellung möglicher Kennzahlen auf Basis derer die Prozesse gesteuert werden sowie eine transparente Fehlerdokumentation zu enthalten;
- Tools für die Leistungserbringung, insbesondere in Hinblick auf die Einhaltung der Frist für die Auswertung der Proben und Übermittlung der Auswertungsergebnisse;
- Dokumentation der erbrachten Leistungen.

(ii) Prozess Entwicklung und Umsetzung eines Kommunikationskonzeptes und einer professionellen Kommunikationsbegleitung

- Darstellung der Maßnahmen und Tools für eine effektive Kommunikation, insbesondere in Hinblick auf eine möglichst hohe Teilnehmerzahl und die Übernahme der gesamten Kommunikation mit den Teilnehmern;
- Darstellung der wesentlichen Arbeitsschritte samt den jeweils erforderlichen Ressourcen (insbesondere Umfang des Personaleinsatzes und Personalverfügbarkeit sowie Zuordnung von Leistungen, Funktionen und Verantwortlichkeiten);

(iii) Prozess Logistik und Bereitstellung Testkits: Bereitstellung und Lagerung Testkits – Ausgabe/Verteilung der Testkits an Zielgruppe – Abgabe und Transport der Proben in ein geeignetes Labor

- Darstellung der wesentlichen Arbeitsschritte zur Erbringung der erforderlichen Leistungen samt den jeweils erforderlichen Ressourcen (insbesondere Umfang des Personaleinsatzes und Personalverfügbarkeit);
- Tools für die Leistungserbringung, insbesondere in Hinblick auf die Einhaltung der kurzen Frist für die Auswertung der Proben und Übermittlung der Auswertungsergebnisse;
- Dokumentation der erbrachten Leistungen.

(iv) Prozess Labor: Annahme der Proben – Auswertung der Proben – Übermittlung und Einmeldung der Testergebnisse

- Darstellung der wesentlichen Arbeitsschritte samt den jeweils erforderlichen Ressourcen;
- Tools für die Leistungserbringung, insbesondere in Hinblick auf die Einhaltung der Frist für die Auswertung der Proben und Übermittlung der Auswertungsergebnisse;
- Dokumentation der erbrachten Leistungen.

(v) Prozess IT: Bereitstellung einer leistungsfähigen IT-Infrastruktur

- Darstellung der Lösungen und der wesentlichen Arbeitsschritte samt den jeweils erforderlichen Ressourcen (insbesondere Umfang des Personaleinsatzes und Personalverfügbarkeit);
- Darstellung des Sicherheitskonzepts (Cybersecurity) nach aktuellem Stand der Technik sowie weiterer Parameter wie Wartung, Betriebsverantwortung, Back-ups, Service-Levels, Datenmanagement/-haltung/-übermittlung/-fluss.

(vi) Prozess Telemedizinische Beratung

- Darstellung der wesentlichen Arbeitsschritte samt den jeweils erforderlichen Ressourcen (insbesondere Umfang des Personaleinsatzes und Personalverfügbarkeit);
- Dokumentation der erbrachten Leistungen.

(vii) Prozess Terminkoordination Abklärungskoloskopie

- Darstellung der wesentlichen Arbeitsschritte samt den jeweils erforderlichen Ressourcen (insbesondere Umfang des Personaleinsatzes und Personalverfügbarkeit) und IT-Infrastruktur zur Umsetzung einer effizienten Terminkoordination mit den Rahmenvereinbarungspartner[n] aus Los 2;
- Dokumentation der erbrachten Leistungen.

[...]

9.4. Los 2: Konzept

Der Bieter wird für Los 2 mit dem Erstangebot ein Gesamtkonzept für alle Teilbereiche zur Leistungserbringung abzugeben haben, das gemäß den Ausschreibungsunterlagen der zweiten Stufe zu erstellen ist.

Das Konzept wird in 2 gesonderte Kapitel zu unterteilen sein, die nachfolgende Darstellungen zu enthalten haben:

(i) Prozess Schnittstelle Terminkoordination

- Darstellung der wesentlichen Arbeitsschritte samt den jeweils erforderlichen Ressourcen (insbesondere Umfang des Personaleinsatzes und Personalverfügbarkeit) und IT-Infrastruktur zur Umsetzung einer effizienten Terminkoordination mit den Rahmenvereinbarungspartnern aus Los 1;
- Maßnahmen für eine effiziente Kommunikation und Koordination mit dem AG.

(ii) Prozess Abklärungskoloskopien und Histopathologie inkl Einmeldung der Untersuchungsergebnisse

- Darstellung der wesentlichen Arbeitsschritte samt den jeweils erforderlichen Ressourcen (insbesondere Umfang des Personaleinsatzes und Personalverfügbarkeit, Infrastruktur);
- Tools für die Leistungserbringung, insbesondere in Hinblick auf die Einhaltung der Frist für die Auswertung der Proben und Übermittlung der Auswertungsergebnisse;
- Maßnahmen zur Sicherstellung der Leistungserbringung bei – mitunter kurzfristig auftretenden – Spitzenzeiten;
- Darstellung eines Berichtswesens, um die laufende Leistungsfähigkeit sicherzustellen bzw Optimierungspotentiale zu identifizieren; das Berichtswesen hat insbesondere eine beispielhafte Darstellung möglicher Kennzahlen auf Basis derer die Prozesse gesteuert werden sowie eine transparente Fehlerdokumentation zu enthalten;
- Dokumentation der erbrachten Leistungen.

[...]

9.6. Los 1: Preis (Honorar)

Das zweite Zuschlagskriterium „Preis“ bildet der angebotene Gesamtpreis (netto). In den Ausschreibungsunterlagen der zweiten Stufe wird ein Mengengerüst zur Kalkulation eines Preises pro Testkit und eines Preises für die Auswertung pro Testkit bekanntgegeben. Auf Basis dieses Mengengerüsts haben die Bieter in der zweiten Stufe des Verfahrens einen Preis pro Testkit und einen Preis für die Auswertung pro Testkit anzugeben.

Der Gesamtpreis ergibt sich sodann aus der Addition des Preises pro ausgegebenem Testkit und dem Preis pro ausgewertetem Test.

Der Preis ist in Euro inklusive aller Gebühren und Abgaben anzugeben. Die gesetzliche Umsatzsteuer ist getrennt auszuweisen. Nachlässe 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.

Der Auftraggeber behält sich das Recht vor, in über das Preisblatt hinausgehende Kalkulationsunterlagen des Bieters Einsicht zu nehmen bzw weitergehende Kalkulationsunterlagen nachzufordern. Der Bieter verpflichtet sich mit der Abgabe des Angebotes einer derartigen Aufforderung umgehend nachzukommen.

Allfällige Rechen- und Übertragungsfehler werden vom Auftraggeber unabhängig von einer allfälligen Umreihung der Bieter als auch unabhängig vom absoluten Betrag des Rechen- und Übertragungsfehlers berichtigt.

Die Bewertung des Zuschlagskriteriums „Preis“ wird gemäß den Vorgaben in Punkt 9.8.4. erfolgen.

Zudem wird – abhängig von der Teilnahmerate der Zielgruppe – ein Preiszuschlag gewährt. Die Teilnahmerate wird ermittelt, indem der Prozentsatz der tatsächlich ausgewerteten F.I.T. im Verhältnis zur Gesamtzahl der ausgegebenen F.I.T. berechnet wird:

Teilnahmerate (in %) = (Anzahl der ausgewerteten F.I.T. / Gesamtzahl der ausgegebenen F.I.T.) x 100

Ab einer Teilnahmerate von über 50% wird zusätzlich ein Preiszuschlag auf den Preis pro ausgewertetem Testkit in der Höhe von 10% für jede Preisstaffel (Preisstaffeln 1 bis 5) gewährt:

Preisstaffel	Preiszuschlag
Preisstaffel 1: Teilnahmerate > 50 % und <= 60%	10%
Preisstaffel 2: Teilnahmerate > 60% und <= 70%	20%
Preisstaffel 3: Teilnahmerate > 70% und <= 80%	30%
Preisstaffel 4: Teilnahmerate > 80% und <= 90%	40%
Preisstaffel 5: Teilnahmerate > 90%	50%

9.7. Los 2: Preis (Honorar)

Das zweite Zuschlagskriterium „Preis“ bildet der angebotene Gesamtpreis (netto).

In den Ausschreibungsunterlagen der zweiten Stufe wird ein Mengengerüst zur Kalkulation eines Preises pro Abklärungskoloskopie sowie eines Preises pro Histologie bekanntgegeben. Auf Basis dieses Mengengerüsts haben die Bieter in der zweiten Stufe des Verfahrens einen Preis pro Abklärungskoloskopie und einen Preis für die Histologie anzugeben.

Der Gesamtpreis ergibt sich aus der Addition des Preises pro Abklärungskoloskopie sowie Preis pro Histologie.

Der Preis ist in Euro inklusive aller Gebühren und Abgaben anzugeben. Die gesetzliche Umsatzsteuer ist getrennt auszuweisen. Nachlässe 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.

Der Auftraggeber behält sich das Recht vor, in über das Preisblatt hinausgehende Kalkulationsunterlagen des Bieters Einsicht zu nehmen bzw weitergehende Kalkulationsunterlagen nachzufordern. Der Bieter verpflichtet sich mit der Abgabe des Angebotes einer derartigen Aufforderung umgehend nachzukommen.

Allfällige Rechen- und Übertragungsfehler werden vom Auftraggeber unabhängig von einer allfälligen Umreihung der Bieter als auch unabhängig vom absoluten Betrag des Rechen- und Übertragungsfehlers berichtigt.

Die Bewertung des Zuschlagskriteriums „Preis“ wird gemäß den Vorgaben in Punkt 9.8.5. erfolgen.

9.8. Bewertung Zuschlagskriterien

9.8.1. Allgemeines

Die Bewertung der Zuschlagskriterien Qualität und Preis wird wie aus der unter Punkt 9.2. enthaltenen Grafik ersichtlich erfolgen.

Als technisch und wirtschaftlich beste Angebote werden jene betrachtet, welche die höchsten Gesamtpunktwerte erreichen. Für den Fall eines Punktegleichstands in der Endbewertung entscheidet das Los.

9.8.2. Los 1: Kriterium Qualität

Jedes Kapitel des finalen Konzepts und die Präsentation des Konzepts wird von einem Mitglied der Bewertungskommission entsprechend der jeweils erforderlichen Fachkunde nach Maßgabe der Vorgaben in Punkt 9.3. nach der Schulnotenskala anhand von Bewertungskriterien benotet:

(i) Prozess Risiko- und Projektmanagement

- Eignung und Effektivität der dargestellten Arbeitsschritte und Maßnahmen in Hinblick auf eine geordnete und fristgerechte Leistungserbringung, insbesondere in Hinblick auf die Planung, Überwachung, Koordination, Organisation des Gesamtablaufs sowie Dokumentation;
- Eignung und Effektivität des dargestellten Berichtswesens, insbesondere zur Sicherstellung der laufenden Leistungsfähigkeit und Identifikation von Optimierungspotentialen;
- Eignung und Effektivität der dargestellten Tools, insbesondere in Hinblick auf die Einhaltung der Fristen;
- Ausreichender Umfang des Personaleinsatzes und der Personalverfügbarkeit;
- Eignung und Effektivität der dargestellten Maßnahmen zur Sicherstellung der Leistungserbringung in Spitzenzeiten;

- Eignung und Effektivität der dargestellten Maßnahmen in Hinblick auf die Kommunikation und Koordination mit dem AG;
- Ausreichender Grad an Detailliertheit der Dokumentation;
- Nachvollziehbarkeit/Plausibilität der gesamten Ausarbeitung.

