



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730
Telefax: (43 01) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/061/33675/2014-32
Y. GmbH

Wien, 5.3.2015

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richter Dr. Schweiger als Vorsitzenden, Mag. Schreiner-Hasberger als Berichterin und Dr. Neumann als Beisitzer über die Beschwerde der Y., vertreten durch ... Rechtsanwälte OG, Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 14.4.2014 betreffend die Vergabe eines Lieferauftrages betreffend die „Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von 2 (zwei) Stk. SPECT/CT-Scanner für die ... der Stadt Wien“, AZ:..., durch die Stadt Wien, ..., (vergebende Stelle: ..., Wien, vertreten durch ... Rechtsanwälte OG, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 5.3.2015 durch Verkündung zu Recht erkannt:

I. Die Zuschlagsentscheidung vom 14.11.2014 wird für nichtig erklärt.

II. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren von € 3 000,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision nach Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs 1 Z 1, 2 Abs 4, 7 Abs 2, 15 Abs 1 und 3, 16 Abs 1 und 2, 20 Abs 1, 23, 24 Abs 1, 26 Abs 1 WVRG; § 1 WVPVO; §§ 2 Z 16 lit a

sublit aa, 3 Abs 1 Z 1, 19 Abs 1, 126, 127, 129 Abs 1 Z 7, BVergG 2006; Art 133 Abs 4 B-VG.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I. Zuständigkeit:

Gemäß § 7 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) ist das Verwaltungsgericht Wien auf Antrag zur Durchführung der Verfahren nach den Bestimmungen dieses Hauptstückes zuständig. Die Anträge sind unmittelbar beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen.

Gemäß § 7 Abs. 2 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) ist bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung das Verwaltungsgericht Wien zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Die gegenständliche Beschwerde enthält einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt.

Gemäß § 7 Abs. 1 und Abs. 2 WVRG 2014 ist daher die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien zur Entscheidung über die vorliegende Beschwerde gegeben.

Die Zuständigkeit des Senates ergibt sich aus § 2 Abs. 4 WVRG 2014.

II. Zur Sache:

Verfahrensgang

Die Stadt Wien, ..., (im Folgenden Antragsgegnerin) führt ein offenes Verfahren nach den Bestimmungen des BVergG 2006 für den Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages betreffend die „Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von 2 (zwei) Stk. SPECT/CT-Scanner für die ... der Stadt Wien“, durch. Der Zuschlag soll nach dem „Bestbieterprinzip“ erteilt werden.

Am Verfahren beteiligten sich die X., Wien, (im Folgenden Mitbeteiligte) und die Y., (im Folgenden Antragstellerin).

Die Antragstellerin hat am 18.7.2014 ein Angebot gelegt.

Am 14.11.2014 wurde der Antragstellerin per E-Mail mitgeteilt, dass nach Ablauf der Zuschlagsfrist, welche am 24.11.2014 endete, der Zuschlag an die Mitbeteiligte erteilt werden soll.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die am 24.11.2014 eingelangte Beschwerde, Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht und Kostenersatz.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 2.12.2014, VGW-123/V/061/33676/2014-1, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben und der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages untersagt.

In dieser Angelegenheit führte das Verwaltungsgericht Wien am 26.2.2015 und am 5.3.2015 mündliche Verhandlungen durch. Am 5.3.2015 wurde die Entscheidung mündlich verkündet.

Vorbringen

1. Stromverbrauch im Standby-Betrieb (Punkt 6.3.4. der AU)

Die Antragstellerin führt in ihrem Antrag zusammengefasst Folgendes aus:

Das Angebot der Mitbeteiligten sei beim Zuschlagskriterium „Stromverbrauch“ (2,5 Punkte pro Obergruppe, sohin 5 Punkte, max. Punkteanzahl) unrichtig bewertet worden. Bei der Bewertung des Angebotes der Antragstellerin (0,71 Punkte pro Obergruppe, sohin 1,42 Punkte) sei ein viel zu niedriger Wert angesetzt worden, diese hätte die maximale Punktezahl bekommen müssen (um 3,58 Punkte mehr; insgesamt daher 82,02 Punkte), die präsumtive Zuschlagsempfängerin lediglich 1,56 Punkte pro Obergruppe (insg. 3,12 Punkte).

