

TE Verg Bescheid 2011/2/15 VKS-14399/10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.02.2011

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitee

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §30 Abs2

BVergG 2006 §78

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 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 30 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 78 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 78 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Heid Schiefer, Rechtsanwälte in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe von Leistungen im Zusammenhang mit einem Patientendatenmanagement für das AKH Wien durch die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, Allgemeines Krankenhaus der Stadt Wien, Währinger Gürtel 18-20, 1090 Wien, vertreten durch schwartz hubermedek & partner rechtsanwälte og in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag auf Nichtigklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin in Form der Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung für die Vergabe eines PDMS inklusive Service und Wartungsleistungen gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. ee BVergG 2006, wird stattgegeben und die angefochtene Entscheidung für nichtig erklärt. Dem Antrag auf Nichtigklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin in Form der Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung für die Vergabe eines PDMS inklusive Service und Wartungsleistungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 2006, wird stattgegeben und die angefochtene Entscheidung für nichtig erklärt.

2. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 05.01.2011 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

3. 3.Ziffer 3

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von Euro 2.539,50 binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. ee, 3 Abs. 1 Z 2, 5, 12 Abs. 1 Z 2, 19 Abs. 1, 30 Abs. 2, 78 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, Absatz 7, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 5, 12, Absatz eins, Ziffer 2, 19, Absatz eins, 30, Absatz 2, 78, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund - Allgemeines Krankenhaus (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit bloß einem Unternehmer. Es handelt sich um die beabsichtigte Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich zum Update des im Allgemeinen Krankenhaus der Stadt Wien bestehenden Patientendatenmanagementsystems (PDMS). Derzeit verhandelt die Antragsgegnerin über die Modalitäten für den Ankauf eines solchen Update mit dem bisherigen Vertragspartner. Der Service- und Wartungsvertrag, der seit dem Jahr 2002 von Intervallen von zwei bis drei Jahren um entsprechende Zeiträume verlängert wurde, ist mit 31.12.2010 endgültig abgelaufen.

Mit dem am 28.12.2010 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die Entscheidung der Auftraggeberin in Form der Aufforderung zur Angebotsabgabe, einschließlich der

darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung für die Vergabe eines PDMS inklusive Service- und Wartungsleistungen gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. ee BVergG 2006, für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Hilfsweise stellt sie den Antrag die Entscheidung der Wahl der Direktvergabe eines PDMS inklusive Service- und Wartungsleistungen an Philips gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. nn BVergG 2006 für nichtig zu erklären. Als Begründung ihrer Anträge führt sie im Wesentlichen aus, dass die Antragsgegnerin seinerzeit ein PDMS mit der Bezeichnung "Care Vue" an das Unternehmen Hewlett Packard vergeben habe. Im Zuge von Umstrukturierungen besitze nunmehr das Unternehmen "Philips Medizinische Systeme GmbH" (im Folgendem Philips genannt) Rechte an diesem Produkt und der Bezeichnung "Care Vue Classic". Das System umfasse zahlreiche Programme mit mehr als 300 Arbeitsplätzen und zahlreichen Schnittstellen zu anderen Systemen, zu medizinischen Geräten und zur Archivierung. Mit dem System würden patientenbezogene Daten und Daten über medizintechnische Geräte verwaltet. Über dieses System sei ein Service- und Wartungsvertrag mit Philips abgeschlossen worden, der seit dem Jahre 2002 in mehreren Intervallen verlängert worden sei. Dieser Vertrag laufe nach Verlängerung nunmehr mit 31.12.2010 ab. Mit dem am 28.12.2010 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die Entscheidung der Auftraggeberin in Form der Aufforderung zur Angebotsabgabe, einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung für die Vergabe eines PDMS inklusive Service- und Wartungsleistungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 2006, für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Hilfsweise stellt sie den Antrag die Entscheidung der Wahl der Direktvergabe eines PDMS inklusive Service- und Wartungsleistungen an Philips gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n, BVergG 2006 für nichtig zu erklären. Als Begründung ihrer Anträge führt sie im Wesentlichen aus, dass die Antragsgegnerin seinerzeit ein PDMS mit der Bezeichnung "Care Vue" an das Unternehmen Hewlett Packard vergeben habe. Im Zuge von Umstrukturierungen besitze nunmehr das Unternehmen "Philips Medizinische Systeme GmbH" (im Folgendem Philips genannt) Rechte an diesem Produkt und der Bezeichnung "Care Vue Classic". Das System umfasse zahlreiche Programme mit mehr als 300 Arbeitsplätzen und zahlreichen Schnittstellen zu anderen Systemen, zu medizinischen Geräten und zur Archivierung. Mit dem System würden patientenbezogene Daten und Daten über medizintechnische Geräte verwaltet. Über dieses System sei ein Service- und Wartungsvertrag mit Philips abgeschlossen worden, der seit dem Jahre 2002 in mehreren Intervallen verlängert worden sei. Dieser Vertrag laufe nach Verlängerung nunmehr mit 31.12.2010 ab.