(ii) Prozess Entwicklung und Umsetzung eines Kommunikationskonzeptes und einer professionellen Kommunikationsbegleitung

- Eignung und Effektivität der dargestellten Arbeitsschritte und Maßnahmen in Hinblick auf eine geordnete und fristgerechte Leistungserbringung, insbesondere in Hinblick auf eine möglichst hohe Teilnahmequote;
- Eignung und Effektivität des dargestellten Berichtswesens, insbesondere zur Sicherstellung der laufenden Leistungsfähigkeit und Identifikation von Optimierungspotentialen;
- Ausreichender Umfang des Personaleinsatzes und der Personalverfügbarkeit;
- Ausreichender Grad an Detailliertheit der Dokumentation;
- Nachvollziehbarkeit/Plausibilität der gesamten Ausarbeitung.

(iii) Prozess Logistik und Bereitstellung Testkits

- Eignung und Effektivität der dargestellten Arbeitsschritte und Maßnahmen in Hinblick auf eine geordnete und fristgerechte Leistungserbringung;
- Eignung und Effektivität der dargestellten Tools, insbesondere in Hinblick auf die Einhaltung der Fristen;
- Ausreichender Umfang des Personaleinsatzes und der Personalverfügbarkeit;
- Eignung und Effektivität der dargestellten Maßnahmen zur Sicherstellung der Leistungserbringung in Spitzenzeiten;
- Ausreichender Grad an Detailliertheit der Dokumentation;
- Nachvollziehbarkeit/Plausibilität der gesamten Ausarbeitung.

(iv) Prozess Labor

- Eignung und Effektivität der dargestellten Arbeitsschritte und Maßnahmen in Hinblick auf eine geordnete und fristgerechte Leistungserbringung, insbesondere in Hinblick auf die Annahme der Probe, Auswertung der Proben und Übermittlung sowie Einmeldung der Testergebnisse;
- Eignung und Effektivität der dargestellten Tools, insbesondere in Hinblick auf die Einhaltung der Fristen;
- Ausreichender Umfang des Personaleinsatzes und der Personalverfügbarkeit;
- Eignung und Effektivität der dargestellten Maßnahmen zur Sicherstellung der Leistungserbringung in Spitzenzeiten;
- Ausreichender Grad an Detailliertheit der Dokumentation;
- Nachvollziehbarkeit/Plausibilität der gesamten Ausarbeitung.

(v) Prozess IT

- Eignung und Effektivität der Funktionalitäten und dargestellten Maßnahmen für die private Anwendung;
- Nachvollziehbarkeit/Plausibilität der gesamten Ausarbeitung.

(vi) Prozess Telemedizinische Beratung

- Eignung und Effektivität der dargestellten Arbeitsschritte und Maßnahmen in Hinblick auf eine geordnete und fristgerechte Leistungserbringung;
- Eignung und Effektivität der dargestellten Tools, insbesondere in Hinblick auf die Einhaltung kurzer Fristen;
- Ausreichender Umfang des Personaleinsatzes und der Personalverfügbarkeit;
- Eignung und Effektivität der dargestellten Maßnahmen zur Sicherstellung der Leistungserbringung in Spitzenzeiten;
- Ausreichender Grad an Detailliertheit der Dokumentation;
- Nachvollziehbarkeit/Plausibilität der gesamten Ausarbeitung.

(vii) Prozess Terminkoordination Abklärungskoloskopie

- Eignung und Effektivität der dargestellten Arbeitsschritte und Maßnahmen in Hinblick auf eine geordnete und fristgerechte Leistungserbringung;
- Eignung und Effektivität der dargestellten Tools, insbesondere in Hinblick auf die Einhaltung der Fristen;
- Ausreichender Grad an Detailliertheit der Dokumentation;
- Nachvollziehbarkeit/Plausibilität der gesamten Ausarbeitung.

(viii) Präsentation des Konzeptes

[...]

9.8.3. Los 2: Kriterium Qualität

Jedes Kapitel des finalen Konzeptes und die Präsentation des Konzeptes wird von zumindest einem Mitglied der Bewertungskommission entsprechend der jeweils erforderlichen Fachkunde nach Maßgabe der Vorgaben in Punkt 9.4. nach der Schulnotenskala anhand folgender Bewertungskriterien benotet:

(i) Prozess Schnittstelle Terminkoordination

- Eignung und Effektivität der dargestellten Arbeitsschritte und Maßnahmen in Hinblick auf eine geordnete und fristgerechte Leistungserbringung;
- Eignung und Effektivität der dargestellten Tools, insbesondere in Hinblick auf die Einhaltung der Fristen;
- Ausreichender Grad an Detailliertheit der Dokumentation;
- Nachvollziehbarkeit/Plausibilität der gesamten Ausarbeitung.

(ii) Prozess Abklärungskoloskopien und Histopathologie inkl Einmeldung der Untersuchungsergebnisse

- Eignung und Effektivität der dargestellten Arbeitsschritte und Maßnahmen in Hinblick auf eine geordnete und fristgerechte Leistungserbringung;
- Eignung und Effektivität der dargestellten Tools, insbesondere in Hinblick auf die Einhaltung der Fristen;

- Ausreichender Umfang des Personaleinsatzes und der Personalverfügbarkeit;
- Eignung und Effektivität der dargestellten Maßnahmen zur Sicherstellung der Leistungserbringung in Spitzenzeiten;
- Ausreichender Grad an Detailliertheit der Dokumentation;
- Nachvollziehbarkeit/Plausibilität der gesamten Ausarbeitung.

(iii) Präsentation des Konzeptes

[...]“

3. Die Antragstellerin 1 steht zu [...] im Eigentum der [...], [...]. Eigentümerin dieser GmbH ist die [Kammer], [...].

4. Die Antragstellerin 2 betreibt eine Gruppenpraxis für [...]. Sie hat mit sämtlichen Sozialversicherungsträgern Kassenverträge. Pro Monat werden in der Ordination der Antragstellerin 2 [...] Endoskopien durchgeführt. Herr Dr. C., einer der beiden Gesellschafter der Antragstellerin 2, ist seit 25 Jahren in der [Kammer] als Fachgruppenobmann der Fachgruppe [...] tätig.

5. Die [Kammer] ist gegen die vorliegende Ausschreibung. Sie ist der Auffassung, dass diese gegen die gesamtvertraglichen Bestimmungen des ASVG verstößt. Sie möchte stattdessen, dass im Rahmen von gesamtvertraglichen Lösungen über den niedergelassenen Bereich ein Darmkrebs-Screening-Programm umgesetzt wird, weshalb sie bereits intensive Verhandlungen mit der Sozialversicherung aufgenommen hat, um eine zügige Umsetzung dieses Programmes zu erreichen. Die [Kammer] unterstützt den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin 2 finanziell, indem sie deren Anwaltskosten übernimmt. Sie tut dies, weil sie so wie die Antragstellerin 2 der Auffassung ist, es handle sich hierbei um einen Musterprozess. Die Antragstellerin 2 erhält die finanzielle Unterstützung der [Kammer] deshalb, weil einer ihrer Gesellschafter, Herr Dr. C., als Fachgruppenobmann der Fachgruppe [...] der [Kammer] fungiert, in dieser Funktion exponiert ist und die Interessen von 60 weiteren koloskopierenden Ärzten vertritt, wobei sich Herr Dr. C. gegenüber der [Kammer] bereit erklärt hat, sich im Rahmen dieses Verfahrens zu beteiligen.

6. Die Antragstellerin 2 hat bereits gegen die dieser Ausschreibung vorangegangene Ausschreibung, die denselben Ausschreibungsgegenstand aufwies, einen Nachprüfungsantrag gegen beide Lose eingebracht. Auch dieser Antrag wurde von der [Kammer] finanziell unterstützt. Mangels Antragslegitimation wies das Verwaltungsgericht Wien den Antrag hinsichtlich Los 1 zurück, hinsichtlich Los 2 gab es

dem Antrag Folge und erklärte die Ausschreibung hinsichtlich Los 2 für nichtig (Verwaltungsgericht Wien 31.5.2024, VGW-123/095/15506/2023). In der Folge widerrief der Auftraggeber die gesamte Ausschreibung und machte die gegenständliche Ausschreibung bekannt.

7. Im Vorfeld der ersten Ausschreibung, nämlich nach Veröffentlichung der europaweiten Vorinformation vom 14.8.2023, übermittelte die [Kammer], vertreten durch die Rechtsanwälte GmbH, die auch die beiden Antragstellerinnen im vorliegenden Verfahren vertritt, ein mit 14.9.2023 datiertes Schreiben an den (nunmehrigen) Auftraggeber. Darin stellte sie diverse Fragen an den Auftraggeber, die im Wesentlichen die Zulässigkeit der Ausschreibung betreffen, und führte im Schreiben abschließend wie folgt aus:

„Abschließend weisen wir namens unserer Mandantin darauf hin, dass die seitens des Wiener Gesundheitsfonds hier in Aussicht genommene Vorgangsweise geeignet ist, an den Grundfesten der Organisation der sozialversicherungsrechtlich geregelten Leistungserbringung im Wege der Direktverrechnungsvereinbarungen generell zu rütteln. Würde mit der geplanten Ausschreibung freiberuflicher ärztlicher Leistungen nach dem BVergG bzw nach dem Verfahren sui generis fortgeföhren werden, sähe sich unsere Mandantin gezwungen, von den ihr zur Verfügung stehenden Rechtsmittel[n] Gebrauch zu machen und den Rechtsweg zu beschreiten, um der geplanten unzulässigen Vergabe ärztlicher Leistungen entgegenzutreten. Laut Vorinformation ist eine Veröffentlichung der Ausschreibung für den 20.09.2023 geplant. Um einen Rechtsstreit zu vermeiden, ersuchen wir ehestmöglich, spätestens aber bis zum 19.09.2023, um Zugang der Mitteilung bzw Bestätigung, dass [...] die Bekanntmachung der Ausschreibung aufgeschoben wird, damit die Rahmenbedingungen der Leistungserbringung für das vorliegende Pilotprojekt mit unserer Mandantin geklärt werden können.“

8. Die [Kammer] hat folgende OTS-Pressemitteilung am 30.11.2023 ausgesendet:

„[Kammer] sieht Rechtswidrigkeit bei Ausschreibung der Stadt Wien zu Darmkrebs-Screenings

G.: „Privatisierungswelle unterspült Fundamente des solidarischen Gesundheitswesens“

*Wien (OTS)- Internationale Großkonzerne, die unter dem alleinigen Gesichtspunkt der Profitabilität schleichend die Gesundheitsversorgung unterwandern – was im ersten Moment nach einer Dystopie klingt, wird von der Wiener Stadtpolitik aktiv unterstützt und gefördert. ****

Wien ist derzeit eine von drei Pilotregionen, in denen ein von der Bundesregierung initiiertes, österreichweites Darmkrebs-Screening-Programm zur Umsetzung kommt. Grundlage dafür ist eine Empfehlung des „Nationales Screening-Komitee

auf Krebserkrankungen“. Im Zuge des Programms besteht die Wahlfreiheit zwischen einer ärztlichen Vorsorgekoloskopie und einem selbst zu entnehmenden Stuhl-Schnelltest (FIT), der dann eingeschickt und ausgewertet werden muss.

Der Wiener Gesundheitsfonds hat in diesem Zusammenhang eine rechtlich fragwürdige Ausschreibung in zwei Losen getätigt, die ganz offensichtlich auf die Etablierung von Parallelstrukturen zum niedergelassenen Bereich durch ausländische Konzerne abzielt.

