

TE Verg Bescheid 2013/8/6 VKS-359594/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.08.2013

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §6 Abs3

WVRG 2007 §11 Abs4

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs4

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §27

WVRG 2007 §28

WVRG 2007 §29 Abs2

WVRG 2007 §31

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §152 Abs4, 5 und 6

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 152 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 152 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte OG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend das Vergabeverfahren "Affinity Domain WienKAV" (2. Stufe), Zl.: BBG-GZ 3691.01794, durch die Auftraggeberin Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund - Informationstechnologie, Thomas-Klestil-Platz 7/1,1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 24.4.2013 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 13.5.2013 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 3.Ziffer 3

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 6 Abs. 3, 11 Abs. 4, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 4, 25 Abs. 1, 27, 28, 29 Abs. 2, 31, 39 WVRG 2007, in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 152 Abs. 4, 5 und 6 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 6, Absatz 3, 11, Absatz 4, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz 4, 25, Absatz eins, 27, 28, 29, Absatz 2, 31, 39, WVRG 2007, in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a., 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 152, Absatz 4, 5 und 6 BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) hat die Vertragspartner der Rahmenvereinbarung "ELGA Affinity Domain" Los 1, BBG-GZ 3691.01588, zu denen auch die Antragstellerin gehört, unter Vorlage allgemeiner Ausschreibungsbedingungen und weiterer Dokumente "erneut" zum Wettbewerb zur Erteilung eines Auftrages, der die "Implementierung einer IHE-konformen Affinity Domain für den Wiener Krankenanstaltenverbund sowie die Erbringung diverser zugehöriger Dienstleistungen" umfasst, aufgerufen. Als Zuschlagskriterien werden der Preis und die Qualität jeweils gewichtet mit 50 % angeführt. Das Qualitätskriterium ist in drei Subkriterien unterteilt, wobei die Subkriterien "Soll-Kriterien-Leistungsverzeichnis" und "Qualität-Konzepte" mit je 21 %, das Subkriterium "Qualität-Vertragliche Zusagen" mit 8 % gewichtet sind. Neben anderen Bietern hat sich die Antragstellerin durch rechtzeitige Legung eines Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt.

Vorweg ist auszuführen, dass dem gegenständlichen Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich ein Verfahren zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung "IHEkonforme Affinity Domain inklusive Dienstleistungen" vorangegangen ist. In diesem Verfahren wurden zwei Lose vergeben, nämlich das Los 1 "Produkt und Dienstleistung" (Lieferung entsprechender Lizenzen für eine IHE-konforme Affinity Domain inklusive der Erbringung von zugehörigen Dienstleistungen, insbesondere der Softwareentwicklung und -anpassung) und Los 2 "Dienstleistung" (Erbringung von Dienstleistungen betreffend Konzeption, Implementierung, Test und Betrieb von Software im ELGA Umfeld). Mit Schreiben vom 23.4.2012 hat die Antragsgegnerin damals der Antragstellerin den rechtskräftigen Abschluss der Rahmenvereinbarung für das Los 1 und das Los 2 bekanntgegeben. Nicht bekanntgegeben wurde der Antragstellerin, mit welchen anderen Unternehmen ebenfalls die Rahmenvereinbarungen betreffend diese beiden Lose abgeschlossen wurden. Aus den Ausschreibungsunterlagen war jedoch ersichtlich, dass pro Los fünf Partner ausgewählt werden sollten. Am 19.11.2012 bzw. 18.12.2012 hat die Antragsgegnerin einen erneuten Aufruf zum Wettbewerb auf Basis der zur Zahl BBG GZ 3691.01588 geschlossenen Rahmenvereinbarung gestartet, welcher Beschaffungsvorgang zum gegenständlichen Nachprüfungsverfahren geführt hat.

Mit Schreiben vom 24.4.2013, der Antragstellerin im Faxwege am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen. Aus der Begründung der Zuschlagsentscheidung geht hervor, dass das Angebot der Antragstellerin preislich deutlich günstiger als jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bewertet wurde. Bei den Qualitätskriterien hat hingegen die präsumtive Zuschlagsempfängerin deutlich mehr Punkte erhalten. Insgesamt wurde das Angebot der Antragstellerin mit 73,27 Gesamtpunkten, jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit 76,61 Gesamtpunkten bewertet, der

Punkteunterschied beträgt sohin 3,34 (bei 100 möglichen) Gesamtpunkten.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 6.5.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Zur Begründung ihrer Anträge bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Ihr sei aufgrund ihrer Branchenkenntnis bekannt, dass es vor der gegenständlichen Ausschreibung ein Pilotprojekt "Teststellung IHE Affinity Domain für den Wiener KAV" gegeben habe, das durch eine Tochter der *** AG *** (im Folgenden ***) realisiert wurde. Da keine Informationen aus dem Pilotprojekt in den Ausschreibungsunterlagen zu finden gewesen seien, habe die Antragstellerin im Rahmen einer Anfragebeantwortung auf eine mögliche Vorarbeitenproblematik und insbesondere auch auf die Pflicht des Auftraggebers, allenfalls aus einer solchen Vorarbeitenproblematik entstandene Wettbewerbsvorteile auszugleichen, hingewiesen. Dazu habe die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass zwar im Vorfeld der gegenständlichen Ausschreibung ein Pilotprojekt durchgeführt worden sei, dessen relevante Ergebnisse zur Gänze in die Ausschreibungsunterlagen eingeflossen wären. Ergänzende Dokumente könnten daher nicht zur Verfügung gestellt werden. Zu keinem Zeitpunkt sei der Auftragnehmer des Pilotprojekts in die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen auch nur mittelbar eingebunden gewesen. Die Antragstellerin habe vor Legung ihres Last and Final Offers neuerlich nachgefragt und keine weiteren Auskünfte zum Pilotprojekt erhalten. Die Zuschlagsentscheidung laute auf eine Zuschlagsempfängerin die aufgrund ihrer mittelbaren Beteiligung an Vorarbeiten zum hier in Rede stehenden Vergabeverfahren eine Fülle kalkulationsrelevanter Kenntnisse vom Auftragsgegenstand hatte. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 6.5.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Zur Begründung ihrer Anträge bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Ihr sei aufgrund ihrer Branchenkenntnis bekannt, dass es vor der gegenständlichen Ausschreibung ein Pilotprojekt "Teststellung IHE Affinity Domain für den Wiener KAV" gegeben habe, das durch eine Tochter der *** AG *** (im Folgenden ***) realisiert wurde. Da keine Informationen aus dem Pilotprojekt in den Ausschreibungsunterlagen zu finden gewesen seien, habe die Antragstellerin im Rahmen einer Anfragebeantwortung auf eine mögliche Vorarbeitenproblematik und insbesondere auch auf die Pflicht des Auftraggebers, allenfalls aus einer solchen Vorarbeitenproblematik entstandene Wettbewerbsvorteile auszugleichen, hingewiesen. Dazu habe die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass zwar im Vorfeld der gegenständlichen Ausschreibung ein Pilotprojekt durchgeführt worden sei, dessen relevante Ergebnisse zur Gänze in die Ausschreibungsunterlagen eingeflossen wären. Ergänzende Dokumente könnten daher nicht zur Verfügung gestellt werden. Zu keinem Zeitpunkt sei der Auftragnehmer des Pilotprojekts in die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen auch nur mittelbar eingebunden gewesen. Die Antragstellerin habe vor Legung ihres Last and Final Offers neuerlich nachgefragt und keine weiteren Auskünfte zum Pilotprojekt erhalten. Die Zuschlagsentscheidung laute auf eine Zuschlagsempfängerin die aufgrund ihrer mittelbaren Beteiligung an Vorarbeiten zum hier in Rede stehenden Vergabeverfahren eine Fülle kalkulationsrelevanter Kenntnisse vom Auftragsgegenstand hatte.