In Punkt 7.2.2. (OG 1) und 7.3.2. (OG 2) seien jeweils Bieterlücken enthalten, worin die „Gesamtanschlussleistung aller Gerätekomponenten im Standby-Betrieb“ in Kilovoltampere (kVA) anzugeben gewesen wären. Weiters sei die Belegstelle für die Richtigkeit der Bieterangabe in den beigelegten technischen Unterlagen des Bieters (Dokument, Seite, Punkt) zu nennen gewesen.

Aus dem Datenblatt für das von der Mitbeteiligten angebotene Gerät (I. 6 und I. 16) gehe hervor, dass entgegen der (unrichtigen) Aussagen der Antragsgegnerin in der Zuschlagsentscheidung das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Gerät eine Gesamtanschlussleistung im Standby - Betrieb („TOTAL STANDBY“) von 5,4 kVA habe, weshalb der von der Antragsgegnerin zur Bewertung herangezogene Wert von 0,8 kVA nicht richtig sein könne.

Sohin hätte das Angebot der Antragstellerin, welches eine Gesamtanschlussleistung von 2,8 kVA aufweise als Angebot mit der niedrigsten Gesamtanschlussleistung im Standby- Betrieb die maximale Punkteanzahl erhalten müssen.

Diese Antragstellerin legte ein Produktdatenblatt vor, nach welchem die Standby Leistung des Gerätes von X. 4,5 kVA beträgt.

Die Antragsgegnerin wendet zusammengefasst ein:

Das von der Antragstellerin vorgelegte Produktdatenblatt sei ihr nicht vorgelegen, insofern habe sie es bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigen können. Sie gehe davon aus, dass die Mitbeteiligte die Vorwürfe im Verfahren selbst entkräften werde.

Die Mitbeteiligte habe jedoch ihre Angaben im Angebot entsprechend belegt, es gebe keinen Grund an diesen Angaben zu zweifeln. Es sei der Antragsgegnerin nicht zuletzt aufgrund der Anschaffung von radiologischen bzw. nuklearmedizinischen Geräten in jüngerer Vergangenheit, aber auch aufgrund von Marktrecherchen im Vorfeld der Ausschreibung bekannt, dass die von X. angebotenen Werte nicht nur realistisch, sondern auch durch entsprechende Werte belegt seien.

Soweit der Antragsgegnerin bekannt sei, dürfte es sich bei dem von der Antragstellerin vorgelegten „Sheet No. E-102“ELECTRICAL PLAN –LEGEND AND NOTES“ um ein Dokument älteren Datums handeln, das nicht Teil der aktuellen technischen Unterlagen der von X. angebotenen Geräte sei. X. könne ihre Angaben jedenfalls durch Messprotokolle eines unabhängigen Dritten nachweisen.

Die Mitbeteiligte wendet zusammengefasst ein:

Beim vorgelegten Produktdatenblatt handle es sich nicht um ein von ihr stammendes Datenblatt, es fehle auch das Datum, welches sich auf solchen Datenblättern üblicherweise finden würde, das Revisionsdatum fehle. Insofern handle es sich wohl um einen internen Dokumentenentwurf der Antragstellerin.

Die angegebenen Werte für die angebotene Gerätegeneration der mitbeteiligten Partei seien keinesfalls mehr gültig.

2. Quantifizierung (Punkte 6.4.1.13. und 6.4.2.13. der AU)

Die Antragstellerin bringt zusammengefasst vor:

Ihr Angebot habe beim Qualitätssubkriterium „Quantifizierung“ 0 Punkte pro Obergruppe erhalten, was von der Antragsgegnerin mit „reproduzierbare Quantifizierung nur mit modifizierten Datensätzen möglich“ begründet worden sei.

Dies sei jedoch nicht richtig, sodass ihr Angebot jeweils die vollen 20 Punkte erhalten hätte müssen (in beiden Obergruppe um 6,5 Punkte mehr = $40:260 \times 40$). Die Bieterlücke sei von der Antragstellerin wahrheitsgemäß ausgefüllt worden, da eine reproduzierbare Quantifizierung sehr wohl möglich sei. Dies ergebe sich schon daraus, dass nur „Systeme“ verlangt würden, „bei denen eine reproduzierbare Quantifizierung möglich sei“ (Punkte 6.4.1.13. und 6.4.2.13 der AU).