„Das auf schnellen Gewinn ausgerichtete Geschäftsinteresse von ausländischen Großinvestoren und Spekulanten kann keine solide Basis für ein solidarisches und langfristig tragfähiges Gesundheitssystem sein“, so F. G., [...] in der [Kammer]. Diese Ausschreibung verwundere aber umso mehr, „als dass die Stadt Wien damit medizinische Leistungen nach Bundesvergabegesetz (BvergG) ausschreibt, was laut Allgemeinem Sozialversicherungsgesetz (ASVG) gar nicht möglich und damit nicht rechtens ist.“

G. weiter: „Die Früherkennung und die Vorsorge bei Darmkrebs ist ein ganz entscheidender Bestandteil der individuellen Gesundheitsvorsorge. Ein FIT-Test kann zwar Teil eines Früherkennungssystems sein, die Vorsorge ist jedoch nur durch eine ärztliche Koloskopie möglich.“ Daher sollen Patientinnen und Patienten im Gespräch mit der Vertrauensärztin oder dem Vertrauensarzt die richtige Entscheidung für die jeweils individuelle Situation treffen. „Das geht aber nur, wenn die Testabgabe wie in Deutschland oder im Burgenland auch bei besagter Vertrauensärztin bzw. Vertrauensarzt passiert“, erklärt die Vizepräsidentin. Die Patientinnen und Patienten sollen wie auch beim Thema Brustkrebs durch ein Einladungssystem zu ihrer Vertrauensärztin oder ihrem Vertrauensarzt kommen und ihre Situation dort besprechen. „Es wäre ein gefährlicher Trugschluss, zu glauben, es handle sich bei der Darmkrebserkennung um einen simplen Gurgeltest wie bei COVID-19“, so die Allgemeinmedizinerin abschließend.“

9. In der Zeitschrift „[...]“, Mitteilungen der [Kammer]“, Ausgabe [...], führt Frau Dr. G., [...] der [Kammer], in einem mit „Erste Erfolge“ betitelten „Brief der [...] in eigener Sache“ auszugsweise wie folgt aus:

„Über den Finanzausgleich hinaus haben sich mittlerweile zwei ganz klare Trends in der Gesundheitspolitik herauskristallisiert, die von Seiten der Kammer mit großer Sorge betrachtet werden: die Konzernisierung der öffentlichen Gesundheit und die Errichtung von Parallelstrukturen zum niedergelassenen Bereich. Die Stadt Wien positioniert sich bei dieser Entwicklung leider als fragwürdige Vorreiterin, wie wir seit der von uns rechtlich beeinspruchten Ausschreibung zum Darmkrebs-Screening wissen.“

10. Die Initiative zur Einbringung der gegenständlichen Nachprüfungsanträge geht auf die [Kammer] zurück. Das primäre Ziel der Antragstellerinnen ist es, die Ausschreibung insofern dauerhaft zu verhindern, als sie auf das Wesentliche zusammengefasst der Auffassung sind, dass die Bestimmungen des ASVG der gegenständlichen Ausschreibung hinsichtlich Los 1 und Los 2 entgegenstehen und

der Auftraggeber folglich die vorliegende Ausschreibung mit diesem Beschaffungsgegenstand zu keinem Zeitpunkt durchführen darf. Dieses Ziel steht im Einklang mit den Interessen der [Kammer], die die Ausschreibung aus denselben Gründen ebenfalls gänzlich verhindern möchte.

Nur für den Fall, dass die Ausschreibung entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen als rechtskonform erachtet würde, haben sie ein Interesse an der Bewerbung an der gegenständlichen Ausschreibung und würden einen Teilnahmeantrag stellen.

Beide Antragstellerinnen haben plausibel gemacht, dass sie die Eignungsvoraussetzungen bis zum Ende der Teilnahmefrist entweder selbst bzw. mittels geeigneten Subunternehmern erfüllen können.

11. 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 den Trägern 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 Soziales, 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,- 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 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.

12. Die Einmeldung von Koloskopiebefunden durch koloskopierende Ärzte im niedergelassenen Bereich in ELGA ist derzeit nicht der etablierte Standard.

III. Beweiswürdigung

1. Die Feststellungen zu II.1. und II.2. stützen sich auf den Vergabeakt, insbesondere auf die Ausschreibungsunterlagen.
2. Die Feststellungen zu II.3. stützen sich auf die im Verfahren vorgelegten Firmenbuchauszüge.
3. Die Feststellungen zu II.4. stützen sich auf die Angaben in der Verhandlung betreffend die erste Ausschreibung, zumal Dr. C. in der Verhandlung am 19.6.2024 zu Protokoll gegeben hat, dass sich an seinen Angaben im Vergleich zum vorangegangenen Verfahren nichts geändert habe.
4. Die Feststellungen zu II.5. stützen sich auf die Angaben des Zeugen Dr. E. in der mündlichen Verhandlung, das an den Auftraggeber adressierte Schreiben der [Kammer] vom 14.9.2023, die Ausführungen im „Wahrnehmungsbericht 2023 der [Kammer]“, die Angaben der Antragstellerin 2 in ihren Schriftsätzen sowie die Angaben des Dr. C. in der mündlichen Verhandlung.
5. Die Feststellungen zu II.6. stützen sich auf den Vergabe- und Gerichtsakt betreffend die dieser Ausschreibung vorangegangene Ausschreibung.
6. Die Feststellungen zu II.7. stützen sich auf das genannte Schreiben vom 14.9.2023, das im Verfahren vorgelegt wurde.
7. Die Feststellungen zu II.8. stützen sich auf die genannte Pressemitteilung der [Kammer] vom 30.11.2023, die im zur ZI. VGW-123/095/15506/2023 protokollierten Gerichtsakt, auf dessen Verlesung verzichtet wurde, einliegt.
8. Die Feststellungen zu II.9. stützen sich auf die Ausgabe [...] der „[...]“, Mitteilungen der [Kammer]“, die im zur ZI. VGW-123/095/15506/2023 protokollierten Gerichtsakt einliegt.
9. Die Feststellungen zu II.10. stützen sich auf die Angaben der Antragstellerinnen in ihren Schriftsätzen und die dabei vorgelegten Unterlagen, aus denen hervorgeht, dass die Antragstellerinnen einen geeigneten Teilnahmeantrag stellen können, aus deren Angaben in der mündlichen Verhandlung sowie aus den Aussagen der Zeugin Dr. G. und des Zeugen Dr. E. in der mündlichen Verhandlung.

9.1. Dass primär objektive Interessen im Vordergrund der Nachprüfungsverfahren stehen, ergibt sich zunächst wesentlich aus der Rolle der [Kammer]: Diese hat der Auftraggeberin vor der ersten, mittlerweile widerrufenen Ausschreibung, die denselben Leistungsgegenstand zum Inhalt hatte wie die vorliegende Ausschreibung, mit Schreiben vom 14.9.2023 mitgeteilt, dass sie von den ihr zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln Gebrauch machen und den Rechtsweg beschreiten werde, um der geplanten unzulässigen Vergabe ärztlicher Leistungen entgegenzutreten, sollte der Auftraggeber nicht von der Bekanntmachung der Ausschreibung absehen. Weiters ersuchte die [Kammer] darin den Auftraggeber, ehestmöglich, spätestens aber bis zum 19.9.2023 um Zugang der Mitteilung bzw. Bestätigung, dass die Bekanntmachung der Ausschreibung, die laut Vorinformation für den 20.9.2023 geplant sei, aufgeschoben wird, um einen Rechtsstreit zu vermeiden. Dass damit nur ein Nachprüfungsantrag gemeint sein kann, ergibt sich bereits daraus, dass es kein anderes Rechtsmittel gibt, um einer behaupteterweise unzulässigen Vergabe entgegenzutreten. Zudem geht aus der Aussage des Zeugen Dr. E. ausdrücklich hervor, dass die Initiative zum Nachprüfungsantrag hinsichtlich der ersten Ausschreibung von der [Kammer] ausgegangen ist: Er gab nämlich, gefragt zum Schreiben vom 14.9.2023 an, dass er glaube, sich erinnern zu können, dass zunächst auch überlegt worden sei, ob zivilrechtliche Schritte eingeleitet werden können. Dann hätten sie – gemeint die [Kammer] – sich (!) aber zu einem „Musterprozess“ entschieden. Zudem hat die [Kammer], namentlich Frau Dr. G. in der Ausgabe [...] der „[...]“, Mitteilungen der [Kammer]“ von der „von uns rechtlich beeinspruchten“ Ausschreibung gesprochen. Dass es sich dabei, wie von Dr. E. behauptet, lediglich um eine „verkürzte politische Aussage“ gehandelt hat, ist insbesondere im Lichte des Schreibens der [Kammer] vom 14.9.2023 nicht glaubwürdig.

Zentral sind auch die Angaben des Dr. C., einem von zwei Gesellschaftern der Antragstellerin 2. Zwar gab deren Rechtsvertreter in der mündlichen Verhandlung an, dass sich die Antragstellerin 2 durch die Ausschreibung in Los 2 in ihrer Rechts- und Wirtschaftsposition im Hinblick auf bestehende Kassenverträge in Gefahr sehe, weshalb die Antragstellerin 2, sollte die Ausschreibung für rechtskonform erachtet werden, in diesem Fall das Interesse an der Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen hätte und dann auch am Verfahren teilnehmen würde. Konträr dazu gab Dr. C. aber an, dass er nur deshalb von der [Kammer] finanziell unterstützt werde, weil er als Fachgruppenobmann in der [Kammer] fungiere und in

dieser Funktion exponiert sei und die Interessen von 60 (!) weiteren koloskopierenden Ärzten vertrete. Wenn jedoch die Interessen von 60 weiteren Koloskopikern im Verfahren vertreten werden, dann ist es nicht möglich, dass zugleich eigene rechtliche und wirtschaftliche Interessen verfolgt werden, weil diesfalls die 60 weiteren Koloskopiker in Konkurrenz zur Antragstellerin 2 stünden, deren Interessen nicht auch (mit)vertreten werden können. Weiters führte Dr. C. in der Verhandlung aus, dass er sich gegenüber der [Kammer] „bereit erklärt“ habe, sich im Rahmen dieses Verfahrens zu beteiligen. Damit bringt er aber gerade nicht zum Ausdruck, dass die Initiative von ihm, sondern eben, was aus seiner Angabe „habe mich bereit erklärt“ zu schließen ist, von der [Kammer] ausgegangen ist, was sich im Übrigen mit den bereits erwähnten Angaben des Zeugen Dr. E. hinsichtlich der ersten Ausschreibung deckt. Aus dieser Initiative der [Kammer] im Hinblick auf das Vergabeverfahren geht hervor, dass diese objektive Interessen mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag verfolgt. All diese Umstände zeigen, dass nicht subjektive unternehmerische Interessen der Antragstellerin 2 im Vordergrund stehen, sondern die Geltendmachung von standespolitischen Interessen der [Kammer] bzw. von 60 koloskopierenden Ärztinnen und Ärzten.

9.2. Dafür, also für die Verfolgung objektiver und nicht subjektiver Interessen, spricht auch, dass die Antragstellerin 2 und die [Kammer] (siehe insbesondere die Angaben des Zeugen Dr. E. in der Verhandlung) beide von einem Musterverfahren bzw. Musterprozess im vorliegenden Kontext sprechen. Ein solches Musterverfahren ist dem österreichischen Vergaberecht jedoch fremd. Das Vergabenachprüfungsverfahren dient der Geltendmachung subjektiver Interessen (siehe § 18 Abs. 1 WVRG 2020, § 20 Abs. 1 Z 5 WVRG 2020), letztlich mit dem Ziel, den Vertrag mit dem Auftraggeber zu schließen. Damit – weil eben nur *ein* Vertrag geschlossen werden kann – unterscheidet sich das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren auch von anderen, zivilgerichtlichen (Klags-)Verfahren, deren zugrundeliegendes Rechtsproblem bisweilen nicht nur einen Kläger, sondern auch viele andere betrifft und daher im Rahmen eines solchen Verfahrens mit der Unterstützung der Interessen eines Klägers zugleich auch (implizit) die Interessen anderer verfolgt werden (weil etwa die Feststellung eines entsprechenden Schadenersatzanspruches in einem Fall Signalwirkung für andere, gleichgelagerte Fälle hat und folglich auch andere von dieser Entscheidung für ihr gleichgelagertes Anliegen profitieren; siehe dazu zB *Spitzer*, Kollektivinteressen im Zivilprozess, in GS Rebhahn, 573 [574 ff.]). Allein der Umstand, dass von einem Musterprozess

gesprochen wird, verdeutlicht, dass primär objektive Interessen verfolgt werden.