Mangels vergleichbar detaillierter und für die Angebotslegung relevanter Kenntnisse der Bedürfnisse der Antragsgegnerin sei es der Antragstellerin nicht möglich gewesen, ein ebenso maßgeschneidertes Angebot zu legen wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin, weshalb auch ihr Angebot inhaltlich schlechter bewertet wurde als jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Darüber hinaus habe die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin mehrfach fehlerhaft zu ihrem Nachteil bewertet. Die Vermeidung dieser Rechtswidrigkeiten hätte dazu geführt, dass die Antragstellerin den geringen Punkterückstand mehr als aufgeholt hätte, womit ihr Angebot noch vor der zweitgereihten Bieterin an erster Stelle gereiht worden wäre. Durch die Teststellung habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch einen Vorteil bei der Angebotslegung hinsichtlich der Software-Anforderungen erlangt, was gleichfalls für die Bewertung der Qualität der Angebote relevant gewesen wäre. Dazu wies sie auf die Bewertung zu den Punkten 8.2 und 8.6 der Ausschreibungsunterlagen hin. Besonders deutlich wäre der Nachteil der Antragstellerin gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, wenn es wiederholt in der verbalen Bewertung des Angebotes der Antragstellerin laute, sie hätte ein falsches Verständnis der Multi Affinity Domain. Dieses "falsche Verständnis" habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin sicher "deshalb nicht, weil sie eben die Teststellung durchgeführt hatte". Zusammenfassend führt die Antragstellerin aus, dass ihr Angebot bei richtiger Bewertung an erster Stelle zu reihen gewesen wäre, der Preis wäre um zumindest um EUR 300.000,-- niedriger gewesen, hätte die

Antragstellerin die genauen Inhalte und Ergebnisse der Teststellung "erkannt". Aber auch schon die Bewertung der Qualitätskriterien hätte zu einem um mindestens 4,5 Punkte besseren Ergebnis geführt. Die Zuschlagsentscheidung sei daher (aus mehreren Gründen) rechtswidrig und als nichtig aufzuheben.

Die Antragstellerin habe ein wirtschaftliches Interesse am ausgeschriebenen Projekt. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin drohe der Antragstellerin ein von ihr näher bezifferter Schaden durch Verlust der bisher getätigten Aufwendungen und Kosten zu entstehen. Dazu käme noch der Verlust eines branchenüblichen Gewinns sowie eines wichtigen und prestigeträchtigen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachtet sich durch die angefochtene Entscheidung in ihrem Recht auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren, auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung, Fortsetzung und Beendigung des Vergabeverfahrens, dies auch unter Einhaltung der Grundsätze des fairen und lauterer Wettbewerbs sowie des Gleichbehandlungsgrundsatzes verletzt. Weiters sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf rechtskonforme Prüfung und Beurteilung aller Angebote und der Vornahme des Ausscheidens von Angeboten von Mitbietern bei Vorliegen von Ausscheidens - oder Ausschlussgründen bzw. auf den Ausgleich von Wettbewerbsvorteilen, die ein Bieter aus der Mitwirkung an Vorarbeiten gewonnen hat, verletzt. Sie sei auch in ihrem Recht auf Vornahme einer rechtskonformen Zuschlagsentscheidung und der Heranziehung lediglich nicht auszuschheidender Angebote oder auszuschließender Bieter bzw. Wettbewerber und somit im konkreten Fall im Recht auf Zuschlagserteilung verletzt.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 13.5.2013 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann - um Wiederholungen zu vermeiden - auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 13.5.2013 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin (im Folgenden Teilnahmerechtliche genannt) dem Verfahren als Partei beigetreten, hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst geltend gemacht, der Antragstellerin fehle es an der Antragslegitimation, da ihr Angebot auszuschneiden gewesen wäre. Nach Branchenkenntnis der Teilnahmerechtlichen setze auch die Bieterin *** GmbH (im Folgenden *** genannt) das System der *** GmbH ein. Dementsprechend müsste die Antragstellerin als Subunternehmen von *** namhaft gemacht worden sein. Sie trete aber im gegenständlichen Verfahren durch Legung eines Angebotes auch als Bieterin auf. Die Doppelbeteiligung als Bieter und Subunternehmer sei vergaberechtswidrig, das Angebot wäre deshalb auszuschneiden. Zur Vorarbeitenproblematik führt die Teilnahmerechtliche aus, dass diese vermeintlichen Vorarbeiten mehrfach Themen von Bieteranfragen gewesen wären. Das Vorliegen eines derartigen Sachverhaltes wurde in der Beantwortung ausdrücklich verneint. Die Festlegungen in den Anfragebeantwortungen seien in der Folge nicht fristgerecht bekämpft worden. Im Übrigen habe die Teilnahmerechtliche auch keine (auch nicht mittelbare) vergaberechtswidrigen Vorarbeiten geleistet. Ein allfälliger Wettbewerbsvorsprung sei im Übrigen durch die Zurverfügungstellung sämtlicher Informationen und durch die Anfragebeantwortungen der Antragsgegnerin jedenfalls ausgeglichen worden. Ein Ausscheidungsgrund liege damit nicht vor.

Mit Schriftsatz vom 17.5.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst ausgeführt, das Angebot der Antragstellerin wäre wegen verschiedener, aus der Aktenlage ersichtlicher Mängel, auszuschneiden gewesen.

Weiters macht die Antragsgegnerin geltend, dass die Antragstellerin bloß an dritter Stelle gereiht wäre und das vor ihr liegende Angebot nicht auszuschneiden wäre. Überdies würde es der Antragstellerin an der erforderlichen finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit mangeln wozu sie falsche Angaben gemacht habe. Als weiteren Ausscheidungsgrund macht die Antragsgegnerin geltend, die Antragstellerin hätte durch ihre Mehrfachbeteiligung am Vergabeverfahren wettbewerbsbeschränkende Handlungen gesetzt. Die Antragstellerin trete nicht nur als Bieterin auf sondern auch als Subunternehmerin im Angebot der ***. Die Antragstellerin stelle als Subunternehmerin einen sowohl preislich als auch inhaltlich wesentlichen Leistungsteil zur Verfügung. Sie habe damit einen wesentlichen Einfluss auf die Preisgestaltung der zweitgereihten Bieterin. Dazu komme auch eine gesellschaftsrechtliche Verflechtung, weil ein Konzernunternehmen von *** Gesellschafterin der Antragstellerin sei. Zusätzlich kooperierten die Antragstellerin und *** im gegenständlichen Vergabeverfahren intensiv. Darüber hinaus habe sich die Antragstellerin noch bei einem weiteren Bieter als Subunternehmer beteiligt, und zwar auch dort für die IHEkonforme Software Leistung, womit sie ebenfalls Einfluss auf die Preisbildung hatte. Sie habe demnach in der ersten Stufe des gegenständlichen Verfahrens auf drei Angebote einen maßgeblichen Einfluss gehabt, weshalb ihr Angebot gemäß §

129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006, bzw. gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 (als den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes Angebot) auszuschneiden gewesen wäre. Es fehle ihr damit an den Voraussetzungen für einen Nachprüfungsantrag. Weiters macht die Antragsgegnerin geltend, dass die Antragstellerin bloß an dritter Stelle gereiht wäre und das vor ihr liegende Angebot nicht auszuschneiden wäre. Überdies würde es der Antragstellerin an der erforderlichen finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit mangeln wozu sie falsche Angaben gemacht habe. Als weiteren Ausscheidungsgrund macht die Antragsgegnerin geltend, die Antragstellerin hätte durch ihre Mehrfachbeteiligung am Vergabeverfahren wettbewerbsbeschränkende Handlungen gesetzt. Die Antragstellerin trete nicht nur als Bieterin auf sondern auch als Subunternehmerin im Angebot der ***. Die Antragstellerin stelle als Subunternehmerin einen sowohl preislich als auch inhaltlich wesentlichen Leistungsteil zur Verfügung. Sie habe damit einen wesentlichen Einfluss auf die Preisgestaltung der zweitgereihten Bieterin. Dazu komme auch eine gesellschaftsrechtliche Verflechtung, weil ein Konzernunternehmen von *** Gesellschafterin der Antragstellerin sei. Zusätzlich kooperierten die Antragstellerin und *** im gegenständlichen Vergabeverfahren intensiv. Darüber hinaus habe sich die Antragstellerin noch bei einem weiteren Bieter als Subunternehmer beteiligt, und zwar auch dort für die IHEkonforme Software Leistung, womit sie ebenfalls Einfluss auf die Preisbildung hatte. Sie habe demnach in der ersten Stufe des gegenständlichen Verfahrens auf drei Angebote einen maßgeblichen Einfluss gehabt, weshalb ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006, bzw. gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 (als den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes Angebot) auszuschneiden gewesen wäre. Es fehle ihr damit an den Voraussetzungen für einen Nachprüfungsantrag.

Weiters macht die Antragsgegnerin geltend, das Angebot der Antragstellerin würde eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufgrund spekulativer Preisgestaltung aufweisen; dies wäre ebenfalls ein Ausscheidungsgrund.