Selbst wenn man, wie die Antragsgegnerin (unrichtig) davon ausgehen würde, dass bei dem System eine reproduzierbare Quantifizierung nur „mit modifizierten Datensätzen“ möglich wäre, würde dieser Umstand daran nichts ändern, dass eine reproduzierbare Quantifizierung möglich sei.

Es sei im Hinblick auf die Bestandsfestigkeit der Ausschreibungsunterlagen unzulässig, ein weiteres Kriterium festzulegen, wonach dieses Qualitätssubkriterium auch noch davon abhängig sei, ob eine reproduzierbare Quantifizierung mit oder ohne modifizierte/n Datensätze/n möglich sei. In weiterer Folge führt die Antragstellerin detailliert aus, warum mit dem von ihr angebotenen System technisch eine reproduzierbare Quantifizierung jedenfalls möglich sei.

Die Antragsgegnerin wendet zusammengefasst ein:

Die von beiden Bieterinnen übermittelten „DICOM-Daten“ seien hinsichtlich der Frage der „reproduzierbaren Quantifizierung“ von der zuständigen Fachabteilung im ... Krankenhaus geprüft worden und habe Univ.-Prof. Dr. H. mit E-Mail vom 12.11.2014 mitgeteilt, dass eine solche hinsichtlich des von der Antragstellerin angebotenen Gerätes nicht möglich sei.

Sie verweist auf Pkt. 7.2.1 und 7.3.1. der AU, wonach folgende Mindestanforderungen für die Geräte enthalten sei:

„Vollständige Anbindung an das vorhandene RIS und PACS (Agfa Impax und Hermes)“

GESCHWÄRZT

Eine „vollständige Anbindung an das vorhandene RIS und PACS (Agfa Impax und Hermes)“ wie in den bestandfesten Festlegungen sowohl in Punkt 7.2.1. als auch in Punkt 7.3.1 AU sei nicht möglich, auch die Antragstellerin gestehe zu,

GESCHWÄRZT

3. Max. Physische Detektorreihen (Punkte 6.4.1.9. und 6.4.2.9. der AU)

Die Antragstellerin bringt zusammengefasst vor:

Auch das Qualitätssubkriterium „Max. Physische Detektorreihen (Zeilen)“ sei unrichtig bewertet worden (max. Punktzahl von 10 Punkten in beiden OG).

Bei richtiger Anwendung der bestandsfest festgelegten Formel („Zeilenanzahl des angebotenen Gerätes/größte angebotene Zeilenanzahl x 10“) hätte die Antragsgegnerin richtigerweise die niedrigere Anzahl der Zeilen und nicht die größere Anzahl der „Reihen“ der Detektor-Matrix bewerten müssen. Entsprechend der Bewertungsformel sei auch in den Bieterlücken (unter Punkt 7.2.2.2. und Punkt 7.3.2.2. der AUU) nicht bloß die Anzahl der Detektorreihen abgefragt, sondern die Anzahl der „Max. Physische Detektorreihen (Zeilen)“.

Bei korrekter Bewertung hätte die Antragsgegnerin in beiden Obergruppen sich bei den von der Antragstellerin richtig angegebenen 16 Zeilen (und nicht an den von der Antragstellerin gar nicht ausgefüllten 24 Detektorreihen), beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte sich die Antragsgegnerin in der OG 2 an den angegebenen 6 Zeilen (und nicht an der Anzahl von 16 Detektorreihen)

orientieren müssen, was in weiterer Folge von der Antragstellerin näher ausgeführt wird.

Die Antragsgegnerin bestreitet dies mit dem Hinweis auf die bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen.

4. Ausschreibungswidriges Angebot der Mitbeteiligten:

Die Antragstellerin führt aus, im Angebot der Mitbeteiligten sei entgegen der bestandsfesten Mindestanforderungen kein Kontrastmittelinjektor angeboten worden.