Es sei nun der Antragstellerin "zugetragen worden", dass beabsichtigt sei diesen Vertrag neuerlich für drei Jahre zu verlängern. Dabei solle auch ein kontinuierlicher Wechsel von dem Altprodukt "Care Vue Classic" auf ein neues Produkt mit der Bezeichnung "Intelli Vue Clinical Information Portfolio" (ICIP) erfolgen. Es soll eine weitere Station in das System aufgenommen werden, die bisher nicht durch das bestehende System erfasst gewesen sei (Pädiatrische Intensivstation der Uni-Klinik für Kinder- und Jugendheilkunde). Im ursprünglichen Arbeitspapier zur Beschaffung des PDMS sei diese Station nicht erwähnt und somit auch nicht Auftragsbestandteil.

De facto sei der Systemwechsel mit einer kompletten Neuinstallation gleichzusetzen. Es würden auch noch weitere Leistungen erforderlich sein, die durch den Systemwechsel bedingt wären. Für diesen Systemwechsel sowie für die damit zusammenhängenden neuen Leistungen bestünde keine vertragliche Grundlage. Im Hinblick auf diesen Kenntnisstand habe die Antragstellerin am 08.11.2010 Gespräche mit Vertretern der Antragsgegnerin gesucht, die die Ansicht geäußert hätten, dass die genannten Leistungen ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens beschafft werden könnten. Danach habe die Antragsgegnerin keinerlei Auskünfte über den Stand des Beschaffungsvorganges erteilt. Bei einem Gespräch am 20.12.2010 habe der Leiter der Rechtsabteilung der Antragsgegnerin mündlich mitgeteilt, dass bis zum 23.12.2010 intern abgeklärt werden solle, ob die Vertragsverlängerung aus Sicht der Auftraggeberin zulässig sei. Es werde daher spätestens am 23.12.2010 eine solche Entscheidung vorliegen, womit der am 28.12.2010 eingebrachte Nachprüfungsantrag rechtzeitig sei.

Die Antragstellerin erblickt in folgenden Umständen eine massive Rechtswidrigkeit, die zur Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung führen müsste. Die von der Antragsgegnerin beabsichtigte Vertragsänderung weise nämlich wesentlich andere Merkmale wie der ursprüngliche Vertragsinhalt auf, sie sei daher verpflichtet ein Vergabeverfahren, zumindest unter Beteiligung mehrerer Unternehmer durchzuführen. Bei der Beurteilung dieser Frage sei darauf abzustellen, ob die Vertragsänderung den Wettbewerb konkret verfälschen und den Auftragnehmer gegenüber dem Mitbewerber bevorzugen könnte. Wesentlich sei eine Änderung vor

allem dann, wenn sie ".... den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht

vorgesehene Dienstleistungen erweitert oder das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zu Gunsten des Auftragnehmers ändert". Unter Hinweis auf die Judikatur des EuGH vertritt die Antragstellerin den Standpunkt, dass die Antragsgegnerin wesentliche nachträgliche Änderungen des bestehenden Vertrages beabsichtige, was sie jedenfalls dazu verpflichte, ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach den Bestimmungen des BVergG durchzuführen. Diese wesentlichen Vertragsänderungen erblickt die Antragstellerin darin, dass der Systemwechsel von "Care Vue Classic" (seit 2008 nicht mehr weiter entwickelt) auf ICIP ein Systemwechsel sei, weil ICIP grundlegend anders funktioniere als das Altprodukt und neue Funktionalitäten aufweise. Damit handelt es sich nicht um ein bloßes Update. Weiters sollen zusätzliche Leistungen z.B. für Netzwerkverkabelung, Server, Clients (Workstations) erbracht werden und die bestehenden Lizenzen auf neue Stationen erweitert werden. Letztlich sei eine Verlängerung um weitere drei Jahre vorgesehen.