Die von der Antragstellerin behauptete Vorarbeitenproblematik sei nicht gegeben, da die Teilnahmberechtigte lediglich im Vorfeld der gegenständlichen Ausschreibung ein Pilotprojekt für die Antragsgegnerin durchgeführt habe. Ziel dieses Pilotprojektes sei es gewesen, bei der Antragsgegnerin das nötige Wissen über IHE aufzubauen, um ohne Zuziehung externer technischer Berater das Leistungsverzeichnis bzw. das Pflichtenheft für die gegenständliche Ausschreibung erstellen zu können. Aus dieser Tätigkeit der Teilnahmberechtigten sei kein Wettbewerbsvorsprung abzuleiten. Im Rahmen des Pilotprojektes sei nur eine IHE-konforme Softwarelösung vom Unternehmen "****" durch Mitarbeiter der Antragsgegnerin getestet worden. Damit sei kein Lerneffekt für *** oder die Teilnahmberechtigte verbunden gewesen. Alle aus dem Pilotprojekt stammenden Informationen seien den Bietern zur Verfügung gestellt worden. Die Antragstellerin habe auch nie angegeben, welche konkreten Informationen aus der Teststellung ihr überhaupt noch gefehlt hätten. Ein Preisvorteil für die Teilnahmberechtigte wegen des von der Antragstellerin behaupteten Wissensvorsprunges sei nicht erkennbar, zumal das Angebot der Antragstellerin ohnedies wesentlich billiger sei, als das der Teilnahmberechtigten. Letztlich verfüge die Antragstellerin über ausreichendes Spezialwissen und verfüge selbst über jahrelange IHE-Vorerfahrung aus früheren Projekten in Nieder- und Oberösterreich. Der Antragstellerin wie auch allen anderen Bietern sei bekannt gewesen, dass die Antragsgegnerin ein Pilotprojekt durchgeführt habe. Sofern ihr in den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen Informationen aus dem Pilotprojekt gefehlt hätten, hätte sie diesen Umstand innerhalb der Fristen zur Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen geltend machen müssen, was nicht geschehen sei. Zudem verweist die Antragsgegnerin auf ihre Anfragebeantwortungen, aus denen klar hervorgegangen sei, dass die *** ein Pilotprojekt bei der Antragsgegnerin geführt habe.

Das Angebot der Antragstellerin sei rechtskonform durch eine sachkundige Kommission bewertet worden, die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Kriterien seien weder in Frage gestellt noch angefochten worden. Die Frage, ob bestimmte Themen in den Konzepten ausreichend ausgearbeitet und dargestellt wurden, obliege der freien Bewertung der einzelnen Jurymitglieder. Hätte die Antragstellerin Einwände gegen eine Jurybewertung und ihre Methoden gehabt, hätte sie die Ausschreibungsunterlage entsprechend anfechten müssen. Dies sei nicht erfolgt.

Auch hätte die Antragstellerin während des Verfahrens ausreichend Gelegenheit gehabt, Fragen an die Antragsgegnerin zu richten, was sie unterlassen habe. Im Verhandlungsgespräch habe die Antragsgegnerin diverse Punkte in dem Konzept "Darstellungen" der Antragstellerin kritisch hinterfragt. Die Antragstellerin hätte diese Punkte im LAFO noch entsprechend überarbeiten bzw. verbessern können und wäre dann bei einzelnen Zuschlagskriterien sicherlich besser bewertet worden. Die Antragstellerin habe diese Hinweise der Auftraggeberin in ihrem LAFO aber nicht aufgegriffen, sodass sie sich eine schlechtere Bewertung selbst zuschreiben müsste.

Diesen Ausführungen hat sich die Teilnehmeberechtigte im Wesentlichen mit ihrer Stellungnahme vom 2.8.2013 angeschlossen.

Beide Schriftsätze hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 5.8.2013 beantwortet und zunächst bestritten, dass es ihr an der Antragslegitimation mangeln würde. Zu der ihr vorgeworfenen Mehrfachbeteiligung weist die Antragstellerin darauf hin, dass die Antragsgegnerin in einer Anfragebeantwortung vom 6.12.2011 es für zulässig erachtet hat, "dass ein Anbieter beim Los 1 einmal als GU anbieten und gleichzeitig beim gleichen Los 1 bei drei verschiedenen Bietern als Subunternehmer auftreten kann". Eine verbotene Abrede hätte jedenfalls zwischen ihr und *** nicht stattgefunden. Auch eine spekulative Preisgestaltung liege nicht vor. Dass sie mit ihrem Angebot an dritter Stelle gereiht wurde, bedeute nicht, dass es ihr an der erforderlichen Antragslegitimation fehle, weil sie nämlich geltend gemacht habe, dass ihr Angebot unrichtig bewertet worden wäre. Bei richtiger Bewertung müsste sie an erster Stelle liegen. Zur Vorarbeitenproblematik führt sie ergänzend aus, dass eine Projektstudie für ein Vergabevorhaben oder die Umsetzung desselben eine relevante Vorarbeit im Sinne des BVergG 2006 darstelle. Sie begründet diesen Standpunkt in der Folge eingehend, weil für sie nicht nachvollziehbar sei, warum das Angebot der Teilnehmeberechtigten besser bewertet wurde, als ihres.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom teilweise übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, wie es eingangs des Bescheides wiedergegeben wurde, sowie vom unbedenklichen Inhalt der sorgfältig geführten Vergabeakten und der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien, die auch jeweils der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 6.8.2013 ausgegangen. Danach werden folgende ergänzende Feststellungen getroffen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Nachdem die Antragsgegnerin 2012 unter der BBG-GZ 3691.01588 eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Auftragnehmern (darunter auch die Antragstellerin) über die Implementierung und Betriebsunterstützung für IHE-konforme Affinity Domains abgeschlossen hat, hat sie nunmehr im Rahmen eines Aufrufes zum erneuten Wettbewerb die Partner der Rahmenvereinbarung, welche die nunmehr konkret nachgefragte Leistung erbringen können, eingeladen, sich am Beschaffungsvorgang durch Angebotslegung zu beteiligen. Als Zuschlagskriterien werden der Preis und die Qualität jeweils gewichtet mit 50 % angeführt. Das Qualitätskriterium ist in drei Subkriterien unterteilt, wobei die Subkriterien "Soll-Kriterien- Leistungsverzeichnis" und "Qualitäts-Konzepte" mit je 21 %, das Subkriterium "Qualität-Vertragliche Zusagen" mit 8 % gewichtet sind. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Die Antragstellerin hat am 20.3.2013 ihr "Last and Final Offer" gelegt. Der Zuschlag wurde bisher nicht erteilt. Nach den Ergebnissen des Vergabeverfahrens ist sie an dritter Stelle gereiht. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Nachdem die Antragsgegnerin 2012 unter der BBG-GZ 3691.01588 eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Auftragnehmern (darunter auch die Antragstellerin) über die Implementierung und Betriebsunterstützung für IHE-konforme Affinity Domains abgeschlossen hat, hat sie nunmehr im Rahmen eines Aufrufes zum erneuten Wettbewerb die Partner der Rahmenvereinbarung, welche die nunmehr konkret nachgefragte Leistung erbringen können, eingeladen, sich am Beschaffungsvorgang durch Angebotslegung zu beteiligen. Als Zuschlagskriterien werden der Preis und die Qualität jeweils gewichtet mit 50 % angeführt. Das Qualitätskriterium ist in drei Subkriterien unterteilt, wobei die Subkriterien "Soll-Kriterien- Leistungsverzeichnis" und "Qualitäts-Konzepte" mit je 21 %, das Subkriterium "Qualität-Vertragliche Zusagen" mit 8 % gewichtet sind. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Die Antragstellerin hat am 20.3.2013 ihr "Last and Final Offer" gelegt. Der Zuschlag wurde bisher nicht erteilt. Nach den Ergebnissen des Vergabeverfahrens ist sie an dritter Stelle gereiht.

Im Hinblick auf den von der Antragsgegnerin und der Teilnehmeberechtigten erhobenen Einwand, der Antragstellerin würde es wegen ihrer Reihung an der dritten Stelle an der erforderlichen Antragslegitimation fehlen, war zunächst dazu Stellung zu nehmen. Es trifft zu, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot zwar preislich an erster Stelle zu reihen war, in der Gesamtbewertung, unter Berücksichtigung der Zuschlagskriterien, jedoch an dritter Stelle. Zutreffend verweist die Antragstellerin in diesem Zusammenhang darauf, dass der Punkteabstand zum Angebot der Teilnehmeberechtigten nur 3,34 (von 100) Punkten beträgt. Die Antragstellerin hat dazu geltend gemacht, dass ihr Angebot im Bereich "Qualität" unrichtig bewertet worden wäre und hat dazu konkrete Gründe angeführt. Damit war die Antragslegitimation der Antragstellerin grundsätzlich als gegeben zu erachten, weil im Hinblick auf den geringen Punkteabstand zu den vor ihr liegenden beiden Bieterinnen es von vornherein nicht ausgeschlossen werden konnte,

dass diese nicht vor ihr gereiht worden wären, hätte die Antragsgegnerin eine vergaberechtlich richtige Bewertung vorgenommen. Weitere Gründe, warum das vor ihr liegende Angebot der zweiten Bieterin auszuscheiden gewesen wäre, hat die Antragstellerin hingegen nicht geltend gemacht. Es war daher vom erkennenden Senat grundsätzlich zu prüfen, ob die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin entsprechend den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen und im Einklang mit vergaberechtlichen Bestimmungen erfolgt ist.