Für diese Deutung spricht wesentlich auch Folgendes: Die [Kammer] als beruflicher Selbstverwaltungskörper wird durch § 66 ÄrzteG verpflichtet, die gemeinsamen beruflichen, sozialen und wirtschaftlichen Belange der Ärzte wahrzunehmen, sodass die Berücksichtigung individueller Interessen ihre Grenze am (demnach höher zu stellenden) Interesse der Gesamtheit findet (siehe OGH 24.5.2023, 7 Ob 49/23s). Sie handelt etwa wettbewerbswidrig, wenn sie ihre öffentlich-rechtliche Stellung zur Förderung der Interessen bestimmter, einzelner Mitglieder auf Kosten anderer missbrauchen würde (vgl. *Zellenberg*, Was haben Kammern im Lobbygesetz verloren?, ZfV 2012, 769 [771 f.]). Wenn die Antragstellerin 2 im Nachprüfungsverfahren finanziell unterstützt wird, dann kann dies entweder deswegen erfolgen, weil der Nachprüfungsantrag im gemeinsamen (standespolitischen) Interesse der Ärzteschaft liegt – diesfalls werden primär objektive Interessen verfolgt – oder weil die individuellen Belange eines einzelnen Mitglieds unterstützt und damit andere Mitglieder benachteiligt werden, sollten sich diese mit eigenen subjektiven Interessen am Verfahren beteiligen wollen. Mit Blick auf ein Vergabeverfahren, das ausschließlich der Geltendmachung subjektiver Interessen letztlich mit dem Ziel, den Vertrag mit dem Auftraggeber zu schließen, dient, ergibt sich auch daraus, dass die finanzielle Unterstützung der Antragstellerin 2 durch die [Kammer] nur dann als rechtskonform anzusehen sein dürfte, wenn der Nachprüfungsantrag nicht den Einzelinteressen der Antragstellerin 2, sondern den objektiven Interessen der Ärzteschaft bzw. der [Kammer] dient. Für die zweite Deutungsvariante spricht zudem die ausdrückliche Angabe von Dr. C., wonach diese Unterstützung aufgrund seiner exponierten Stellung als Fachgruppenobmann in der [Kammer] erfolge und weil er die Interessen von 60 weiteren Koloskopikern veretre.

9.3. Im Ergebnis gilt für die Antragstellerin 1 nichts anderes: Im Hinblick auf die Antragstellerin 1 liegt zwar keine finanzielle Unterstützung durch die [Kammer] vor. Dennoch dient auch deren Nachprüfungsantrag primär objektiven Interessen und nicht primär den subjektiven Interessen der Antragstellerin 1. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Die Antragstellerin 1 hat zunächst widersprüchlich geschildert, wie das Interesse an der Ausschreibung zustande gekommen sei. In ihrer schriftlichen Stellungnahme vom 7.6.2024 führte sie aus, dass in der [...] nach Veröffentlichung der

Neu-Ausschreibung diskutiert worden sei, in welcher Form eine Beteiligung an der Ausschreibung möglich sei; die *Entscheidung* sei auf die Antragstellerin 1 gefallen, nicht zuletzt aufgrund der Reichhaltigkeit an dort vorhandenen Erfahrungen bei der Erbringung und Organisation medizinischer Leistungen. Demgegenüber hat sie in der mündlichen Verhandlung die schriftlich geschilderte Rolle der [...] anders dargestellt und vorgebracht, dass es eine Managemententscheidung der Antragstellerin 1 gewesen sei („[...] basiert der Entschluss der Teilnahme auf einem eigenständigen Entschluss. Sie hat diesen Entschluss selbständig getroffen.“) und keine mittels Weisung aufgetragene Entscheidung der [Kammer], [...], sich am Verfahren zu beteiligen. Die Antragstellerin 1 habe sich die Ausschreibung im [...] angesehen und dort einen entsprechenden Beschluss gefasst. Die Antragstellerin 1 hätte sich dann um die Ausschreibung gekümmert und die Teilnahme vorbereitet, wobei auch der Gesellschafter das Ok gegeben habe, mit der Vorgabe, kostendeckend anzubieten. Aus dieser Darstellung („Beschluss im [...]“; „Gesellschafter hat das Ok gegeben“) wäre zu schließen, dass es die Initiative der Antragstellerin 1 war, sich am Verfahren zu beteiligen, wobei die [Kammer], [...], dies genehmigt hat (und nicht, dass die Gesellschafterin der Antragstellerin 1 eine Beteiligung mittels Weisung aufgetragen hat). An anderer Stelle führte die Antragstellerin 1 in der mündlichen Verhandlung – zunächst gleichlautend mit den zuvor genannten Angaben – aus, dass es keinen Auftrag und keine Weisung der [Kammer], [...], gegeben habe, sich am Verfahren zu beteiligen und einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Dann führte der Geschäftsführer der Antragstellerin 1 aber aus, dass er in dieser Funktion logischerweise immer Gespräche mit der Gesellschafterin führe, wobei diese der Antragstellerin 1 „geraten“ habe, sich möglichst bald zu beteiligen, damit auch die Koloskopiker, die sich bewerben wollen, teilnehmen können. Auf Nachfrage gab dieser dann aber an, dass es sich nicht nur um einen Rat gehandelt habe, sondern um eine Weisung, wobei es keinen Auftrag gegeben habe, die Ausschreibung zu verhindern.

Diese Ausführungen in der mündlichen Verhandlung weichen nicht nur von den schriftlichen Angaben ab, sondern sie sind auch in sich widersprüchlich. So wurde vorgebracht, dass es eine Managemententscheidung der Antragstellerin 1 gewesen sei, wobei die Gesellschafterin dem zugestimmt habe. Dann wurde konträr dazu ausgeführt, dass es einen Rat gegeben habe, wobei dies auf Nachfrage doch eine Weisung gewesen sei.

Dazu kommt, dass das von der Zeugin Dr. G. vorgelegte E-Mail vom 8.5.2024, mit dem sie eine Weisung an die Antragstellerin 1 gegeben habe, „die Bewerbung der B. GmbH (gemeint offenbar: B. GmbH) für die Ausschreibung des Darmkrebs-screeningprogramms der Stadt Wien unverzüglich zu erstellen. Es ist wichtig, dass die Unterlagen noch im Laufe dieser Woche fertiggestellt werden, damit sich die niedergelassenen Ärztinnen und Ärzte fristgerecht bewerben können.“, weder zur Aussage der Antragstellerin 1 passt, dass es eine Managemententscheidung von ihr gewesen sei, sich am Verfahren zu beteiligen, noch dazu, dass die [Kammer], [...], das Ok zur Bewerbung gegeben habe. Darüber hinaus stehen die Angaben von Dr. G. als Zeugin, wonach sie eine Weisung an die Antragstellerin 1 gegeben habe, sich zu bewerben, in Widerspruch zu den Angaben des Zeugen Dr. E., sodass eine der beiden Zeugenaussagen objektiv falsch gewesen sein muss: Der Zeuge Dr. E. führte nämlich aus, dass die [...] keinen Beschluss gefasst habe, wonach sich die Antragstellerin 1 am Verfahren zu beteiligen habe. Ganz generell sei es so, dass eine Weisung an eine der Töchter der [...] so erfolge, dass die [...] ([...]) eine solche Weisung weitergebe. Dies sei hier aber nicht der Fall gewesen, vielmehr sei es eine Entscheidung des Managements der Antragstellerin 1 gewesen. Ebenso fällt auf, dass die Behauptung, es habe die Vorgabe gegeben, kostendeckend anzubieten, nicht in dem von Dr. G. vorgelegten E-Mail zu finden ist, sodass es, sofern man von der Richtigkeit der Angaben im E-Mail ausgehen wollte, nachfolgend noch zumindest eine weitere Weisung gegeben haben muss, was vor dem Hintergrund, dass bereits fünf Tage später die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag entrichtet wurden, wenig plausibel erscheint.

Neben dieser widersprüchlichen Darstellung ist zudem unglaubwürdig, dass die [Kammer] ihrer [...]gesellschaft die Teilnahme am Verfahren mittels Weisung vorschreibt, gleichzeitig auch anweist, kostendeckend anzubieten (wenngleich sich die Frage einer Angebotsabgabe in der ersten Stufe des Verfahrens noch gar nicht stellt), aber keine Weisung erteilt, einen Nachprüfungsantrag einzubringen, wenngleich ihr auch nach außen hin medial (siehe dazu etwa die Pressemitteilung vom 30.11.2023), gegenüber dem Auftraggeber explizit (siehe das Schreiben der [Kammer] vom 14.9.2023) und im Verfahren mehrfach kundgetanes Ziel (siehe dazu etwa die Aussagen des Zeugen Dr. E. in der mündlichen Verhandlung) darin besteht, die Vergabe gänzlich zu verhindern.

Dazu kommt, dass es nicht nachvollziehbar ist, weshalb eine Weisung erteilt worden sein sollte, mit dem Inhalt, sich möglichst bald zu beteiligen, damit auch die Koloskopiker, die sich bewerben wollen, teilnehmen können. Mit Blick auf die auftraggeberseitig festgelegte Teilnahmeantragsfrist (22.5.2024) erschließt sich nicht, welchen Sinn eine Weisung mit diesem Inhalt haben könnte, steht doch bereits mit der festgelegten Frist fest, bis zu welchem Zeitpunkt eine Beteiligung zu erfolgen hat. Dies insbesondere auch deshalb, weil die Beteiligung von Koloskopikern an Los 2 unabhängig von der Teilnahme der Antragstellerin 1 an Los 1 ist, sodass eine Weisung mit dieser Begründung nicht zu erklären ist. Auch die von der Zeugin Dr. G. vorgebrachten Qualitätsaspekte als Begründung, sind dabei ebenso wenig nachvollziehbar (zumal eine Koloskopie unabhängig von einem F.I.T. durchgeführt werden kann) wie deren Erklärung, weshalb die Antragstellerin 1 von der [...] angewiesen worden sei, sich am Verfahren zu beteiligen: Die Zeugin gab an, dass dies erfolgt sei, weil Ärzte an „uns“ (gemeint: die [Kammer]) herangetreten seien mit der Sorge, dass das Verfahren verloren gehen könnte und diese sich dann nicht am Projekt beteiligen könnten. Dies ist auch deshalb nicht nachvollziehbar, weil Ärztinnen und Ärzte sich unabhängig davon, ob die Antragstellerin 1 mit ihrem Nachprüfungsantrag erfolgreich ist oder nicht, an der Ausschreibung beteiligen können. Die Angaben sind nicht nur nicht nachvollziehbar, sondern auch in sich un schlüssig: So geht aus dem von der Zeugin vorgelegten E-Mail vom 8.5.2024 hervor, dass der Geschäftsführer der Antragstellerin 1 angewiesen wurde, „die Bewerbung“ der Antragstellerin 1 für die gegenständliche Ausschreibung unverzüglich zu erstellen, damit sich die niedergelassenen Ärztinnen und Ärzte fristgerecht bewerben können, wobei es, so die weitere Aussage der Zeugin, keine Weisung an die Antragstellerin 1 gegeben habe, einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Wenn jedoch erst am 8.5.2024 die Weisung erfolgt, eine Bewerbung für die Ausschreibung zu erstellen, dann kann die behauptete Begründung dafür, weshalb es diese Weisung gegeben habe, nicht stimmen: Zu einem Zeitpunkt, in dem noch kein Verfahren läuft und erst die Weisung für die Erstellung einer Bewerbung erfolgt, kann keine Sorge bestehen, dass das Verfahren, das ja noch gar nicht begonnen hat, verloren gehen könnte. Darüber hinaus erstaunt es, dass am Nachmittag des 8.5.2024 erst eine Weisung an die Antragstellerin 1 zugegangen sein soll, eine Bewerbung zu erstellen, und bereits fünf Tage später die Pauschalgebühren für den am 14.5.2024 eingebrachten, 32-Seiten langen Nachprüfungsantrag überwiesen werden. Aus all diesen Umständen folgt, dass keine der in sich gehäuft

widersprüchlichen und nicht nachvollziehbaren Angaben zum Zustandekommen des Interesses der Antragstellerin 1 am Verfahren den Tatsachen entsprechen. Näher liegt die Annahme, dass mit entsprechendem Aufwand versucht wurde, die federführende Hand der [Kammer] im Zusammenhang mit der Stellung des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin 1 (in der Verfolgung des Ziels der [Kammer], die Auftragsvergabe dauerhaft zu verhindern) zu kaschieren bzw. kleinzureden.