Die Voraussetzungen zur Verhandlung mit nur einem einzigen Bieter ohne vorherige Bekanntmachung seien schon deshalb nicht gegeben, weil für die ausgeschriebenen Leistungen europaweit ein entwickelter Bietermarkt gegeben sei. Ein öffentliches Vergabeverfahren würde zu Angeboten mehrerer Unternehmer führen. Vom Altvertrag sei auch die beabsichtigte Vertragsverlängerung nicht gedeckt. Das von der Antragsgegnerin gewählte Verfahren sei vergaberechtswidrig. Sollte jedoch bereits eine Vergabe erfolgt sein, würde diese gegen § 41 Abs. 2 BVergG 2006 verstoßen, da der geschätzte Auftragswert bei mehreren Millionen liege. Die Voraussetzungen zur Verhandlung mit nur einem einzigen Bieter ohne vorherige Bekanntmachung seien schon deshalb nicht gegeben, weil für die ausgeschriebenen Leistungen europaweit ein entwickelter Bietermarkt gegeben sei. Ein öffentliches Vergabeverfahren würde zu Angeboten mehrerer Unternehmer führen. Vom Altvertrag sei auch die beabsichtigte Vertragsverlängerung nicht gedeckt. Das von der Antragsgegnerin gewählte Verfahren sei vergaberechtswidrig. Sollte jedoch bereits eine Vergabe erfolgt sein, würde diese gegen Paragraph 41, Absatz 2, BVergG 2006 verstoßen, da der geschätzte Auftragswert bei mehreren Millionen liege.

Die Antragstellerin sei an der Erlangung der ausgeschriebenen Leistungen interessiert. Dieses Interesse ergebe sich einerseits daraus, dass die Lieferung von PDMS und deren Wartung einer ihrer wesentlichen Geschäftszweige sei und ihr durch die Rechtswidrigkeit im Zuge der Auftragsvergabe ein Schaden bereits entstanden wäre, bzw. zu entstehen drohe. Dieser Schaden wird von ihr näher dargestellt. Zudem entginge der Antragstellerin durch die Fortsetzung der rechtswidrigen Vorgangsweise der Antragsgegnerin die Chance auf Erlangung eines für sie wichtigen Referenzprojektes.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin fühlt sich die Antragstellerin in ihren Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, auf Bekanntmachung des Vergabeverfahrens, sowie auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens und auf Gleichbehandlung der Bieter verletzt.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 05.01.2011 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien des Verfahrens zugangenden Bescheides verwiesen werden.

In ihrer Stellungnahme vom 03.01.2011 zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat die Antragsgegnerin zunächst vorgebracht, es treffe zu, dass das PDMS im AKH eines Updates bedürfe. Es sei auch richtig, dass sie derzeit mit Philips über die Modalitäten für den Ankauf eines solchen Updates verhandle. Unrichtig sei jedoch, dass die Beschaffung dieses Updates im Wege einer Direktvergabe oder als "Erweiterung" eines Wartungsvertrages erfolgen solle. Vielmehr sei die Antragsgegnerin der Überzeugung, dass die hier gegenständlichen Updateleistungen im Wege eines "Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit bloß einem Unternehmer" (§ 29 Abs. 2 Z 2 BVergG) vergeben werden dürften. In ihrer Stellungnahme in der Sache selbst, vom 11.01.2011 hat die Antragsgegnerin zusammengefasst vorgebracht, dass das PDMS im AKH seit 1992 implementiert sei. Es handle sich dabei um ein modulares System von Soft- und Hardwarekomponenten zur Verwaltung von Patientendaten. Das System der Marke "Care Vue" bestehe aus zahlreichen Einzelsystemen und laufe auf mehreren hundert Arbeitsplätzen. Es weise Administratorenplätze, Schnittstellen zu anderen Systemen, Geräteanbindungen, ein Datenarchiv und dergleichen mehr auf. Hersteller und Lieferant sei ursprünglich Hewlett Packard gewesen. Das System sei später von Philips erworben und seither ausschließlich von diesem Unternehmen hergestellt, vertrieben und gewartet worden. In ihrer Stellungnahme vom 03.01.2011 zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat die Antragsgegnerin