Vor dem am 19.11.2012 erfolgten erneuten Aufruf zum Wettbewerb hat die Antragsgegnerin das Pilotprojekt "Teststellung IHE Affinity Domain für den Wiener KAV" in Auftrag gegeben. Dieses Pilotprojekt wurde durch das Unternehmen *** GmbH (im Folgenden ***), einer Tochter der *** AG ***, durchgeführt. Da keine Informationen aus dem Pilotprojekt in den Ausschreibungsunterlagen zum erneuten Aufruf zum Wettbewerb zu finden waren, hat die Antragstellerin - wie auch andere Bieter - Fragen an die Antragsgegnerin wegen einer möglichen "Vorarbeitenproblematik" gerichtet. Dazu ist auf die nachstehend wiedergegebenen Anfragebeantwortungen der Antragsgegnerin vom 14.1.2013 bzw. 12.3.2013, deren Inhalte in die Feststellungen übernommen werden, zu verweisen:

So wurde in der zweiten Anfragebeantwortung vom 14.1.2013 wie folgt festgelegt:

1. "1.Ziffer eins

Frage: Pilotprojekt "KAV Affinity Domain"

Nach dem Kenntnisstand verfahrensbeteiligter Bieter hat der Auftraggeber WKAV im Vorfeld dieser Ausschreibung bereits ein Pilotprojekt "KAV Affinity Domain" durchgeführt.

In diesem Projekt wurden bereits diverse Szenarien, Prozesse und Schnittstellen (wie die Anbindung an den ELGA ZPI, die Konnektivität zu den KIS Systemen des WKAV oder auch die Cross Community Access (XCA) Kommunikation zu anderen Affinity Domains (eGOR) festgelegt und getestet. Diese Themen und Prozesse sind auch Inhalt der gegenständlichen Ausschreibung. Gibt es über dieses Pilotprojekt Dokumentation, in die wir als Bieter Einsicht nehmen können? Dies ist unserer Meinung nach für die Kalkulation vor allem der Implementierungsdienstleistungen von Vorteil. Sollte sich nämlich unter den Bietern zur Ausschreibung "Affinity Domain WienKAV, 2. Stufe, GZ 3691.01794" auch der Auftragnehmer des Pilotprojektes befinden, so hätte dieser Bieter diesen oben erwähnten Vorteil.

Anmerkung: Da inhaltlich ähnliche Fragen von mehreren Bietern gestellt wurden, wurden die Fragen in eine einzelne Formulierung zusammengefasst.

Antwort:

Es ist korrekt, dass im Vorfeld der gegenständlichen Ausschreibung bereits ein Pilotprojekt durchgeführt worden ist.

Die Ziele des Projektes waren:

- * Dokumentation aller notwendigen technischen und organisatorischen Informationen zur Beschaffung eines funktionell zumindest gleichwertigen IHE basierenden Systems zur Ablöse des "medikom" Befundverbundes
- * Wissensübermittlung zum Betrieb und zur Anbindung von IHE Systemen im KAV
- * Wissen über die Qualität der potentiellen Entlassungsdokumente aufzubauen

Dieses Projekt hatte lediglich den Zweck, beim Auftraggeber das nötige Wissen über IHE aufzubauen, um ohne Zuziehen externer technischer/n Berater/Innen das Leistungsverzeichnis für die gegenständliche Ausschreibung erstellen zu können. Zu keinem Zeitpunkt war der Auftragnehmer des Pilotprojekts in die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen auch nur mittelbar eingebunden. Da alle relevanten Ergebnisse dieses Pilotprojekts in die gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen eingeflossen sind, kann auch keine ergänzende Dokumentation zur Verfügung gestellt werden.

Eine Anwendbarkeit des § 20 (5) BVergG 2006 ist damit nicht gegeben, da das Pilotprojekt den fairen und lautereren Wettbewerb nicht nur nicht ausschließt, sondern in keiner Weise einschränkt oder beeinträchtigt, da sämtliche Informationen aus dem Pilotprojekt ausschreibungsgegenständlich gemacht wurden."Eine Anwendbarkeit des Paragraph 20, (5) BVergG 2006 ist damit nicht gegeben, da das Pilotprojekt den fairen und lautereren Wettbewerb nicht nur nicht ausschließt, sondern in keiner Weise einschränkt oder beeinträchtigt, da sämtliche Informationen aus dem Pilotprojekt ausschreibungsgegenständlich gemacht wurden."

Im Rahmen des Vergabeverfahrens wurde am 12.3.2013 insbesondere nachfolgende Fragenbeantwortung von der

Antragsgegnerin den Bietern übermittelt:

"Frage 17: Pilotprojekt

Wir beziehen uns auf unsere Rügepflicht gemäß § 106 Abs. 6 BVergG und halten hiermit fest, dass das Pilotprojekt "Teststellung IHE Affinity Domain für den Wiener KAV" realisiert durch "****" (Tochterunternehmen der *** AG ***) für Siemens als allfälliger Bieter einen wettbewerblichen Vorteil (Wissensvorsprung) darstellt und demnach alle anderen Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren benachteiligt. Den Auftraggeber trifft aus diesem Grund eine Pflicht zum Ausgleich des Wettbewerbsvorsprungs. Wir beziehen uns auf unsere Rügepflicht gemäß Paragraph 106, Absatz 6, BVergG und halten hiermit fest, dass das Pilotprojekt "Teststellung IHE Affinity Domain für den Wiener KAV" realisiert durch "****" (Tochterunternehmen der *** AG ***) für Siemens als allfälliger Bieter einen wettbewerblichen Vorteil (Wissensvorsprung) darstellt und demnach alle anderen Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren benachteiligt. Den Auftraggeber trifft aus diesem Grund eine Pflicht zum Ausgleich des Wettbewerbsvorsprungs.

Die Projektstudie und die einzelnen Ergebnisse aus diesem Pilotprojekt sind aus unserer Sicht für dieses Vergabeverfahren relevant und sollten sämtlichen teilnehmenden Bietern zur Verfügung gestellt werden um einen Informationsgleichstand aller Bewerber zu gewährleisten. Infolgedessen fordern wir den Auftraggeber auf, folgende Fragestellungen betreffend dem gegenständlichen Pilotprojekt zu beantworten:

1. a.Litera a
Anzahl der End-User im Pilotprojekt?
2. b.Litera b
Art und Dauer der Schulungen für welche Berufsgruppe und wie viele User?
3. c.Litera c
Laufender personeller Supportaufwand für den Betrieb der Teststellung im Rechenzentrum der Wiener KAV?
4. d.Litera d
Art und Anzahl der medizinischen Dokumente die in der Affinity Domain erfasst wurden?
5. e.Litera e
Angaben zu Schnittstellen zu Fremdsystemen, welche wurden realisiert?
6. f.Litera f
Welche Probleme gab es bei der Anbindung anderer Systeme (eigene und Fremdsysteme)?
7. g.Litera g
Welches Web-Portal wurde verwendet?
8. h.Litera h
Dauer der Teststellung. Wann hat sie begonnen und wann wurde sie abgeschlossen?
9. i.Litera i
Wurde die Teststellung aktiv benutzt? Oder wird sie noch aktiv benutzt?
10. j.Litera j
Welche Häuser des WienerKAV haben daran teilgenommen?
11. k.Litera k
Was war der endgültige Bedarf an Prozessoren und Memory in diesem Pilotprojekt?

Gemäß der Rechtsprechung des VwGHs ist der Auftraggeber im Sinne des § 20 Abs 5 BVergG verpflichtet "die gesamte Studie einschließlich allfälliger Pläne und Zeichnungen mit den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung zu stellen (VwGH 3.9.2008, 2005/04/0082; Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 3 [2010] Rz 1392). Daher ersucht der Bieter um die Übermittlung sämtlicher projektbezogener Protokolle, Architekturbeschreibungen, Projektpläne, Evaluierungsberichte bzw. sonstiger pilotprojektbezogener Daten und Erfahrungswerte, die einen Wettbewerbsvorteil begründen können. Gemäß der Rechtsprechung des VwGHs ist der Auftraggeber im Sinne des Paragraph 20, Absatz 5, BVergG verpflichtet "die gesamte Studie einschließlich allfälliger Pläne und Zeichnungen mit den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung zu stellen (VwGH 3.9.2008, 2005/04/0082; Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 3 [2010] Rz 1392). Daher ersucht der Bieter um die Übermittlung sämtlicher projektbezogener Protokolle, Architekturbeschreibungen, Projektpläne, Evaluierungsberichte bzw. sonstiger pilotprojektbezogener Daten und Erfahrungswerte, die einen Wettbewerbsvorteil begründen können.