Für die federführende Rolle der [Kammer] im Zusammenhang mit der Stellung des Nachprüfungsantrages und damit für die Verfolgung primär objektiver (Standes-)Interessen spricht auch Folgendes: Die [Kammer] hat dem Auftraggeber bereits im September 2023 rechtliche Schritte im Fall des Fortführens des Vergabeverfahrens angekündigt und hinsichtlich der ersten, inhaltsgleichen Ausschreibung die Anfechtung beider Lose durch die nunmehrige Antragstellerin 2 finanziell unterstützt, weil sie das Verfahren als „Musterverfahren“ gesehen hat. Es erschließt sich dem Verwaltungsgericht nicht und es erscheint lebensfremd, dass die [Kammer] ihr auf verschiedene Weisen und auch öffentlichkeitswirksam erklärtes Ziel, die Vergabe dauerhaft zu verhindern, hinsichtlich der vorliegenden Neu-Ausschreibung nur mehr in Bezug auf die Antragstellerin 2 in Los 2 durch die finanzielle Unterstützung ihres Fachgruppenobmannes aufgrund dessen exponierten Stellung, und weil dieser die Interessen von 60 weiteren Koloskopikern vertritt, verfolgt, hinsichtlich Los 1 aber nur die Antragstellerin 1 zur Teilnahme am Verfahren, nicht aber zur Stellung eines Nachprüfungsantrages anweist (Variante 1) bzw. es eine eigenständige Managemententscheidung der Antragstellerin 1 (Variante 2) gewesen sei, den Nachprüfungsantrag hinsichtlich Los 1 einzubringen. Auch vor diesem Hintergrund geht das Verwaltungsgericht Wien davon aus, dass die Antragstellerin 1 als [...]gesellschaft der [Kammer] primär deren objektive Standesinteressen und nicht subjektive Interessen mit dem von ihr gestellten Nachprüfungsantrag verfolgt.

9.4. Schließlich ist auch das äußere Erscheinungsbild und das Zusammenwirken der Beteiligten, also der Antragstellerinnen und der [Kammer], zu beachten, das – wenngleich diesem Umstand für sich betrachtet kein entscheidungswesentliches Gewicht beizumessen ist – ebenso darauf hindeutet, dass primär objektive (Standes-)Interessen bzw. eben nicht primär subjektive Interessen der Antragstellerinnen verfolgt werden. Die Antragstellerin 1 ist eine [...]gesellschaft der [Kammer],

einer der Gesellschafter der Antragstellerin 2 ist Fachgruppenobmann der Fachgruppe [...] innerhalb der [Kammer]. Darüber hinaus wird von den Beteiligten nicht nur im Wesentlichen gleichlautend in unterschiedlichen Konstellationen (Schreiben der [Kammer] vom 14.9.2023, Pressemitteilungen der [Kammer], Nachprüfungsanträge der Antragstellerinnen) vorgebracht, dass die Ausschreibung im Widerspruch zu den Bestimmungen des ASVG stehe. Vielmehr haben sämtliche Beteiligten auch dieselbe Rechtsvertretung, die darüber hinaus auch telefonisch für die geladenen Zeugen Dr. E. und Dr. G., die führende Positionen in der [Kammer] einnehmen, beim Verwaltungsgericht Wien vorspricht. Nicht zuletzt spricht auch die Eigendarstellung etwa in der Ausgabe [...] der „[...]“, Mitteilungen der [Kammer]“, wonach die [Kammer] die (vorangegangene) Ausschreibung zum Darmkrebs-Screening beeinsprucht habe, für die hier vorgenommene Deutung.

9.5. Vor dem Hintergrund der genannten Aspekte geht das Verwaltungsgericht Wien im Hinblick auf beide Antragstellerinnen davon aus, dass diese primär objektive Interessen verfolgen, die darin bestehen, die vorliegende Ausschreibung wegen der dargelegten Auffassung, wonach die Ausschreibung den Bestimmungen des ASVG zuwiderlaufe, gänzlich und dauerhaft zu verhindern, wobei die Initiative für die Stellung der Nachprüfungsanträge von der [Kammer] ausgegangen ist.

9.6. Dass die Antragstellerinnen nur für den Fall, dass die Ausschreibung entgegen ihrer Auffassung als rechtskonform erachtet würde, ein Interesse an der Bewerbung an der gegenständlichen Ausschreibung haben, stützt sich auf deren Angaben in der mündlichen Verhandlung am 19.6.2024 (arg.: „Sollte die Ausschreibung als rechtskonform erachtet werden, dann hätte sie [die Antragstellerin 2) das Interesse an der Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen und würde auch teilnehmen; „Diese beiden [Antragstellerinnen] haben ein eigenständiges Interesse, dass die Ausschreibung rechtskonform ist und sollte dies der Fall sein, dann würden sich beide bewerben.“). Außerdem ergibt sich auch wesentlich aus den zuvor genannten Aspekten, die belegen, dass die Antragstellerinnen primär objektive Standesinteressen verfolgen, dass kein primäres Vertragsabschlussinteresse besteht.

10. Die Feststellungen zu Punkt II.11. stützen sich auf das Vorbringen des Auftraggebers sowie die im (Vor-)Akt einliegenden Unterlagen betreffend die Beschlussfassung der Wiener Zielsteuerungskommission, den Projektplan sowie die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien zur Zl. VGW-123/095/15506/2023.

11. Die Feststellungen zu Punkt II.12. stützen sich auf die Aussagen der Zeugen Mag. I., DI Dr. O. und Mag. R., MBA, MSc sowie der Zeugin Mag. L. in der mündlichen Verhandlung. Der Zeuge Mag. I. führte zwar aus, dass eine Speicherung von Koloskopie-Befunden in ELGA bereits jetzt möglich sei; gleichzeitig gab er aber an, dass er keine Aussage darüber treffen könne, ob und wie viele Ärzte tatsächlich die Befunde speichern. Die Zeugin Mag. L. bestätigte dem Grunde nach die Angabe, dass eine Speicherung bereits jetzt möglich sei, sie könne aber keine Aussagen dazu treffen, ob dies bereits etablierter Standard bei jenen Ärzten sei, die rechtlich noch nicht zur Einmeldung verpflichtet seien. Weiters führte sie aus, dass lediglich in der Grundversion, nicht aber über den Adapter, der zu einer Vereinfachung führe, eine Einmeldung möglich sei. Der Zeuge DI Dr. O. führte aus, dass bei der Einmeldung in ELGA zwischen dem niedergelassenen und dem Spitalsbereich zu unterscheiden sei. Im Spitalsbereich erfolge die Einmeldung direkt, im niedergelassenen Bereich werde das E-Card-System als Adapter benutzt. Theoretisch könnten auch die niedergelassenen Chirurgen und Internisten über die Native-Version Befunde einmelden, nicht aber über das E-Card-System. Ihm sei kein Fall bekannt, dass diese genannten niedergelassenen Ärzte solche Einmeldungen vorgenommen hätten. Der Zeuge Mag. R., MBA, MSc gab an, dass die bestehende Software (gemeint das E-Card-System) keine Möglichkeit vorsehe, Befunde im niedergelassenen Bereich zu speichern.

Aus diesen Zeugenaussagen, die sich in keiner Weise widersprechen und in wesentlichen Aspekten übereinstimmen, geht hervor, dass eine Einmeldung nur in der Grundversion möglich ist, nicht aber mittels des im niedergelassenen Bereich verwendeten E-Card-Systems, das gegenüber der Grundversion Vereinfachungen aufweist. Eine Einmeldung mittels der Grundversion wird von den niedergelassenen Chirurgen und Internisten bislang nicht vorgenommen. Vor diesem Hintergrund wurden die entsprechenden Feststellungen getroffen.

IV. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Antragslegitimation der Antragstellerinnen

1.1. Gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nichtigerklärung 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.

1.2. 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 VwGH 7.6.2022, Ra 2021/04/0014; 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. VwSlg. 18.158 A/2011; 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 Nichtigkeitsklärung 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).

1.3. Aufgrund der vom Auftraggeber vorgebrachten Umstände, die die Antragstellerinnen als solche betreffen, war eine weitergehende Prüfung der Antragslegitimation beider Antragstellerinnen erforderlich (zur Erforderlichkeit einer weitergehenden Prüfung siehe insb. VwGH 17.6.2014, 2012/04/0032; VwSlg. 19.266 A/2015), weshalb das Verwaltungsgericht die Antragstellerinnen mit Schreiben vom 29.5.2024 aufgefordert hat, darzulegen und nachzuweisen, inwiefern sie den Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 WVRG 2020 genügt.

1.4. Wie festgestellt und beweismäßig ausgeführt, geht die Initiative zur Einbringung der Nachprüfungsanträge auf die [Kammer] zurück. Beide Antragstellerinnen sind im Einklang mit den Interessen der [Kammer] primär daran interessiert, dass die Leistungen nicht vom Auftraggeber nachgefragt werden, weil dies ihrer Ansicht nach gegen die Bestimmungen des ASVG und des Gesundheits-Zielsteuerungsrechts verstoße. Gleichzeitig haben die Antragstellerinnen selbst vorgebracht, (erst) dann ein entsprechendes Interesse am Vertragsabschluss zu haben, sollte die Ausschreibung nicht für rechtswidrig erklärt werden, wobei sich dies auch aus den dargelegten Umständen zu den primär verfolgten objektiven (Standes-)Interessen ergibt.

Mangels höchstgerichtlicher Rechtsprechung scheint es fraglich, ob es für die Plausibilisierung des Interesses am Vertragsabschluss ausreichend ist, wenn die Antragstellerinnen primär objektive Interessen im Einklang mit den Interessen der initiativ für die Einbringung der Nachprüfungsanträge tätigen [Kammer] verfolgen, wobei das vordergründige Ziel darin besteht, die Ausschreibung dauerhaft zu verhindern und lediglich ein eventualiter geäußertes Interesse an einem solchen Abschluss – nämlich für den Fall, dass das vordergründige Ziel nicht erreicht wird – besteht.

Dagegen spricht, dass das Vergabenachprüfungsverfahren entgegen dem eigentlichen Zweck, die Verfolgung subjektiver Rechte von am Verfahren interessierten Unternehmern zu ermöglichen, wie hier, zu (standes-)politischen Auseinandersetzungen abseits vergaberechtlicher Fragestellungen genützt werden kann, solange geeignete Unternehmer angehalten werden, Nachprüfungsverfahren anzustrengen.

Dafür spricht, dass die Antragslegitimation und damit der Rechtsschutz weit zu verstehen ist (siehe im vergaberechtlichen Kontext zB VfSlg. 16.118/2001,

16.391/2001). Das Verwaltungsgericht Wien geht im Ergebnis zugunsten der Antragstellerinnen davon aus, dass trotz der im Vordergrund stehenden objektiven Interessen, die im Einklang mit der im Hinblick auf die Einbringung der Nachprüfungsanträge initiativ tätigen und nicht antragslegitimierten [Kammer] primär verfolgt werden, ein lediglich eventualiter geäußertes Vertragsabschlussinteresse ausreichend ist, um den Anforderungen des § 18 Abs. 1 Z 1 WVRG 2020 zu genügen.