Bestritten wird weiters, das Angebot der Antragstellerin sei auszuscheiden und sie sei daher nicht antragslegitimiert. Selbst wenn sie – was nicht zutreffend auszuscheiden sei, so sei sie im Hinblick auf das Erkenntnis des EuGH vom 4.7.2013, C-100/12 („Fastweb“) jedenfalls antragslegitimiert.

III. Sachverhaltsfeststellungen:

Allgemeines

Die Stadt Wien, ..., (im Folgenden Antragsgegnerin) führt ein offenes Verfahren nach den Bestimmungen des BVergG 2006 für den Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages betreffend die „Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von 2 (zwei) Stk. SPECT/CT-Scanner für die ... der Stadt Wien“, durch.

Am Verfahren beteiligten sich ausschließlich die X., Wien, (im Folgenden präsumtive Zuschlagsempfängerin) und die Y., (im Folgenden Antragstellerin). Von beiden wurden SPECT/CT-Scanner angeboten.

Die Antragstellerin hat am 18.7.2014 ein Angebot gelegt. Die Angebote sind in der Angebotsöffnung am 21.7.2014 geöffnet und wie folgt verlesen worden:

OG	Bieter	Angebotenes System	Gesamtpreis (exkl. USt)
1	Y.	A. (= System mit 16-Zeilen-CT und 24 Detektormatrix-Reihen)	xxx.xxx,xx
	X.	I. 16 (= System mit 16-Zeilen-CT und 24 Detektormatrix-Reihen)	xxx.xxx,xx
2	Y.	A. (= System mit 16-Zeilen-CT und 24 Detektormatrix-Reihen)	xxx.xxx,xx
	X.	I. 6 (= System mit 6-Zeilen-CT und 16 Detektormatrix-Reihen)	xxx.xxx,xx

Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 21.7.2014, 14:00 Uhr. Der Zuschlag soll innerhalb von sechs Monaten ab Ablauf der Angebotsfrist erteilt werden. Der Zuschlag soll auf das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien Preis (55%), Qualität (40%) und Stromverbrauch (5%) (Bestbieterprinzip) erfolgen. Die Kundmachung des Beschaffungsvorganges ist ordnungsgemäß erfolgt. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt.

Am 14.11.2014 wurde der Antragstellerin per E-Mail mitgeteilt, dass der Zuschlag an die Mitbeteiligte erteilt werden solle. Das Angebot der Antragstellerin sei an zweite Stelle gereiht worden und preislich zwar das günstigste, jedoch habe sich das Angebot der Mitbeteiligten als insgesamt bestes Angebot erwiesen.

Bewertet wurde das Angebot der Mitbeteiligten mit 81,04 Punkten, das Angebot der Antragstellerin mit 78,44 Punkten.

1. Stromverbrauch im Standby-Betrieb (Punkt 6.3.4. der AU)

Punkt 6.3.4. der Ausschreibungsunterlagen (AU) Zuschlagskriterium „Stromverbrauch“ lautet:

„Bewertet werden die unter Pkt 7.2.2 bzw 7.3.2 dieser Ausschreibungsunterlagen angegebenen und durch Produktdatenblätter nachgewiesenen bzw belegten Gesamtanschlussleistungen im Standby-Betrieb (in kVA). Die Ergebnisse der einzelnen Obergruppen (Pkt. 6.3.4.1 bzw. Pkt 6.3.4.2) werden addiert. Insgesamt können beim Zuschlagskriterium „Stromverbrauch“ mithin maximal 5 (fünf) Punkte erreicht werden.“

Punkt 7.2.2. bzw. 7.3.2. der AU „SPECT/CT-Scanner“ lautet auszugsweise:

„Gesamtanschlussleistung aller Geräte im Standby-Betrieb.....kVA

Belegstelle für die Richtigkeit der Bieterangabe in den beigelegten technischen Unterlagen des Bieters:

Dokument:

Seite:

Punkt:"

Diese Bieterlücken wurden von der Mitbeteiligten folgendermaßen ausgefüllt:

„Gesamtanschlussleistung aller Geräte im Standby-Betrieb.....0,8 kVA

GESCHWÄRZT

Das von der Antragstellerin vorgelegte – in Englisch verfasste - Datenblatt (Beilage ./B) lautet auszugsweise:

Deckblatt:

„ I. E., I. 2, I. 6 AND I. 16“

„X.