Antwort:

ad a.) Null. Es wurden nur Funktionstests unter Beiziehung 2 ausgewählter externer

Gesundheitsdiensteanbieter durchgeführt.

ad b.) Keine.

ad c.) Durchschnittlich 4 PT pro Monat.

ad d.) Patientenbriefe, ca 800 pro Tag.

ad e.) ZPI, Secure Token Service der SVC, Patientenbriefschreibung

(Eigenentwicklung des KAV)

ad f.) Datenqualität: z.B. fallweise fehlendes Geschlecht bei Patientendaten oder Daten, die zur Erzeugung des CDA-Headers notwendig sind, waren zum Zeitpunkt des Hochladens nicht verfügbar.

ad g.) Das Web-Portal, das *** bereitgestellt hat.

ad h.) September 2009 bis Ende 2012.

ad i.) Nein - nein.

ad j.) Alle außer AKH durch Hochladen der vidierten Patientenbriefe. Keines für lesende Zugriffe.

ad k.) Es wurden nur virtuelle Maschinen verwendet. Es erfolgten keine Massentests.

Da alle relevanten Ergebnisse dieses Pilotprojekts in die gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen eingeflossen sind, kann auch keine ergänzende Dokumentation zur Verfügung gestellt werden.

Eine Anwendbarkeit des § 20 (5) BVergG 2006 ist damit nicht gegeben, da das Pilotprojekt den fairen und lautereren Wettbewerb nicht nur nicht ausschließt, sondern in keiner Weise einschränkt oder beeinträchtigt, da sämtliche Informationen aus dem Pilotprojekt ausschreibungsgegenständlich gemacht wurden."Eine Anwendbarkeit des Paragraph 20, (5) BVergG 2006 ist damit nicht gegeben, da das Pilotprojekt den fairen und lautereren Wettbewerb nicht nur nicht ausschließt, sondern in keiner Weise einschränkt oder beeinträchtigt, da sämtliche Informationen aus dem Pilotprojekt ausschreibungsgegenständlich gemacht wurden."

Weitere Erklärungen bzw. allfällige Unterlagen, die im Zusammenhang mit dem Pilotprojekt standen, hat die Antragsgegnerin den Bietern nicht übermittelt. Dass das Unternehmen *** (***), das Pilotprojekt durchgeführt hat, war der Antragstellerin bekannt. Weder die Antragstellerin noch andere Bieter haben vor Abgabe ihrer Erstangebote eine unvollständige Offenlegung des Pilotprojektes geltend gemacht bzw. in den Verhandlungen weitere notwendige Informationen z.B. zu Schnittstellen und Subsystemen, von der Antragsgegnerin verlangt. Nach dem Inhalt der Vergabeakten ist überdies dokumentiert, dass die Antragsgegnerin die Bieter anlässlich der Verhandlungsrunde ausdrücklich befragt hat, wieviel Zeit sie für die Ausarbeitung ihres "Last and final Offers" benötigen und sodann die längste, ihr genannte Frist als Angebotsfrist festgelegt hat.

Die Bewertung der Angebote ist durch eine vierköpfige, sachkundig zusammengesetzte Kommission nach dem im Punkt 10 festgelegten Kriterien (Seite 15 bis 22 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen für den erneuten Aufruf zum Wettbewerb) erfolgt. Weder die Bewertungskriterien noch der Umstand, dass die Bewertung durch eine Jury vorgenommen werden soll, wurde von der Antragstellerin bzw. einem anderen Mitbewerber bekämpft.

Die Frist für die Abgabe des Erstangebotes war der 28.01.2013. Insgesamt wurden 4 Erstangebote abgegeben.

Am 13.2.2013 fand eine erste Verhandlungsrunde mit der Antragstellerin statt, die über 3 Stunden gedauert hat. Nach dem darüber geführten, zweiseitigem Protokoll, hat die Antragstellerin nicht nur ihre Konzepte präsentiert, sondern auch verschiedene Verhandlungen geführt.

Unter anderem wurde auch zwischen der Antragstellerin und den Vertretern der vergebenden Stelle "Definitionen e-Health & mehrere Affinity Domains" diskutiert. Festgestellt wurde auch, dass ein Abänderungsangebot nicht nötig sei. Die Antragstellerin hat als Frist für die Abgabe des LAFO ca. 2 Wochen genannt. Dass die Antragstellerin im Zuge dieser Verhandlungsrunde auch weitere für sie nunmehr als notwendig bezeichnete Informationen diskutiert hätte oder diesbezügliche Nachfragen gestellt hätte, kann der Niederschrift nicht entnommen werden. Dass die Antragstellerin (oder die anderen Bieter) wegen unvollständiger Offenlegung des Pilotprojektes die Ausschreibungsunterlagen nicht bekämpft haben, ist nach der Aktenlage erwiesen.

Die sorgfältig geführten Vergabeakten zeigen, dass in der Folge die 4 von der Antragsgegnerin in der Jury eingesetzten Experten eine Bewertung der Angebote entsprechend den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen vorgenommen haben. Insbesondere zum Qualitätskriterium, unterteilt in 4 Subkriterien, haben die Juroren nicht nur Punkte vergeben, sondern auch jeweils zu jedem einzelnen Subkriterium einzeln umfangreiche verbale Begründungen abgegeben. Diesbezüglich ist auf die in den Vergabeakten, Ordner 4, erliegenden umfangreichen Tabellen im Format A3 von jeweils 5 Seiten zu verweisen. Die verbale Begründung erweist sich jeweils als konkret, es werden einzelne Punkte herausgegriffen, beurteilt und nachvollziehbar dargelegt, warum der jeweilige Juror für das jeweilige Subkriterium die von ihm festgelegte Punktzahl vergeben hat. Auch im Vergleich der Beurteilung des Angebotes der Antragstellerin mit der Beurteilung der anderen Angebote ergibt sich, dass jeder Juror durchaus differenziert vorgegangen ist und sich aus der Gegenüberstellung der einzelnen Beurteilungen nachvollziehen lässt, warum die Antragstellerin etwa bei einem konkreten Subkriterium eine geringere oder höhere Punktzahl als ein Mitbewerber erhalten hat. Aus den Vergabeakten, insbesondere aus den Niederschriften zu den Verhandlungsrunden war festzustellen, dass die Antragsgegnerin die Bieter gefragt hat, welche Zeit sie noch für die Ausarbeitung ihres Last & Final Offers benötigen. Diesbezüglich hat die Antragstellerin eine Frist von "ca. 2 Wochen" genannt. Die Teilnahmeberechtigte ihrerseits hat eine Frist "ca. 3 Wochen" genannt, eine weitere Bieterin 4 Wochen. Die Antragsgegnerin hat die Angebotsfrist für das Letztangebot daraufhin mit 21.3.2013 festgelegt. Zusammenfassend ist festzustellen, dass nachvollzogen werden kann, warum die Antragsgegnerin der Antragstellerin in den von ihr einzeln angeführten Qualitätspunkten keine Zusatzpunkte vergeben hat. Eine offenkundige Fehleinschätzung auch nur eines einzigen Jurors konnte nicht festgestellt werden. So liegen etwa im Punkt 3.3 bei allen Angeboten heterogene Wertungen vor. Zusammenfassend gesehen stellt der Senat fest, dass die von der vierköpfigen, aus Experten bestehenden Jury vorgenommene Angebotsbewertung sich genau an die Vorgaben gehalten, eine ausreichende, bis ins Detail gehende verbale Beurteilung der einzelnen Subkriterien vorgenommen hat, ihre Bewertung und deren Ergebnis sich nachvollziehbar und schlüssig erweist und das Ergebnis der Bewertung in den erwähnten Tabellen ausführlich dokumentiert ist. Die Niederschrift über die Angebotsbewertung vom 19.4.2013 stützt sich auf diese umfangreichen Tabellen; sie ist schlüssig und war daher ihr Ergebnis vom Senat in seine Feststellungen zu übernehmen. Damit steht aber auch fest, dass die Antragstellerin zutreffend mit ihrem Angebot an dritter Stelle gereiht wurde.