Da beide Antragstellerinnen plausibilisieren konnten, dass sie für den Fall der Bescheinigung der Rechtskonformität der Ausschreibung einen – geeigneten – Teilnahmeantrag stellen können, wird auch den Anforderungen des § 18 Abs. 1 Z 2 WVRG 2020 Genüge getan.

1.5. Somit ist im Ergebnis die Antragslegitimation hinsichtlich beider Antragstellerinnen zu bejahen.

2. Zur teilweisen Rechtswidrigkeit der Ausschreibung

2.1. Los 1: Auswahlkriterien „Laboranalysen“ und „Logistikleistungen“

2.1.1. Gemäß § 2 Z 22 lit. a BVergG 2018 sind Auswahlkriterien die vom Auftraggeber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, objektiven, nicht diskriminierenden, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden und zu diesem verhältnismäßigen unternehmerbezogenen Kriterien, nach welchen die Qualität der Bewerber beurteilt wird und die Auswahl im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, bei Innovationspartnerschaften, bei nicht offenen Wettbewerben oder im wettbewerblichen Dialog erfolgt.

2.1.2. Im vorliegenden Fall genügen die Auswahlkriterien „Laboranalysen“ und „Logistikleistungen“ in ihrer Gesamtheit nicht den Anforderungen des § 2 Z 22 lit. a BVergG 2018:

Eine vorgelegte Eignungsreferenz darf nach Punkt 8.1.1. bzw. Punkt 8.1.2. des Informationsteils 1a nicht auch als Auswahlreferenz vorgelegt werden. Für diese Einschränkung sind weder sachliche Rechtfertigungsgründe erkennbar noch konnte der Auftraggeber entsprechende Gründe ins Treffen führen. In seinem

schriftlichen Vorbringen behauptet der Auftraggeber zwar, dass das Doppelnennungsverbot sachlich sei, ohne jedoch Argumente hierfür zu nennen. In der mündlichen Verhandlung führte er aus, dass der Sinn dieser Regelung darin bestehe, dass eine Grundeignung gefordert werde, die mit der Eignungsreferenz nachgewiesen werde. Alles, was darüber hinausgehe, sei insofern progressiv besser und könne daher als Auswahlreferenz verwendet werden.

Nach den Zielsetzungen des Auftraggebers sollen die besseren Bewerber im Hinblick auf ein Qualitäts- und ein Quantitätskriterium ausgewählt werden: Quantitativ zählen die Anzahl der durchgeführten Laboranalysen bzw. Beförderungen. Qualitativ zählen die Anzahl der vorzuweisenden Referenzen, weil diese – so der Auftraggeber – eine angemessene Bewertung der betriebswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (insbesondere operative Zuverlässigkeit und strategische Flexibilität bei der Durchführung mehrerer gleichartiger Projekte) ermöglichen. Wenn die vorgelegte Eignungsreferenz jedoch nicht auch als Auswahlreferenz vorgelegt werden darf, dann führt dies regelmäßig zu unsachlichen Ergebnissen. In dieser Hinsicht wird nämlich nicht gewährleistet, dass – gemessen an den Zielsetzungen, die der Auftraggeber mit diesen Auswahlkriterien verfolgt – der bessere Bewerber ausgewählt wird. Entgegen der Ansicht des Auftraggebers wird mit dem Doppelverwertungsverbot nicht bei allen Bewerbern im Hinblick auf die Anzahl der durchgeführten Laboranalysen bzw. Beförderungen dieselbe „Grundeignung“ vorausgesetzt, wobei das darüber Hinausgehende progressiv besser ist. Vielmehr hängt es regelmäßig von Zufällen ab, welcher Bewerber als besser bewertet wird. Ein Bewerber mit bloß einem mengenmäßig großen Auftrag erzielt bei der Auswahlentscheidung auch im Hinblick auf die Anzahl der durchgeführten Laboranalysen bzw. Beförderungen null Punkte, wenngleich dieser im Hinblick auf das Quantitätskriterium besser ist als etwa ein Bewerber, der zwei mengenmäßig kleine Aufträge vorweisen kann. Auch in anderen Konstellationen hängt es regelmäßig von Zufällen ab, welcher Bewerber als besser eingestuft wird. Weisen zwei Bewerber jeweils zwei Referenzen mit insgesamt gleich viel durchgeführten Laboranalysen vor, so wird einer der beiden als in dieser Hinsicht besser eingestuft, wenn einer seiner beiden Aufträge mengenmäßig kleiner ist (und dieser daher den „kleinen“ Auftrag als Eignungsreferenz verwenden kann). Das Doppelnennungsverbot erweist sich daher insgesamt als unsachlich.

2.1.3. Die Antragstellerin 1 erachtet beide Auswahlkriterien in ihrer Gesamtheit auch deswegen als rechtswidrig, weil bei der Bepunktung nicht Rücksicht darauf genommen werde, dass die Anzahl der Probeanalysen bzw. der Beförderungen auch durch einen mehrjährigen Auftrag erbracht werden könne. Es sei unsachlich, auf die bloße Anzahl der Referenzaufträge abzustellen, wenn es dem Auftraggeber offensichtlich in Wirklichkeit um die Anzahl der durchgeführten Probeanalysen bzw. Beförderungen gehe. Damit ist die Antragstellerin 1 nicht im Recht:

Der Antragstellerin 1 ist zwar zuzustimmen, dass es Konstellationen geben kann, die zu einem unsachlichen Ergebnis führen können. Jedoch ist ein Auswahlkriterium nicht bereits dann unsachlich, wenn nicht auf jede mögliche Konstellation Rücksicht genommen wird. Vielmehr bemisst sich die Sachlichkeit anhand einer Durchschnittsbetrachtung. Zudem ist es, dargestellt anhand des Auswahlkriteriums der Laboranalysen, nicht zu beanstanden, dass der Auftraggeber neben der „Anzahl durchgeführter Auswertungen“ auch die „Anzahl der Auswahlreferenzen“ separat bepunktet, weil damit – so die diesbezügliche Erklärung des Auftraggebers – eine angemessene Bewertung der betriebswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ermöglicht wird. Ebenso ist es zulässig, dass der Auftraggeber eine entsprechende Diversität, die Ausdruck in unterschiedlichen Referenzaufträgen findet, nicht nur bei dem dafür ausdrücklich vorgesehenen Kriterium bepunktet, sondern auch in das zweite Kriterium miteinfließen lässt. Dazu kommt wesentlich, dass mehrjährige Referenzaufträge im Vergleich zu einjährigen Aufträgen regelmäßig auch vorteilhaftere Ergebnisse für den Bewerber liefern können, indem sie es diesem etwa erlauben, den 12-Monats-Zeitraum nach seinem Belieben frei zu wählen. Vergleichbares gilt auch für das der Sache nach gleich ausgestaltete Auswahlkriterium der Logistikleistungen.

2.2. Los 2: Eignungskriterium „Technische Leistungsfähigkeit“

2.2.1. Gemäß § 2 Z 22 lit. c BVergG 2018 sind Eignungskriterien die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden und zu diesem verhältnismäßigen Mindestanforderungen betreffend die Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit (Eignung) an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind.

2.2.2. Die Eignung muss vorliegend spätestens zum Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmeantragsfrist vorliegen. Daraus ergibt sich, dass die Eignungsanforderungen bereits in der ersten Stufe – und somit in den Teilnahmeunterlagen – abschließend und hinreichend bestimmt bekannt gegeben werden müssen, weil nur so eine nachvollziehbare Überprüfung des Vorliegens der Eignung (auch durch den Bewerber selbst) gewährleistet werden kann bzw. nur dann die Möglichkeit besteht, allenfalls unsachliche oder unbestimmte Eignungsanforderungen zu bekämpfen (siehe VwGH 17.12.2019, Ra 2018/04/0199).

2.2.3. Im Ergebnis ist die Antragstellerin 2 hinsichtlich des von ihr geltend gemachten Beschwerdepunktes, wonach sie im Recht auf Festlegung vergaberechtskonformer Eignungskriterien verletzt sei und auf den sie auch begründend Bezug nimmt (siehe die Ausführungen in Punkt 1.2.3.10.; vgl. VwGH 5.4.2017, Ra 2015/04/0097; 14.12.2021, Ro 2021/04/0014), im Recht:

Als einziges Eignungskriterium betreffend die technische Leistungsfähigkeit sehen die Ausschreibungsunterlagen in Punkt 7.6.1. des Informationsteils 1a unter der Überschrift „Durchführung der Abklärungskoloskopie innerhalb des Stadtgebietes Wien“ vor, dass der Bewerber zu gewährleisten hat, dass er für die fachgerechte Ausführung des Auftrages innerhalb des Stadtgebietes Wien hinsichtlich der im Leistungsgegenstand beschriebenen Dienstleistungen über eine geeignete Ausstattung, geeignete Geräte sowie geeignete technische Ausrüstung verfügt, wobei er zur Bestätigung der Erfüllung dieser Kriterien das Formblatt .7b.1 vorzulegen hat.

Es stellt sich im Rahmen einer objektiven Auslegung die Frage, auf welche vorgesehenen Dienstleistungen mit diesem Kriterium Bezug genommen wird. Aus der Überschrift zu Punkt 7.6.1. des Informationsteils 1a – „Durchführung der Abklärungskoloskopie innerhalb des Stadtgebietes Wien“ – geht hervor, dass sich dieses Eignungskriterium nur auf die Durchführung der Abklärungskoloskopie bezieht; dies umso mehr, als der Leistungsgegenstand zu Los 2 in Punkt 4.2. des Informationsteils 1a mit „Durchführung von Abklärungskoloskopien samt Nebenleistungen“ umschrieben ist, sodass es bei dieser Betrachtung nahe liegt, dass sich das Eignungskriterium lediglich auf die Durchführung der Abklärungskoloskopie bezieht. Konträr dazu wird im Ausschreibungstext in Punkt 7.6.1. des Informationsteils 1a auf die „im Leistungsgegenstand beschriebenen Dienstleistungen“ Bezug genommen, somit wohl (ohne diese jedoch ausdrücklich zu nennen) auch auf jene

hinsichtlich der Errichtung eines Terminkoordinationssystems, einer Histopathologie inklusive Befundbesprechung und der Einmeldung der Untersuchungsergebnisse in ELGA, je nach etabliertem Standard und rechtlicher Möglichkeit, wobei die Nutzung von ELGA in Abhängigkeit der Entwicklungen von ELGA zu sehen ist und daher unter Umständen (interimistisch) auch andere Systeme erforderlich sind, um den Dokumentationserfordernissen zu genügen.

2.2.4. Da ein eindeutiges Auslegungsergebnis aufgrund der divergierenden Angaben nicht erzielt werden kann, erweist sich dieses Eignungskriterium als nicht hinreichend bestimmt und somit als rechtswidrig.

3. Zur Rechtskonformität der Ausschreibung im Übrigen

3.1. Zum behaupteten fehlenden Vergabewillen

3.1.1. 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.

3.1.2. 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).

3.1.3. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wohnt dieser Bestimmung somit ein subjektives und ein objektives Element inne. 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).