...

Seite 7:

„Power Requirements

.....

I. 6 and I. 16

power consumption:

.....

Total Standby= 4,5 kVA."

Das Dokument enthält kein Datum.

GESCHWÄRZT

2. Quantifizierung (Punkte 6.4.1.13. und 6.4.2.13. der AU)

Punkt 6.4.1.13. bzw. Pkt. 6.4.2.13. „Quantifizierung“ der AU lautet:

„Bewertet werden die Bieterangaben unter Pkt. 7.2.2.4 dieser Ausschreibungsunterlagen zur reproduzierbaren Quantifizierung.“

Die Punkteberechnung erfolgt folgendermaßen:

Systeme, bei denen eine reproduzierbare Quantifizierung möglich ist, erhalten 20 Punkte.

Systeme ohne diese Möglichkeit erhalten 0 Punkte.“

Punkt 7.2.2.4. bzw. Pkt. 7.3.2.4. „Bildbetrachtung/Auswertung/Nachbearbeitung“ der AU lautet auszugsweise:

„Reproduzierbare Quantifizierungja/nein

Belegstelle für die Richtigkeit der Bieterangabe in den beigelegten technischen Unterlagen des Bieters:

Dokument:

Seite:

Punkt:"

Diese Bieterlücken wurden von der Antragstellerin folgendermaßen ausgefüllt:

GESCHWÄRZT

Pkte. 7.2.1 und 7.3.1. der AU lauten auszugsweise:

„Vollständige Anbindung an das vorhandene RIS und PACS (Agfa Impax und Hermes)“

GESCHWÄRZT

Eine über die E-Mail vom 12.11.2014 hinausgehende Dokumentation der praktischen/technischen Überprüfung der „reproduzierbaren Quantifizierung“ betreffend „A.“ oder „ I. 6 bzw. 16“ findet sich nicht im Akt.

GESCHWÄRZT

Herr Univ. Prof. Dr. H. wurde in der Verhandlung vom 5.3.2015 zeugenschaftlich zur Frage der Überprüfung der „reproduzierbaren Quantifizierung“ einvernommen und gab dieser an, er sei vom Vergabeteam gebeten worden, beide Geräte zu testen. Ihm seien zwei DICOM Datensätze, nämlich von X. und von Y. übermittelt worden und er habe hinsichtlich beider die Anbindung an das Hermes Pax System bzw. die reproduzierbare Quantifizierung damit verifizieren sollen. Er habe das dann glaublich Anfang Oktober auf einem Kongress in G. gemacht. Hinsichtlich des angebotenen Gerätes von X., welches anhand von Patientendaten überprüft wurde, habe man eine vollständige reproduzierbare Quantifizierung erreichen können.

GESCHWÄRZT

Pkt. 7.2.1. bzw. Pkt. 7.3.1. Mindestanforderungen der AU lautet auszugsweise:

„CT-Teil

Der Computertomograph muss funktionell als diagnostischer CT mit i.v. KM-Verstärkung (inkl. Injektionsvorrichtung) und mindestens 16-Zeilen ausgelegt sein,....“

GESCHWÄRZT

Punkt 4.2. „Sprache“ der AU lautet:

„Das Angebot ist zwingend in deutscher Sprache abzufassen.“

Für das gesamte Vergabeverfahren und die Vertragsabwicklung ist die deutsche Sprache zu verwenden. Beilagen, Nachweise und Bescheinigungen sind ebenfalls in deutscher Sprache vorzulegen. Fremdsprachige Beilagen, Nachweise oder Bescheinigungen sind dem Angebot in Kopie sowie in beglaubigter Übersetzung in deutscher Sprache beizulegen.“

IV. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

IV. 1. Maßgebliche Rechtsvorschriften

Gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 WVRG 2014 regelt dieses Landesgesetz die Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten und die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen (einschließlich der Vergabe von Baukonzessionen und der Durchführung von Wettbewerben, nicht jedoch der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen) durch folgende Auftraggeberinnen und Auftraggeber (öffentliche Auftraggeberinnen, öffentliche Auftraggeber und öffentliche Unternehmen im Sinne der §§ 3 Abs. 1, 164 und 165 des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVergG 2006 und Auftraggeberinnen oder Auftraggeber im Sinne des § 4 Z 1 bis 4 des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012):

Wien als Land oder Gemeinde.