Die Zuschlagsentscheidung vom 24.4.2013 ist der Antragstellerin in Faxwege am gleichen Tage zugekommen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung ist am 6.5.2013 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 zu entrichtenden Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist ebenso nachgewiesen, wie die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007. Die Zuschlagsentscheidung vom 24.4.2013 ist der Antragstellerin in Faxwege am gleichen Tage zugekommen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung ist am 6.5.2013 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 zu entrichtenden Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist ebenso nachgewiesen, wie die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der sorgfältig geführten Vergabeakten und das Vorbringen der Parteien. Dass in den Vergabeakten gesonderte Unterlagen über das von der Antragsgegnerin vor der Ausschreibung geführte Pilotprojekt vorhanden wären, konnte nicht festgestellt werden. Ebenso wenig konnte festgestellt werden, dass die Antragsgegnerin - wie von der Antragstellerin behauptet - Ergebnisse des Pilotprojektes zurückgehalten bzw. nicht in ihren Ausschreibungsunterlagen verarbeitet hätte. Das Verfahren hat zwar ergeben, dass ein Tochterunternehmen der Teilnahmeberechtigten, das Unternehmen ***, zwar das Pilotprojekt der Antragsgegnerin realisiert hat. Dieser Umstand wurde, wie sich ebenfalls nicht nur dem Vorbringen der Parteien sondern auch den Vergabeakten entnehmen lässt, von mehreren Bietern, darunter auch der Antragstellerin, als "Vorarbeitenproblematik" an die Antragsgegnerin herangetragen. Dass jedoch dieses Unternehmen *** tatsächlich an der Vorbereitung der Ausschreibungsunterlagen mitgewirkt hätte, konnte nicht erwiesen werden, Indizien dafür finden sich auch nicht in den Vergabeakten. Die 2. Stufe des Vergabeverfahrens hat jedoch auch ergeben, dass trotz vorhandener Möglichkeiten von den Bietern der Umfang und Inhalt sowie das Ergebnis des Pilotprojektes im Zuge der Bietergespräche nicht thematisiert wurde, auch nicht von der Antragstellerin. So hat die Antragstellerin etwa zur Frage, warum von ihr im Bietergespräch vom 13.2.2013 die Schnittstellenproblematik nicht erörtert wurde bzw. sie nicht verlangt hat, ihr die Evaluierung der Teststellungen zu übergeben, lediglich geantwortet, dies sei deshalb geschehen,

da sie zum damaligen Zeitpunkt nicht gewusst habe, dass auch Siemens als Konkurrent auftreten würde (Protokoll Seite 4). Für die Antragstellerin wäre das Problem überhaupt nicht entstanden, hätte sich Siemens nicht am Beschaffungsvorgang beteiligt.

Soweit die Antragstellerin vorgebracht hat, wegen der nicht genauen Kenntnisse des Ergebnisses der Vorarbeiten sei es ihr nicht möglich gewesen, einen günstigeren Preis anzubieten, ist sie darauf zu verweisen, dass es ihr vor allem in der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens möglich gewesen wäre, die ihr notwendig erscheinenden Informationen zu erlangen. Dass ihr das Pilotprojekt bekannt gewesen ist, ergibt sich nicht nur aus den Vergabeakten, sondern auch aus ihrem Vorbringen. Wenn die Antragstellerin auch die Beantwortung ihrer Fragen zur Vorarbeitproblematik als unzureichend erachtet, ist sie - mit der Antragsgegnerin zutreffend - darauf zu verweisen, dass sie diesen Umstand im Rahmen einer Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen hätte geltend machen müssen. Wenn die Antragstellerin auch wiederholt geltend gemacht hat, die schlechtere Bewertung ihres Angebotes sei auf die mangelnde Kenntnis des Pilotprojektes zurückzuführen, ergibt sich doch aus den Vergabeakten, insbesondere im Zusammenhalt mit den Fragebeantwortungen, dass die schlechtere Qualitätsbewertung nicht alleine der behaupteten Vorarbeitenproblematik zuzuschreiben ist. In den Verhandlungen hätte die Antragstellerin auch ansprechen können, in welchen Bereichen die Antragsgegnerin besonderes Verbesserungspotenzial sieht; die Zielrechnung ist ja grundsätzlich bereits aus den Zuschlagskriterien ersichtlich. In diesem Sinn hat auch die Antragstellerin einen Teil der nicht optimalen Qualitätsbewertung selbst zu vertreten. Jedenfalls hat das Verfahren, insbesondere der Akteninhalt im Zusammenhalt mit dem im Rahmen der Feststellungen wiedergegebenen Anfragebeantwortungen, eindeutig ergeben, dass die Bieter, auch die Antragstellerin, davon Kenntnis hatten, dass die Antragsgegnerin in Vorbereitung der gegenständlichen Ausschreibung ein Pilotprojekt durchgeführt hat, das in etwa den ausgeschriebenen Leistungsumfang zum Inhalt hatte.

Ausgehend von diesem Sachverhalt hat der Senat in seiner rechtlichen Beurteilung erhoben:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie hat die Vertragspartner der Rahmenvereinbarung "ELGA Affinity Domain" Los 1, BBG-GZ 3691.01588, zu denen auch die Antragstellerin gehört, unter Vorlage allgemeiner Ausschreibungsunterlagen und weiterer Dokumente zum erneuten Wettbewerb zur Erteilung eines Auftrages, der die Implementierung einer IHE-konformen Affinity Domain für den Wiener Krankenanstaltenverbund sowie die Erbringung diverser zugehöriger Dienstleistungen umfasst, aufgerufen. Als Zuschlagskriterien werden der Preis und die Qualität jeweils gewichtet mit 50% angeführt. Das Qualitätskriterium ist wiederum in 3 Subkriterien unterteilt, wobei die Subkriterien "Soll-Kriterien-Leistungsverzeichnis" und "Qualität-Konzepte" mit je 21%, das Subkriterium "Qualität-Vertragliche Zusagen" mit 8% gewichtet sind. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit der höchsten Punkteanzahl erfolgen. Das Ende für die Legung des Last & Final Offers war der 21.3.2013, 13:00 Uhr. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie hat die Vertragspartner der Rahmenvereinbarung "ELGA Affinity Domain" Los 1, BBG-GZ 3691.01588, zu denen auch die Antragstellerin gehört, unter Vorlage allgemeiner Ausschreibungsunterlagen und weiterer Dokumente zum erneuten Wettbewerb zur Erteilung eines Auftrages, der die Implementierung einer IHE-konformen Affinity Domain für den Wiener Krankenanstaltenverbund sowie die Erbringung diverser zugehöriger Dienstleistungen umfasst, aufgerufen. Als Zuschlagskriterien werden der Preis und die Qualität jeweils gewichtet mit 50% angeführt. Das Qualitätskriterium ist wiederum in 3 Subkriterien unterteilt, wobei die Subkriterien "Soll-Kriterien-Leistungsverzeichnis" und "Qualität-Konzepte" mit je 21%, das Subkriterium "Qualität-Vertragliche Zusagen" mit 8% gewichtet sind. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit der höchsten Punkteanzahl erfolgen. Das Ende für die Legung des Last & Final Offers war der 21.3.2013, 13:00 Uhr. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitsklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des §

25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVerGG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs.1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung gestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 24.4.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tag im Faxwege zugegangen. Ihr am 6.5.2013 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs.1 WVRG 2007. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVerGG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVerGG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung gestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 24.4.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tag im Faxwege zugegangen. Ihr am 6.5.2013 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung erweist sich im Ergebnis als nicht berechtigt.

Die Teilnahmeberechtigte (Schriftsatz vom 13.5.2013) und die Antragsgegnerin (Schriftsatz vom 17.5.2013) haben zunächst geltend gemacht, der Antragstellerin würde es an der Antragslegitimation fehlen, weil sich die Antragstellerin als Subunternehmerin von *** auch am Verfahren beteiligt hätte. Damit wäre ein unzulässiger Informationsfluss zwischen Bietern gegeben, der zum Ausscheiden des Angebotes führen müsste.