zunächst vorgebracht, es treffe zu, dass das PDMS im AKH eines Updates bedürfe. Es sei auch richtig, dass sie derzeit mit Philips über die Modalitäten für den Ankauf eines solchen Updates verhandle. Unrichtig sei jedoch, dass die Beschaffung dieses Updates im Wege einer Direktvergabe oder als "Erweiterung" eines Wartungsvertrages erfolgen solle. Vielmehr sei die Antragsgegnerin der Überzeugung, dass die hier gegenständlichen Updateleistungen im Wege eines "Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit bloß einem Unternehmer" (Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG) vergeben werden dürften. In ihrer Stellungnahme in der Sache selbst, vom 11.01.2011 hat die Antragsgegnerin zusammengefasst vorgebracht, dass das PDMS im AKH seit 1992 implementiert sei. Es handle sich dabei um ein modulares System von Soft- und Hardwarekomponenten zur Verwaltung von Patientendaten. Das System der Marke "Care Vue" bestehe aus zahlreichen Einzelsystemen und laufe auf mehreren hundert Arbeitsplätzen. Es weise Administratorenplätze, Schnittstellen zu anderen Systemen, Geräteanbindungen, ein Datenarchiv und dergleichen mehr auf. Hersteller und Lieferant sei ursprünglich Hewlett Packard gewesen. Das System sei später von Philips erworben und seither ausschließlich von diesem Unternehmen hergestellt, vertrieben und gewartet worden.

Aufgrund einer Bestätigung von Philips sei das System "End of Support". Wesentliche Module könnten nicht mehr gewartet werden, Hardware sei teilweise nicht mehr lieferbar. Eine Erneuerung des Systems sei deshalb unbedingt erforderlich.

Die Antragsgegnerin habe daher geprüft, auf welche Weise diese Erneuerung beschafft werden könne. Dafür wäre eine komplette Erneuerung, eine Wartungsverlängerung des bestehenden Systems oder eine partielle Erneuerung des bestehenden Systems in Frage gekommen. Die Antragsgegnerin habe sich letztlich aufgrund teilweise wirtschaftlicher Überlegungen zu einer Umstellung auf das Nachfolgesystem ICIP durch Philips in Form eines "Major Release Upgrade", stationsweise über zwei bis drei Jahre, mit Übernahme der Patientendaten und Nutzung abgebauter Hardware für Reparaturzwecke, entschieden. Die Erneuerung betreffe aber nur das PDMS, andere Teile wie Netzwerk-Komponenten, Lizenzen würden nicht mit diesen Vergabeverfahren erworben. Mit der Entscheidung für die partielle Erneuerung könnten die Kosten etwa in Höhe des bisherigen Betriebes (ca. 2 Mio. Euro pro Jahr) gehalten werden, die Infrastruktur der bettseitigen Medizintechnik bliebe unverändert und eine Unterbrechung des Betriebes müsste nicht erfolgen.

Zu den Anfechtungspunkten erklärt die Antragsgegnerin, dass der bestehende Wartungsvertrag mit Philips nicht unzulässig verändert werde. Zum einen sei ICIP eine Weiterentwicklung von "Care Vue", wie sie auch bei anderen komplexen Softwaresystemen üblich sei, zum anderen plane die Antragsgegnerin nicht, den Altvertrag weiter zu führen, sondern nach Durchführung eines Vergabeverfahrens ein neues Vertragsverhältnis zu schaffen. Eine unzulässige Einbeziehung neuer Stationen sei nicht beabsichtigt, da lediglich die freie Verfügbarkeit der zahlreichen erworbenen Lizenzen ausgenutzt werde und somit keine Neulizenzen beschafft werden müssten. Die von der Antragstellerin aufgezählten angeblichen Zusatzleistungen würden nicht anfallen oder wenn, nur in einem Umfang, wie bei jedem Software-Update üblich. So werde die Installation der Netzkabelung von der Antragsgegnerin selbst vorgenommen bzw. sei bereits vorgenommen worden. Der Kauf neuer Hardware sei nicht durch den Systemwechsel, sondern ausschließlich durch das veraltete Betriebssystem verursacht (Lizenzen und die Hardware seien nicht Gegenstand des derzeit von der Antragsgegnerin geführten Vergabeverfahrens). Die Neuprogrammierung der Schnittstellen werde nicht durch die Systemerneuerung, sondern durch die Einführung des neuen Krankenhausinformationssystems verursacht und würde auch bei der Beibehaltung von "Care Vue" notwendig werden. Die Schnittstellen zur Medizintechnik könnten beibehalten und müssten nicht neu programmiert werden. Die Verbesserung der Benutzeroberfläche sei ein normaler, bei jeder Einführung komplexer Systeme, üblicher Vorgang. Die Erarbeitung eines Projektplanes sei ein notwendiger Schritt bei jedem Implementierungsprozess, ebenso die Schulung der Benutzer.