Gemäß § 7 Abs. 2 WVRG 2014 ist das Verwaltungsgericht Wien bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie

zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 11 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien, sofern der Antrag nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, die Rechtssache mit Erkenntnis zu erledigen. Gemäß Abs. 2 sind die Erkenntnisse im Namen der Republik zu verkünden und auszufertigen. Sie sind zu begründen.

Gemäß § 15 Abs. 1 WVRG 2014 hat die Antragstellerin für Anträge gemäß den §§ 20 Abs. 1, 28 und 33 Abs. 1 und 2 hat oder der Antragsteller jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten.

Gemäß § 15 Abs. 3 WVRG 2014 beträgt die Gebühr für Anträge gemäß § 28 die Hälfte des ausgewiesenen Gebührensatzes.

Gemäß § 16 Abs. 1 WVRG 2014 hat die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber. Die Antragstellerin oder der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber, wenn sie oder er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt (§ 21) wird.

Gemäß § 20 Abs. 1 erster Satz WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BvergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer

Entscheidungen (§ 2 Z 16 lit a BvergG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 22 Abs. 1 WVRG 2014 sind Parteien des Nichtigerklärungsverfahrens vor dem Verwaltungsgericht Wien jedenfalls die Antragstellerin oder der Antragsteller und die Auftraggeberin oder der Auftraggeber.

Gemäß § 22 Abs. 2 WVRG 2014 sind Parteien des Nichtigerklärungsverfahrens ferner jene Unternehmerinnen oder Unternehmer, die durch die von der Antragstellerin oder vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (mitbeteiligte Parteien); insbesondere ist im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin oder der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nichtigerklärungsverfahrens.

Gemäß § 24 Abs. 1 WVRG 2014 sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

Gemäß § 26 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin oder eines Auftraggebers als nichtig zu erklären, wenn

1. die Entscheidung oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung die Antragstellerin oder den Antragsteller in dem geltend gemachten Recht verletzt und
2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 ist gesondert anfechtbar im offenen Verfahren: die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung.

Gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden: Auftraggeber), das sind

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände.

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 123 Abs. 1 BVergG 2006 erfolgt die Prüfung der in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

Gemäß § 123 Abs. 2 BVergG 2006 ist bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, im Einzelnen zu prüfen,

1. ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit
2. des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer;
3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
4. die Angemessenheit der Preise;
5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Gemäß § 126 Abs. 1 BVergG 2006 ist, ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

Gemäß § 126 Abs. 2 BVergG 2006 darf durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise die Grundsätze der §§ 19 Abs. 1, 101 Abs. 4, 104 Abs. 2 und 127 nicht verletzen.

Gemäß § 126 Abs. 3 BVergG 2006 ist ein Angebot, weist es solche Mängel auf, dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden kann, auszuscheiden.

Gemäß § 127 Abs. 1 BVergG 2006 sind während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige

Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuscheiden.

Gemäß § 914 ABGB ist bei Auslegung von Verträgen nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.

Gemäß § 915 ABGB wird bei einseitig verbindlichen Verträgen im Zweifel angenommen, dass sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat (§ 869).

IV.2. Rechtlich folgt daraus:

Die Beschwerde der Y., vertreten durch Rechtsanwälte OG, Wien, Anträge auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfolgte fristgerecht iSd § 24 WVRG 2014 und war ordnungsgemäß vergebührt (§ 16 WVRG 2014). Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung vom 14.11.2014, sohin gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin iSd § 1 Abs. 1 BVergG 2006 iVm § 1 Abs. 1 Z 1 WVRG 2014.

Die Anträge sind daher zulässig und war sohin das Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

1. Zur Frage der Antragslegitimation:

Die Antragsgegnerin wendet ein, die Antragstellerin habe ein ausschreibungswidriges bzw. unvollständiges Angebot vorgelegt, außerdem nicht rechtzeitig aufgeklärt und damit Ausscheidensgründe iSd § 129 Abs. 1 Z 7 und Abs. 2 BVergG 2006 verwirklicht.