Ein derartiger Ausscheidungsgrund ist gegenständlich nicht gegeben. Wie die Antragstellerin zutreffend darauf verweist, hat die Antragsgegnerin in der 4. Fragenbeantwortung vom 6.12.2011 erklärt, dass eine Mehrfachbeteiligung sowohl als Bieter als auch Subunternehmer für verschiedene andere Bieter zulässig ist (Frage 9 der 4. Fragenbeantwortung Rahmenvereinbarung IHE). Damit handelt es sich um eine ausdrücklich von der Antragsgegnerin zugelassene Mehrfachbeteiligung der Antragstellerin als Bieterin und Softwarelieferantin mehrerer anderer Bieter. Dieser Umstand war der Antragsgegnerin offenbar bekannt, dennoch hat sie mit der Antragstellerin eine Rahmenvereinbarung für das Los 1 abgeschlossen und sie beim erneuten Aufruf zum Wettbewerb zur Teilnahme eingeladen. Dass eine Abstimmung der Angebote zwischen Antragstellerin und anderen Bietern, insbesondere im Hinblick auf die Preisbildung, stattgefunden hat, konnte nicht erwiesen werden, Anhaltspunkte dafür finden sich in den Vergabeakten nicht. Dazu kommt, dass die Antragsgegnerin bisher das Angebot der Antragstellerin aus den von ihr nunmehr genannten Gründen nicht ausgeschieden und insbesondere ein Vorhalteverfahren zu den nun behaupteten Ausscheidungsgründen nicht durchgeführt hat. Ein derartiges Aufklärungsverfahren wäre jedoch nach § 126 BVerGG 2006, welches den Bietern die Gelegenheit zur Erörterung eines allenfalls klärungsbedürftigen Angebotes einräumt, angezeigt gewesen. Da es von der Antragsgegnerin nicht durchgeführt wurde, die Durchführung eines derartigen Verfahrens von der Nachprüfungsbehörde nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand vorgenommen werden könnte, somit die behaupteten Ausscheidungsgründe nicht offenkundig sind, war davon auszugehen, dass die Antragstellerin zur Antragstellung legitimiert ist (vgl. VwGH 18.3.2009, Zl. 2007/04/0095). Ein derartiger Ausscheidungsgrund ist gegenständlich nicht gegeben. Wie die Antragstellerin zutreffend darauf verweist, hat die Antragsgegnerin in der 4. Fragenbeantwortung vom 6.12.2011 erklärt, dass eine Mehrfachbeteiligung sowohl als Bieter als auch Subunternehmer für verschiedene andere Bieter zulässig ist (Frage 9 der 4. Fragenbeantwortung Rahmenvereinbarung IHE). Damit handelt es sich um eine ausdrücklich von der Antragsgegnerin zugelassene Mehrfachbeteiligung der Antragstellerin als Bieterin und Softwarelieferantin mehrerer anderer Bieter. Dieser Umstand war der Antragsgegnerin offenbar bekannt, dennoch hat sie mit der Antragstellerin eine Rahmenvereinbarung für das Los 1 abgeschlossen und sie beim erneuten Aufruf zum Wettbewerb zur Teilnahme eingeladen. Dass eine Abstimmung

der Angebote zwischen Antragstellerin und anderen Bietern, insbesondere im Hinblick auf die Preisbildung, stattgefunden hat, konnte nicht erwiesen werden, Anhaltspunkte dafür finden sich in den Vergabeakten nicht. Dazu kommt, dass die Antragsgegnerin bisher das Angebot der Antragstellerin aus den von ihr nunmehr genannten Gründen nicht ausgeschieden und insbesondere ein Vorhalteverfahren zu den nun behaupteten Ausscheidungsgründen nicht durchgeführt hat. Ein derartiges Aufklärungsverfahren wäre jedoch nach Paragraph 126, BVergG 2006, welches den Bietern die Gelegenheit zur Erörterung eines allenfalls klärungsbedürftigen Angebotes einräumt, angezeigt gewesen. Da es von der Antragsgegnerin nicht durchgeführt wurde, die Durchführung eines derartigen Verfahrens von der Nachprüfungsbehörde nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand vorgenommen werden könnte, somit die behaupteten Ausscheidungsgründe nicht offenkundig sind, war davon auszugehen, dass die Antragstellerin zur Antragstellung legitimiert ist (vergleiche VwGH 18.3.2009, Zl. 2007/04/0095).

Nach § 20 Abs. 5 BVergG 2006 sind Unternehmer "die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, sowie mit Nach Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 sind Unternehmer "die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, sowie mit diesen verbundene Unternehmen... soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und laute-

rer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden kann". Eine derartige Vorarbeitenproblematik wird von der Antragstellerin darin gesehen, dass die Antragsgegnerin ein über 3 Jahre dauerndes Pilotprojekt beauftragt hat, das durch die ***, die zu 69,1% im Eigentum der *** und zu 30,9% im Eigentum der Tiroler Landeskrankenanstalt GmbH steht, ausgeführt wurde. Weiters behauptet in diesem Zusammenhang die Antragstellerin, die Teststellung der *** sei "unseren Informationen nach" inhaltlich nahezu deckungsgleich mit der nunmehrigen gegenständlichen Ausschreibung gewesen. Damit habe die Teilnahmeberechtigte durch diese Teststellung einen klaren Wettbewerbsvorteil bei der Angebotslegung gehabt. Dazu hat das Nachprüfungsverfahren zunächst ergeben, dass alle Bieter, auch die Antragstellerin, von diesem Pilotprojekt wussten und dies auch im Stadium vor Angebotslegung durch entsprechende Anfragestellungen thematisiert haben. Das Verfahren hat dazu auch ergeben, dass die Antragsgegnerin erklärt hat, dass dieses Projekt lediglich den Zweck hatte, beim Auftraggeber das nötige Wissen über IHE aufzubauen, um ohne Zuziehen externer technischer Berater das Leistungsverzeichnis für die gegenständliche Ausschreibung erstellen zu können. Zusammenfassend hat die Antragsgegnerin weiter erklärt, alle Erfahrungen aus dem Pilotprojekt wären in die gegenständliche Ausschreibung eingeflossen, Ergebnisse seien nicht vorbehalten worden. Mit diesen Antworten vom 14.1.2013 bzw. einer nachfolgenden, dasselbe Thema betreffenden Antwort vom 12.3.2013, haben sich die Bieter zufrieden gegeben, ohne die darin zu erblickende Festlegung und Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen innerhalb der ihnen zur Verfügung stehenden Frist des § 24 Abs. 4 WVRG 2007 anzufechten. Wenn daher die Antragsgegnerin zum Thema "Vorarbeitenproblematik" ausführt, dass ein Anwendungsfall des § 20 Abs. 5 BVergG 2006 nicht vorliege bzw. diese Vorarbeitenproblematik präkludiert sei, ist ihr zu zustimmen (vergleiche VKS 4.10.2012, VKS 8741/12 u.a.).

rer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden kann". Eine derartige Vorarbeitenproblematik wird von der Antragstellerin darin gesehen, dass die Antragsgegnerin ein über 3 Jahre dauerndes Pilotprojekt beauftragt hat, das durch die ***, die zu 69,1% im Eigentum der *** und zu 30,9% im Eigentum der Tiroler Landeskrankenanstalt GmbH steht, ausgeführt wurde. Weiters behauptet in diesem Zusammenhang die Antragstellerin, die Teststellung der *** sei "unseren Informationen nach" inhaltlich nahezu deckungsgleich mit der nunmehrigen gegenständlichen Ausschreibung gewesen. Damit habe die Teilnahmeberechtigte durch diese Teststellung einen klaren Wettbewerbsvorteil bei der Angebotslegung gehabt. Dazu hat das Nachprüfungsverfahren zunächst ergeben, dass alle Bieter, auch die Antragstellerin, von diesem Pilotprojekt wussten und dies auch im Stadium vor Angebotslegung durch entsprechende Anfragestellungen thematisiert haben. Das Verfahren hat dazu auch ergeben, dass die Antragsgegnerin erklärt hat, dass dieses Projekt lediglich den Zweck hatte, beim Auftraggeber das nötige Wissen über IHE aufzubauen, um ohne Zuziehen externer technischer Berater das Leistungsverzeichnis für die gegenständliche Ausschreibung erstellen zu können. Zusammenfassend hat die Antragsgegnerin weiter erklärt, alle Erfahrungen aus dem Pilotprojekt wären in die gegenständliche Ausschreibung eingeflossen, Ergebnisse seien nicht vorbehalten worden. Mit diesen Antworten vom 14.1.2013 bzw. einer nachfolgenden, dasselbe Thema betreffenden Antwort vom 12.3.2013, haben sich die Bieter zufrieden gegeben, ohne die darin zu erblickende Festlegung und Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen innerhalb der ihnen zur Verfügung

stehenden Frist des Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007 anzufechten. Wenn daher die Antragsgegnerin zum Thema "Vorarbeitenproblematik" ausführt, dass ein Anwendungsfall des Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 nicht vorliege bzw. diese Vorarbeitenproblematik präkludiert sei, ist ihr zu zustimmen (vergleiche VKS 4.10.2012, VKS 8741/12 u.a.)