3.1.4. Daraus folgt für die vorliegende Fälle Folgendes:

3.1.4.1. Bei der Beurteilung, ob § 20 Abs. 4 BVergG 2018 der vorliegenden Ausschreibung entgegensteht ist nach der dargelegten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur dann von einem fehlenden Vergabewillen auszugehen, 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. 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. Nur dann, wenn der Vertragserfüllung unzweifelhaft bereits im Vorhinein rechtliche und/oder finanzielle Hindernisse entgegenstehen, ist dies nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Rahmen des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens aufzugreifen. Diese Auslegung des § 20 Abs. 4 BVergG 2018 wird auch dem Zweck dieser Bestimmung gerecht, wonach diese (lediglich) einen Missbrauch des Vergaberechts und eine damit verbundene Ausbeutung potentieller Bieter hintanhaltend soll (vgl. *Eilmansberger/Fruhmann*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* [Hrsg.], BVergG 2006, § 19 Rz 78 f.). Korrespondierend dazu sind somit nur offenkundige (arg. „von vornherein außer Zweifel steht“) rechtliche und/oder finanzielle Vertragserfüllungshindernisse im Nachprüfungsverfahren aufzugreifen.

3.1.4.2. Im Lichte der Angaben des Auftraggebers 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 (§ 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.

3.1.4.3. Soweit die Antragstellerinnen die rechtliche Befugnis des Auftraggebers und damit einen fehlenden Vergabewillen in dieser Hinsicht behaupten, ist ihnen Folgendes entgegenzuhalten:

§ 2 WGF-G 2017 stellt aufgrund des offenen Wortlauts („insbesondere“) zunächst eine taugliche Rechtsgrundlage für die Durchführung des vorliegenden Projekts dar (vgl. in dieser Hinsicht auch die Nennung der „Prävention“ in § 3 Abs. 2 WGF-G 2017, sodass es entgegen dem Vorbringen der Antragstellerinnen das WGF-G 2017 trotz der demonstrativen Aufzählung der Aufgaben in dessen § 2 jedenfalls nicht stets nur um die Planung, Steuerung und Finanzierung des Gesundheitswesens in Wien geht). Anhaltspunkte dafür, dass diese Bestimmungen kompetenzwidrig wären, wie von den Antragstellerinnen vorgebracht, kann das Verwaltungsgericht Wien im Lichte des Art. 17 B-VG nicht erkennen.

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 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.

Wesentlich ist im vorliegenden Fall, dass die Wiener Zielsteuerungskommission als ein von der Art. 15a-Vereinbarung bzw. dem WGF-G 2017 vorgesehene 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 Träger der Sozialversicherung haben dem Projekt zugestimmt. Aufgrund deren einstimmigen Beschlusses 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 Antragstellerinnen, 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. Diese Argumentation 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. Entgegen der Ansicht der Antragstellerinnen wird somit nicht per se auf das Verständnis der Wiener Zielsteuerungskommission abgestellt, sondern nur deswegen, weil in der Art. 15a-Vereinbarung bzw. dem WGF-G 2017 der Wiener Landeszielsteuerungskommission bzw. genauer dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz die Aufgabe übertragen wird, ein Veto gegen Beschlüsse einzulegen, die gegen geltendes Recht (somit auch gegen die gesamtvertragsrechtlichen Bestimmungen des ASVG), die geltende Art. 15a-Vereinbarung, den Zielsteuerungsvertrag oder gegen Beschlüsse der Organe der Bundesgesundheitsagentur verstoßen. Da die Wiener Landeszielsteuerungskommission, dem von der Art. 15a-Vereinbarung zuständigen und mit Vertretern des Landes, der Träger der Sozialversicherung und dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und

Konsumentenschutz ordnungsgemäß zusammengesetzten Organ, den vorliegenden Beschluss gefasst und damit zum Ausdruck gebracht hat, dass das vorliegende Projekt weder den Bestimmungen des ASVG noch den Zielen der Zielsteuerung-Gesundheit entgegenstehen, steht für das Verwaltungsgericht Wien nicht bereits von vornherein außer Zweifel, dass der Auftraggeber rechtlich nicht in der Lage sein wird, die ausgeschriebenen Leistungen zu vergeben.

3.1.4.4. Hinsichtlich der behaupteten rechtlichen Unzulässigkeit im Hinblick auf datenschutzrechtliche Erwägungen bei der Erfassung der Zielgruppe ist darauf hinzuweisen, dass es dem Auftraggeber etwa auch freistünde, sämtliche Personen mit Wiener Hauptwohnsitz postalisch anzuschreiben oder mittels Ankündigung im Internet zur Teilnahme unter den genannten Voraussetzungen einzuladen. Zudem wird der Einsatz von ELGA in den Teilnahmeunterlagen offengelassen, sodass nicht weiter zu erörtern ist, ob eine entsprechende Einmeldung der Untersuchungsergebnisse in ELGA zulässig ist. Jedenfalls steht auch in dieser Hinsicht nicht von vornherein unzweifelhaft fest, dass der Auftraggeber rechtlich nicht in der Lage sein wird, die ausgeschriebenen Leistungen zu vergeben.

3.2. Zur behaupteten Diskriminierung von Kassenärzten bzw. Ärzten des niedergelassenen Bereichs

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

Gemäß § 20 Abs. 3 BVergG 2018 ist bei der Durchführung von Vergabeverfahren eine gebietsmäßige Beschränkung des Teilnehmerkreises oder eine Beschränkung der Teilnahme auf einzelne Berufsstände, obwohl auch andere Unternehmer die Berechtigung zur Erbringung der Leistung besitzen, unzulässig.

3.2.2. Dass der Auftraggeber mit der Ausschreibung Kassenärzte diskriminieren würde, konnte nicht festgestellt werden. Die Antragstellerinnen verkennen, dass allfällige Unvereinbarkeiten aufgrund (anderweitiger) vertraglicher Verpflichtungen einzelner Unternehmer keine unzulässige Diskriminierung darstellen.

3.2.3. Die behauptete Diskriminierung von Ärzten des niedergelassenen Bereichs geht bereits deshalb ins Leere, weil die Antragstellerin 2 den objektiven Erklärungswert der relevierten Ausschreibungspassage (Punkt 4.2.(i) des Informationsteils 1a) verkennt. Dass keine Übernahme von Leistungen aus dem niedergelassenen Bereich angestrebt wird, bedeutet keineswegs, dass niedergelassene Ärzte von der Erbringung der Leistungen ausgeschlossen sind. Vielmehr wird damit nur zum Ausdruck gebracht, dass abgesehen von den geplanten Leistungen keine Leistungen des niedergelassenen Bereichs übernommen werden sollen. Zudem geht aus Punkt 5. („Teilnahmeberechtigung“) des Informationsteils 1a der Ausschreibungsunterlagen keine entsprechende Einschränkung hervor.

3.3. Zum übrigen Vorbringen

3.3.1. 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 Unternehmern zu vergeben.

3.3.2. 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 BVerG 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 BVerG 2018), zur Anwendung gelangen (ErläutRV 69 BlgNR 26. GP, 163 ff.).

3.3.3. Zweistufige Vergabeverfahren wie das vorliegende sind dadurch gekennzeichnet, dass zunächst eine Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages ergeht und in der Folge aus den geeigneten Bewerbern die (anhand der Auswahlkriterien) am besten bewerteten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Die Teilnahmeunterlagen müssen jedenfalls hinreichend konkret sein, 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 BVerG 2006 sowie zum BVerG 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;

1.2.2024, Ro 2020/04/0020). Ob die Ausschreibungsunterlagen hinreichend konkret sind, kann nur anhand der fallbezogenen Umstände beurteilt werden (vgl. VwGH 10.1.2023, Ra 2020/04/0167).

3.3.4. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die vorliegend zu erbringenden Leistungen als Dienstleistungsaufträge iSd § 7 BVerG 2018 zu qualifizieren sind, wobei es sich um besondere Dienstleistungsaufträge gemäß Anhang XVI des BVerG 2018 handelt. Der Auftraggeber hat keinen im BVerG 2018 vorgesehenen Verfahrenstypus gewählt, sondern sich für ein Verfahren „sui generis“ entschieden. Folglich sind bloß jene Bestimmungen des BVerG 2018 anwendbar, auf die § 151 Abs. 1 BVerG 2018 verweist, d.h., dass insbesondere die primärrechtlichen Vorgaben der Transparenz und der Gleichbehandlung zu beachten sind.

3.3.5. Dazu kommt, dass es sich vorliegend um ein zweistufiges Vergabeverfahren handelt. 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. Die Teilnahmeunterlagen müssen nur hinreichend konkret sein, um einem interessierten Unternehmer die Beurteilung zu ermöglichen, ob eine Teilnahme an diesem Vergabeverfahren möglich und sinnvoll ist.

3.3.6. Vor diesem Hintergrund zeigt die Antragstellerin 1 mit ihren Behauptungen, dass die Leistungsbeschreibung zu wenig spezifisch sei und zu einer unzulässigen Überwälzung unkalkulierbarer Risiken führe, die wesentlichen Vertragsbestimmungen hätten angegeben werden müssen, das Zuschlagskriterium „Preis“ gemäß Punkt 9.6. des Informationsteils 1a wegen unbestimmter Teilnahmebedingungen und aufgrund mangelnder Mengenschätzung zur Preiskalkulation unzulässig sei und mangels festgelegter Mindestabrufmenge im Hinblick auf Punkt 9.2. des Informationsteils 1a ein unkalkulierbares Risiko bestehe, keine Rechtswidrigkeit der Teilnahmeunterlagen auf:

3.3.6.1. Insbesondere im Hinblick auf die in Punkt 4. („Beschaffungsgegenstand“), Punkt 7. („Eignung“), Punkt 8. („Bewerberauswahl“) und Punkt 9. („Verfahrensablauf zweite Stufe“, inkl. „Angebotsbewertung/Zuschlagskriterien“ und „Bewertung Zuschlagskriterien“) des Informationsteils getroffenen Feststellungen kann das Verwaltungsgericht Wien nicht erkennen, aus welchen Gründen ein Unternehmer nicht im Stande wäre zu beurteilen, ob eine Teilnahme am Verfahren

für ihn sinnvoll und möglich wäre. Vielmehr ergibt sich ein klares Bild vom Beschaffungsgegenstand und von den von den Auftragnehmern zu erbringenden Leistungen. Dabei ist es für die Beurteilung eines Bewerbers, ob eine Teilnahme am Verfahren möglich und sinnvoll ist, nicht entscheidend, welches Dokumentationssystem zur Anwendung gelangt. Wenn die Antragstellerin 1 vorbringt, es bestehe in diesem Zusammenhang und damit im Zusammenhang mit dem Zuschlagskriterium „Preis“ ein unkalkulierbares (Kosten-)Risiko, ist darauf hinzuweisen, dass dies im vorliegenden Verfahren sui generis zur Vergabe einer besonderen Dienstleistung, das Verhandlungen vorsieht, erst auf Ebene der zweiten Stufe im Zusammenhang mit der Angebotsabgabe zu beurteilen ist. Weil es dem Auftraggeber etwa auch freisteht, im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe entsprechende Kostenersatzregelungen für die Nutzung des noch zu bestimmenden Dokumentationssystems zu treffen oder ein Dokumentationssystem unentgeltlich zur Verfügung zu stellen, trifft das Vorbringen der Antragstellerin 1, dass ein unkalkulierbares Risiko bestehe und bereits zum jetzigen Zeitpunkt eine Anfechtung der entsprechenden Bestimmung erforderlich sei, bereits vor diesem Hintergrund nicht zu.