Der Einwand der Antragstellerin, im Hinblick auf das Erkenntnis des EuGH vom 4.7.2013, C-100/12 („Fastweb“) sei sie - ungeachtet des Verwirklichens von Ausscheidensgründen - jedenfalls antragslegitimiert, verhilft dieser aus nachstehenden Erwägungen zum Erfolg.

Die dieser Entscheidung zugrundeliegende Konstellation, dass im Vergabeverfahren lediglich zwei Bieter („Kläger“, „Widerkläger als erfolgreicher Bieter“) „verbleiben“, ist unbestrittener Maßen verwirklicht. So haben sich am gegenständlichen Verfahren lediglich die Antragstellerin und die Mitbeteiligte beteiligt.

Der EuGH hat in dieser Entscheidung unter anderem Folgendes ausgesprochen:

„Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass er, wenn im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens der erfolgreiche Bieter, dem der Auftrag erteilt wurde und der Widerklage erhoben hat, eine auf die fehlende Klagebefugnis des klagenden Bieters gestützte Einrede der Unzulässigkeit geltend macht, weil dessen Angebot wegen seiner Nichtübereinstimmung mit den in den Verdingungsunterlagen festgelegten technischen Anforderungen vom öffentlichen Auftraggeber hätte zurückgewiesen werden müssen, dem entgegensteht, dass die Klage nach der Vorabprüfung dieser Unzulässigkeitseinrede für unzulässig erklärt wird, ohne dass darüber entschieden wird, ob das Angebot des erfolgreichen Bieters, dem der Auftrag erteilt wurde, und dasjenige des Bieters, der Klage erhoben hat, den technischen Anforderungen entsprechen.“

Dies bedeutet, dass auch einem – dem Grunde nach nicht antragslegitimierten, weil auszuschheidenden Antragsteller – jedenfalls eine Antragslegitimation hinsichtlich einer Überprüfung des Angebotes des „erfolgreichen“ Bieters gewährleistet sein muss. Im Verfahren war sohin zu überprüfen, ob seitens der Mitbeteiligten Ausscheidensgründe verwirklicht worden sind bzw. diese ein den

bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen entsprechendes „zuschlagsfähiges“ Angebot gelegt hat.

2. Zur Prüfung und Dokumentation durch die Antragsgegnerin:

§ 19 BVergG 2006 postuliert den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter in einem Vergabeverfahren und verpflichtet den Auftraggeber zur Einhaltung des Transparenzgebotes. Alle Handlungen und Unterlassungen von Auftraggebern sind an diesen Grundsätzen zu messen.

Aus den Akten iVm dem Ergebnis der durchgeführten mündlichen Verhandlungen ergibt sich aus nachstehenden Erwägungen, dass die Antragsgegnerin gegen diese Grundsätze verstoßen hat und die angefochtene Entscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet ist.

Die Prüfung, ob die von den Bieterinnen angebotenen SPECT/CT Scanner iSd bestandsfesten Mindestanforderung die „reproduzierbare Quantifizierung“ leisten können, erfolgte seitens der Antragsgegnerin zunächst bei beiden Geräten („ I.“ und „A.“) in theoretischer Hinsicht anhand der von den Bieterinnen vorgelegten Produktdatenblättern und der darin angegebenen Werte.

In praktischer (technischer) Hinsicht wurde in weiterer Folge das Geräte der Antragstellerin seitens Dr. H. anhand der von der Antragstellerin übermittelten Datensätze überprüft

GESCHWÄRZT

Eine Dokumentation einer vergleichbaren praktischen Überprüfung der „reproduzierbaren Quantifizierung“ der von der Mitbeteiligten angebotenen Geräte „ I. 6, I. 16“ findet sich im Akt nicht.

GESCHWÄRZT

Mit dieser ungleichen Prüfungs- und Dokumentationsweise hat die Antragsgegnerin aber massiv gegen den sich aus § 19 BVergG 2006 ergebenden

Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter verstoßen. Diesem Grundsatz folgend ist es der Antragsgegnerin nämlich verwehrt, sich mehr oder weniger hinsichtlich der Erfüllung von Mindestkriterien bei einem Angebot im Verhältnis zu anderen Angeboten auf bloße Erfahrungswerte zu verlassen, ohne eine ausreichende theoretische und praktische Überprüfung durchzuführen und diese dem Transparenzgebot auch entsprechend nachvollziehbar zu dokumentieren.