Selbst wenn ein Informationsvorsprung gegeben sein sollte, wäre dieser vergaberechtlich nur dann relevant, wenn dadurch der faire und lautere Wettbewerb ausgeschlossen ist. Ein großer Informationsvorsprung wie etwa des bisherigen Auftragnehmers, der sich an einem neuen Vergabeverfahren beteiligt, bedeutet für sich jedoch noch nicht eine Verletzung des fairen und lautereren Wettbewerbes. Dazu kommt, dass gegenständlich - was nicht widerlegt werden konnte - die Antragsgegnerin im Rahmen auch ihrer Anfragebeantwortungen jedenfalls sämtliche ihr zu Verfügung stehenden Informationen weiter gegeben hat. Dass letztlich der behauptete Informationsvorsprung nicht derartig groß gewesen sein kann, ergibt sich auch aus dem geringen Punkteabstand zwischen den Angeboten der Teilnahmeberechtigten und der Antragstellerin von bloß 3,34 Punkten. Letztlich führt nach der aktuellen Gesetzeslage aber nur ein nicht aufholbarer Wettbewerbsvorsprung zum Ausscheiden eines Angebots (§ 20 Abs. 5 BVergG 2006). Ein solcher liegt gegenständlich jedenfalls nicht vor. Im Verhandlungsprotokoll ist nicht dokumentiert, dass die Antragstellerin Fragen zu den Ergebnissen des Pilotprojektes gestellt, Informationsdefizite angesprochen hat oder eine Schnittstellenproblematik aufgezeigt hätte. Selbst wenn ein Informationsvorsprung gegeben sein sollte, wäre dieser vergaberechtlich nur dann relevant, wenn dadurch der faire und lautere Wettbewerb ausgeschlossen ist. Ein großer Informationsvorsprung wie etwa des bisherigen Auftragnehmers, der sich an einem neuen Vergabeverfahren beteiligt, bedeutet für sich jedoch noch nicht eine Verletzung des fairen und lautereren Wettbewerbes. Dazu kommt, dass gegenständlich - was nicht widerlegt werden konnte - die Antragsgegnerin im Rahmen auch ihrer Anfragebeantwortungen jedenfalls sämtliche ihr zu Verfügung stehenden Informationen weiter gegeben hat. Dass letztlich der behauptete Informationsvorsprung nicht derartig groß gewesen sein kann, ergibt sich auch aus dem geringen Punkteabstand zwischen den Angeboten der Teilnahmeberechtigten und der Antragstellerin von bloß 3,34 Punkten. Letztlich führt nach der aktuellen Gesetzeslage aber nur ein nicht aufholbarer Wettbewerbsvorsprung zum Ausscheiden eines Angebots (Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006). Ein solcher liegt gegenständlich jedenfalls nicht vor. Im Verhandlungsprotokoll ist nicht dokumentiert, dass die Antragstellerin Fragen zu den Ergebnissen des Pilotprojektes gestellt, Informationsdefizite angesprochen hat oder eine Schnittstellenproblematik aufgezeigt hätte.

Die Antragstellerin hat auch geltend gemacht, dass die Qualitätsbewertung ihres Angebotes nicht entsprechend den Kriterien in der Ausschreibung erfolgt wäre. Dazu hat das Verfahren ergeben, dass die von der Antragsgegnerin eingesetzte Jury die Bewertung eingehend, konkret, umfassend und entsprechend den Vorgaben vorgenommen hat. Soweit die Antragstellerin Gründe vorbringt, die zu einer besseren Punktebewertung hätten führen können, handelt es sich dabei zum überwiegenden Teil nicht allein um Fragen einer möglichen Vorarbeitenproblematik. So hätte die Antragstellerin in den Verhandlungen weitere Informationen zu allfälligen Problemen und Schnittstellen oder Subsystemen erfragen können. Auch hatte sie die Möglichkeit, eine ausreichend lange Angebotsfrist zu fordern, um die Anpassung der Software (Verbesserung der Sicherheit und der Funktionalität) zumindest abschätzen zu können. Die Zielrichtungen waren schon durch die Zuschlagskriterien dargestellt. Ein wesentlicher Teil der Punktedifferenz ist daher der Antragstellerin selbst zuzuschreiben und nicht allein durch den behaupteten Wissensvorsprung der Teilnahmeberechtigten begründbar. Auch die Jurybewertung ist nicht willkürlich. Sofern einzelne Fehleinschätzungen doch vorliegen sollten, sind diese durch die Mittelung der Jurorenbewertung deutlich abgeschwächt. Allenfalls wurde eine einzelne, möglicherweise offenkundige Fehleinschätzung bei den "Soll-Kriterien" vorgebracht, die jedoch nicht zu einem Reihungssturz führen kann (maximal 1 Punkt Differenz). Zu beachten ist zudem, dass auch "zu hohe" Bewertungen vorliegen könnten, wozu von der Antragstellerin jedoch nichts vorgebracht wurde. Ebenso lässt der gegenständliche Nachprüfungsantrag vermissen, welche konkreten Informationen (nachträglich betrachtet) auf der Grundlage des Pilotprojektes der Antragstellerin vorenthalten wurden. Die Frage, ob bestimmte Themen in den Konzepten ausreichend ausgearbeitet und dargestellt wurden, obliegt letztlich der freien Bewertung der einzelnen Jurymitglieder. Sofern aus deren Sicht eine ausreichende Darstellung fehlt, wird dies konsequenterweise zu einer schlechteren Bewertung führen. Warum die Jurymitglieder konkret bei einzelnen Kriterien eine bestimmte Punkteanzahl gegeben haben, wurde von ihnen nachvollziehbar begründet (vgl. BVA vom 8.3.2013, N/0124-BVA/02/2012-32), und damit eine richtige und nachvollziehbare Wertung der Angebote vorgenommen, so dass es trotz der fundierten Ausführungen der Antragstellerin zu keiner Änderung in der Punkteanzahl kommen kann. Die Antragstellerin hat auch geltend gemacht, dass die Qualitätsbewertung ihres Angebotes nicht entsprechend den Kriterien in der Ausschreibung erfolgt wäre. Dazu hat das Verfahren ergeben, dass die von der Antragsgegnerin

eingesetzte Jury die Bewertung eingehend, konkret, umfassend und entsprechend den Vorgaben vorgenommen hat. Soweit die Antragstellerin Gründe vorbringt, die zu einer besseren Punktebewertung hätten führen können, handelt es sich dabei zum überwiegenden Teil nicht allein um Fragen einer möglichen Vorarbeitenproblematik. So hätte die Antragstellerin in den Verhandlungen weitere Informationen zu allfälligen Problemen und Schnittstellen oder Subsystemen erfragen können. Auch hatte sie die Möglichkeit, eine ausreichend lange Angebotsfrist zu fordern, um die Anpassung der Software (Verbesserung der Sicherheit und der Funktionalität) zumindest abschätzen zu können. Die Zielrichtungen waren schon durch die Zuschlagskriterien dargestellt. Ein wesentlicher Teil der Punktedifferenz ist daher der Antragstellerin selbst zuzuschreiben und nicht allein durch den behaupteten Wissensvorsprung der Teilnahmeberechtigten begründbar. Auch die Jurybewertung ist nicht willkürlich. Sofern einzelne Fehleinschätzungen doch vorliegen sollten, sind diese durch die Mittelung der Jurorenbewertung deutlich abgeschwächt. Allenfalls wurde eine einzelne, möglicherweise offenkundige Fehleinschätzung bei den "Soll-Kriterien" vorgebracht, die jedoch nicht zu einem Reihungssturz führen kann (maximal 1 Punkt Differenz). Zu beachten ist zudem, dass auch "zu hohe" Bewertungen vorliegen könnten, wozu von der Antragstellerin jedoch nichts vorgebracht wurde. Ebenso lässt der gegenständliche Nachprüfungsantrag vermissen, welche konkreten Informationen (nachträglich betrachtet) auf der Grundlage des Pilotprojektes der Antragstellerin vorenthalten wurden. Die Frage, ob bestimmte Themen in den Konzepten ausreichend ausgearbeitet und dargestellt wurden, obliegt letztlich der freien Bewertung der einzelnen Jurymitglieder. Sofern aus deren Sicht eine ausreichende Darstellung fehlt, wird dies konsequenterweise zu einer schlechteren Bewertung führen. Warum die Jurymitglieder konkret bei einzelnen Kriterien eine bestimmte Punkteanzahl gegeben haben, wurde von ihnen nachvollziehbar begründet vergleiche BVA vom 8.3.2013, N/0124-BVA/02/2012-32), und damit eine richtige und nachvollziehbare Wertung der Angebote vorgenommen, so dass es trotz der fundierten Ausführungen der Antragstellerin zu keiner Änderung in der Punkteanzahl kommen kann.

Aus all diesen Gründen war der Antrag auf Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung vom 24.4.2013 als unbegründet abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 13.5.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 13.5.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Abweisung; Vorarbeitenproblematik vergaberechtliche nur relevant, wenn dadurch der faire und lautere Wettbewerb ausgeschlossen ist;

Zuletzt aktualisiert am

27.11.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>