3.3.6.2. Die wesentlichen Vertragsbestimmungen und somit „unverhandelbare vertragliche Mindestanforderungen“ sind in einem zweistufigen Verfahren zur Vergabe einer besonderen Dienstleistung nicht für die Beurteilung eines Bewerbers erforderlich, ob eine Teilnahme am Verfahren möglich und sinnvoll ist, und daher nicht in den Teilnahmeunterlagen festzulegen. Wie der Auftraggeber zu Recht ausführt, kommt vorliegend die Bestimmung des § 114 BVergG 2018, die die Bekanntgabe von Mindeststandards (Abs. 1) vorsieht, über die nicht verhandelt werden darf (Abs. 2), deshalb nicht zur Anwendung, weil es sich um die Vergabe einer besonderen Dienstleistung in einem vom Auftraggeber selbst gewählten Verfahren handelt. Wenn die Antragstellerinnen in ihren Stellungnahmen vom 7.6.2024 ausführen, dass sich die Verpflichtung zur Angabe von Mindestanforderungen in den Teilnahmeunterlagen unabhängig von der Bestimmung des § 114 BVergG 2018 aus § 20 Abs. 1 BVergG 2018 ergebe, so ist sie damit nicht im Recht. Das BVergG 2018 sieht für besondere Dienstleistungen nur rudimentäre Regeln vor und räumt dem Auftraggeber eine größere Freiheit in der Verfahrensgestaltung ein. Diese Zielsetzung wäre konterkariert, würde man die Vorgaben des § 114 BVergG 2018 im Wege des § 20 Abs. 1 BVergG 2018 vollständig auf den

Bereich der Vergabe besonderer Dienstleistungen übertragen (vgl. VwGH 21.2.2023, Ra 2021/04/0223).

3.3.6.3. Wenn die Antragstellerin 1 bemängelt, dass in den Teilnahmeunterlagen ein Mengengerüst zur Kalkulation und eine Mindestabrufmenge hätte angegeben werden müssen, so zeigt sie damit keine Rechtswidrigkeit der Ausschreibung auf: In einem zweistufigen Vergabeverfahren wie vorliegend ist trotz eines geringeren erforderlichen Konkretisierungsgrads zwar der geschätzte Gesamtwert der gemäß der Rahmenvereinbarung zu erbringenden besonderen Dienstleistungen in den Teilnahmeunterlagen anzugeben, damit ein interessierter Unternehmer auf der Grundlage dieser Schätzung seine Leistungsfähigkeit zur Erfüllung der Verpflichtungen aus der Rahmenvereinbarung beurteilen kann (VwGH 1.2.2024, Ro 2020/04/0020, unter Verweis auf EuGH 17.6.2021, C-23/20, *Simonsen & Weef*). Zusätzlich zum geschätzten Gesamtwert, den der Auftraggeber je Los bekanntgegeben hat, war der Auftraggeber nicht gehalten, in den Teilnahmeunterlagen auch ein Mengengerüst zur Kalkulation oder eine Mindestabrufmenge anzugeben (siehe zudem § 31 Abs. 7 BVergG 2018, wonach die Rahmenvereinbarung eine „Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung“ ist).

3.3.6.4. Dasselbe gilt im Hinblick auf das gleichgelagerte Vorbringen der Antragstellerin 2 betreffend ihre Behauptungen, dass die Leistungsbeschreibung hinsichtlich Punkt 4.2.(iv) des Informationsteils zu wenig spezifisch sei und zu einer unzulässigen Überwälzung unkalkulierbarer Risiken führe, die wesentlichen Vertragsbestimmungen hätten angegeben werden müssen, das Zuschlagskriterium „Preis“ gemäß Punkt 9.7. des Informationsteils 1a wegen unbestimmter Teilnahmebedingungen und aufgrund mangelnder Mengenschätzung zur Preiskalkulation unzulässig sei und mangels festgelegter Mindestabrufmenge im Hinblick auf Punkt 9.2. des Informationsteils 1a ein unkalkulierbares Risiko bestehe.

4. Zur Streichung einzelner Passagen

4.1. Gemäß § 23 Abs. 2 WVRG 2020 kommt als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung von für Unternehmerinnen oder Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in der Ausschreibung in Betracht.

4.2. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur vergleichbaren Bestimmung des § 347 Abs. 2 BVergG 2018 kommt eine Streichung einzelner Bestimmungen (anstelle der Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung) dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde (vgl. VwGH 1.2.2024, Ro 2020/04/0020).

4.3. Durch die Streichung jener Passagen, die das Doppelnennungsverbot in den Punkten 8.1.1., 8.1.1.(i), 8.1.2. und 8.1.2.(i) des Informationsteils 1a hinsichtlich Los 1 betreffen, verbleibt danach weder kein Ausschreibungsgegenstand noch bekommt die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt und schließlich wird dadurch auch kein anderer Bieterkreis angesprochen. Folglich ist von einer Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung abzusehen. Lediglich die entsprechenden Passagen sind zu streichen.

4.4. Das Eignungskriterium betreffend die technische Leistungsfähigkeit in Punkt 7.6.1. des Informationsteils 1a lässt sich, wie dargelegt, auf zwei Weisen deuten, wobei ein eindeutiges Ergebnis nicht erzielt werden kann: Während die erstgenannte Variante – das Eignungskriterium bezieht sich nur auf die Durchführung von Abklärungskoloskopien, nicht jedoch auf die weiters vorgesehenen Nebenleistungen – als rechtskonform anzusehen ist, trifft dies bei der zweitgenannten Variante, wie dargelegt, nicht zu.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind Festlegungen in der Ausschreibung im Zweifel gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Bei einer als auslegungsbedürftig anzusehenden Erklärung ist daher im Zweifel davon auszugehen, dass der Auftraggeber keine vergaberechtswidrige Festlegung treffen wollte (siehe zB VwGH 12.6.2023, Ra 2020/04/0077).

Mit der Streichung der entsprechenden Passage wird nunmehr aber ein eindeutiges Auslegungsergebnis erzielt. Es ist durch die Streichung lediglich zu gewährleisten, dass für die „Durchführung der Abklärungskoloskopie innerhalb des Stadtgebietes Wien“ eine geeignete Ausstattung, geeignete Geräte sowie eine geeignete technische Ausrüstung vorhanden ist. Damit wird auch ein rechtswidriges Ergebnis vermieden: Im Hinblick darauf, dass der Leistungsgegenstand in der ersten Stufe hinsichtlich der Errichtung eines Terminkoordinationssystems und der Verwendung

von ELGA (oder eben einem anderen System) noch einen geringeren Konkretisierungsgrad aufweist und die genauen Anforderungen an den Inhalt bzw. die weiteren Bestandteile des Angebots bzw. der Angebote den zur Angebotslegung aufgeforderten Bietern erst in den Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe zur Verfügung gestellt wird, wäre es bei der gegenteiligen Deutungsvariante weder dem Auftraggeber noch einem Bewerber zum Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmeantragsfrist aufgrund des in dieser Hinsicht (durch den Verweis auf den teils noch unbestimmten Leistungsgegenstand) nicht hinreichend bestimmten Eignungskriteriums möglich zu beurteilen, ob ein Bewerber die vom Auftraggeber festgelegte technische Leistungsfähigkeit besitzt, zumal die Einmeldung von Kolooskopiefunden in ELGA derzeit nicht als etablierter Standard anzusehen ist. Somit könnte im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine nachvollziehbare Überprüfung des Vorliegens der Eignung nicht gewährleistet werden.

Mit der vorliegenden Streichung erhält die Ausschreibung insbesondere keinen gänzlichen anderen Inhalt, weil lediglich eine von zwei Auslegungsvarianten der Ausschreibung zugrunde gelegt wird. Zudem verbleibt durch die Streichung auch ein Ausschreibungsgegenstand und ein anderer Bieterkreis wird nicht angesprochen (vgl. VwSlg. 19.265 A/2015). Angemerkt sei, dass eine Streichung im Formblatt ./.7b.1 im Informationsteil 1b nicht erforderlich ist, weil dort auf Punkt 7.6.1. des Informationsteils 1a verwiesen wird.

5. Zu den jeweiligen 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. 4 iVm § 25 WVRG 2020 beträgt die Gebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Hälfte des ausgewiesenen Gebührensatzes.

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. In den vorliegenden Fällen übersteigt sowohl der geschätzte Auftragswert hinsichtlich Los 1 als auch jener hinsichtlich Los 2 jeweils für sich betrachtet den Schwellenwert gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 um mehr als das 40fache. Für die Nachprüfungsanträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung hinsichtlich Los 1 bzw. Los 2 sind daher von beiden Antragstellerinnen jeweils gerundet € 2.281,- an Pauschalgebühren zu entrichten.

Die Gebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beträgt hinsichtlich beider Antragstellerinnen folglich € 1.140,50. Insgesamt beträgt die Gebühr daher für beide Antragstellerinnen jeweils € 3.421,50, die diese jeweils zur Gänze entrichtet haben.

Da beide Antragstellerinnen jeweils zumindest teilweise obsiegt haben, sind ihnen die entrichteten Pauschalgebühren vom Auftraggeber zu ersetzen.

6. Zum jeweiligen Revisionsausspruch

Die Revision ist jeweils zulässig, da in den gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche

Bedeutung zukommt. Es fehlt, soweit überblickbar, Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur – in den vorliegenden Fällen entscheidungserheblichen (weil nur bejahendenfalls eine Sachentscheidung zu treffen ist) – Frage, ob es für die Verfolgung subjektiver Interessen und damit für die Antragslegitimation iSd § 18 Abs. 1 WVRG 2020 ausreichend ist, wenn das primäre Interesse der jeweiligen Antragstellerin, wie hier, nicht auf den Vertragsabschluss gerichtet ist, sondern vordergründig objektive (Standes-)Interessen verfolgt werden mit dem Ziel, dass die Auftragsvergabe dauerhaft verhindert wird, das primäre Ziel des Nachprüfungsantrages also darin besteht, dass der Auftraggeber mit keinem Unternehmer einen Vertrag abschließt, zugleich aber ein (lediglich) sekundäres – eventua-
liter geäußertes – Vertragsabschlussinteresse plausibel gemacht wird, sich (nur) bei Nichterreichen dieses Ziels am Vergabeverfahren beteiligen zu wollen. Diese Konstellation unterscheidet sich auch von jenen Konstellationen, in denen das Vertragsabschlussinteresse in der Anfechtung einer behauptetermaßen fehlerhaften Wahl des Vergabeverfahrens besteht, weil diesfalls im Unterschied zur vorliegenden Konstellation von einem Primärinteresse am Vertragsabschluss (im „richtigen“ Vergabeverfahren) auszugehen ist (vgl. etwa VwSlg. 18.158 A/2011). Auch die der Entscheidung VwSlg. 17.842 A/2010 zugrunde liegende Konstellation, in der das Bundesvergabeamt die Antragslegitimation im Wesentlichen mit der Begründung verneinte, dass das primäre Interesse der dortigen Antragstellerin nicht auf den Abschluss des Vertrages gerichtet sei, sondern es dieser darum gehe, den Abschluss des Vertrages mit einem anderen Unternehmer zu verhindern, ohne aber selbst unbedingt den Zuschlag erhalten zu wollen, unterscheidet sich von der vorliegenden Konstellation deshalb maßgeblich, weil aus dem zugrundeliegenden Bescheid des Bundesvergabeamtes, ZI. N/0082-BVA/09/2008, hervorgeht, dass sich die dortige Antragstellerin anders als gegenständlich im Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt erachtete, weil ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gewählt wurde (somit ebenfalls eine fehlerhafte Wahl des Vergabeverfahrens behauptet wurde), und weil der Verwaltungsgerichtshof seine aufhebende Entscheidung maßgeblich auf eine unschlüssige Beweiswürdigung des Bundesvergabeamtes stützte.

Im Übrigen orientieren sich die Erkenntnisse an der bisherigen, nicht als uneinheitlich anzusehenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, auf die an den maßgeblichen Stellen Bezug genommen wurde. Darüber hinaus sind Fragen der Beweiswürdigung im Allgemeinen nicht revisibel (vgl. VwGH 26.6.2019,

Ra 2019/04/0036). Schließlich bildet die Auslegung von Ausschreibungsunterlagen im Allgemeinen keine grundsätzliche Rechtsfrage (vgl. VwGH 26.5.2023, Ra 2020/04/0147).

B e l e h r u n g

Gegen diese Erkenntnisse besteht jeweils die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen 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/oder die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je € 240,- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

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. Schmied
Vorsitzender