Darüber hinaus wurde das Mindestkriterium der „reproduzierbaren Quantifizierung“ und „vollständige Anbindung an das vorhandene RIS und PACS (Agfa Impax und Hermes)“ hinsichtlich des Scanners der Antragstellerin auch nicht ausreichend geprüft.

GESCHWÄRZT

Ob und in welcher Art und Weise die von der Mitbeteiligten angebotenen Scanner in praktischer Hinsicht überprüft wurden, ist dem Akt nicht zu entnehmen.

In diesem Sinn bleibt die von der Antragsgegnerin vorgenommene Prüfung und deren Dokumentation hinter den Anforderungen des § 19 iVm § 123 BVergG 2006 jedenfalls zurück.

Aus diesen Gründen war die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

3. Zur Frage des Stromverbrauches im Standby-Betrieb

Ungeachtet der Tatsache, dass sich die Antragsgegnerin (allenfalls) in einem fortgesetzten Vergabeverfahren auch mit ihrer bestandsfesten Festlegung in „Punkt 4.2. Sprache“ der AU auseinandersetzen haben wird, wird zur Frage des Nachweises des Stromverbrauches im Standby-Betrieb Folgendes ausgeführt:

Ist eine Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen mit Unklarheit behaftet, könnte diese unter Anwendung der §§ 914 und 915 ABGB in so ferne behoben werden, als durch Auslegung ein eindeutiger, objektiver Sinngehalt zu ermitteln ist. Im Zweifel ist bei zweiseitig verbindlichen Verträgen entsprechend § 915

ABGB davon auszugehen, dass der Auftraggeber sich mit einer weiten Auslegung seiner undeutlichen Äußerung einverstanden erklärt.

Der erkennende Senat teilt die Auffassung der Antragsgegnerin, dass dem Wortlaut in Punkt 6.3.4. der AU „Stromverbrauch im Standby-Betrieb“ auch in Anwendung der §§ 914, 915 ABGB nur jenes Verständnis beigelegt werden kann, dass dieser durch Produktdatenblätter nachgewiesen oder „auf andere Weise“ belegt werden kann. Dieser Mindestanforderung einen anderen Inhalt zu unterstellen, würde die Wortfolge „bzw. belegt“ sinnlos machen. Diese Wortfolge kann von einem redlichen Bieter daher nur so verstanden werden, dass er die Leistung entweder durch ein Produktdatenblatt oder auf andere Weise nachweisen kann. Im Übrigen wird auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtes Wien verwiesen (vgl. GZ: VGW-123/061/10234/2014), wonach unklare Formulierungen zu Lasten des Auftraggebers auszulegen sind, was fallbezogen bedeutet, dass er sich auch mit einem anderen Nachweis „begnügen“ muss.

Daraus folgt, dass die Frage des Nachweises der Anschlussleistung nicht ausschließlich anhand von Produktdatenblättern zu lösen ist, sondern der Nachweis auf andere Art – wie durch eine Messung eines gerichtlich beeideten Sachverständigen – erbracht werden kann.

Lediglich der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass die Mitbeteiligte ihr Angebot den Mindestanforderungen entsprechend angeboten und unterfertigt hat. Der Mitbeteiligten ist nicht zu unterstellen, im Verfahren wahrheitswidrige Angaben getätigt zu haben und ergeben sich aus den Akten auch keine Anhaltspunkte für eine Manipulation. Daher ist auch davon auszugehen, dass der „Kontrastmittelinjektor“ als Angebotsbestandteil mitangeboten wurde. Dieser war nicht gesondert auszuweisen und hat die Mitbeteiligte ihr Angebot in ihrer Aufklärung vom 16.9.2014 iSv „bei beiden Obergruppen ist ein „Doppelkolbenkontrastmittelinjektor“ angeboten“ entsprechend bestätigt.

Die Entscheidungen über den Gebührenersatz gründen sich auf § 16 Abs. 1 WVRG 2014.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Dr. Schweiger
(Vorsitzender)