Die Wahl des Vergabeverfahrens sei entsprechend den Bestimmungen des BVergG 2006 erfolgt. Nur die ausgewählte Vorgangsweise eines Updates ermögliche die ununterbrochene Fortsetzung der Funktionalität und garantiere die elektronische Übergabe der Patientendaten des bestehenden Systems an das neue System. Kein anderes System am Markt vermöge eine solche Übergabe vorzunehmen. Alle Module oder Teile, die nicht zum Kern des PDMS gehören, würden außerhalb dieses Vergabeverfahrens beschafft. Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 08.02.2011 repliziert und im Wesentlichen ihren bereits bekannten Standpunkt wiederholt. Entschieden bestritten hat die Antragstellerin, dass jene Leistungen, deren Beschaffung die Antragsgegnerin beabsichtige, aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten tatsächlich nur von Philips

erbracht werden könnten. Es würden weder technische Gründe vorliegen noch verfüge Philips über ein Ausschließlichkeitsrecht. Neben der Antragstellerin würde es mehrere andere Unternehmen geben, die PDMS liefern und damit zusammenhängende Service- und Wartungsleistungen erbringen können. Durch diese Unternehmen sei auch eine ununterbrochene Funktionalität des PDMS sichergestellt, weil auch bei einer Umstellung des Systems durch Philips eine elektronische Übertragung der Patientendaten von bestehenden PDMS auf ICIP nicht gewährleistet sei. Damit seien keine technischen Gründe gegeben, die es "unbedingt erforderlich" machen würden, die Lieferung und Wartung eines neuen PDMS im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Beteiligung anderer Unternehmen an Philips zu vergeben. Auch ein Ausschließlichkeitsrecht im Sinne des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG zu Gunsten Philips bestünde nicht. Letztlich lasse es die Antragsgegnerin überhaupt offen, welcher Rechtfertigungsgrund für das von ihr gewählte Vergabeverfahren vorliegen soll. Jedenfalls stelle die Umstellung auf ICIP eine wesentliche Vertragsänderung dar, die ebenso wenig wie die Erbringung von Service- und Wartungsleistungen von den bestehenden Verträgen gedeckt wäre. Auch dann, wenn es sich bei der Einführung von ICIP um ein "Major Release Upgrade" handle, handle es sich dabei um eine wesentliche Vertragsänderung, die in einem öffentlichen Vergabeverfahren zu vergeben wäre. Dazu kämen noch zusätzliche Leistungen wie eine weitere Station, Installation neuer Netzwerkverkabelungen, Anschaffung von Hardware, Programmierung von Benutzeroberflächen sowie Festlegung einer Implementierungsstrategie. Die Wahl des Vergabeverfahrens sei entsprechend den Bestimmungen des BVergG 2006 erfolgt. Nur die ausgewählte Vorgangsweise eines Updates ermögliche die ununterbrochene Fortsetzung der Funktionalität und garantiere die elektronische Übergabe der Patientendaten des bestehenden Systems an das neue System. Kein anderes System am Markt vermöge eine solche Übergabe vorzunehmen. Alle Module oder Teile, die nicht zum Kern des PDMS gehören, würden außerhalb dieses Vergabeverfahrens beschafft. Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 08.02.2011 repliziert und im Wesentlichen ihren bereits bekannten Standpunkt wiederholt. Entschieden bestritten hat die Antragstellerin, dass jene Leistungen, deren Beschaffung die Antragsgegnerin beabsichtige, aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten tatsächlich nur von Philips erbracht werden könnten. Es würden weder technische Gründe vorliegen noch verfüge Philips über ein Ausschließlichkeitsrecht. Neben der Antragstellerin würde es mehrere andere Unternehmen geben, die PDMS liefern und damit zusammenhängende Service- und Wartungsleistungen erbringen können. Durch diese Unternehmen sei auch eine ununterbrochene Funktionalität des PDMS sichergestellt, weil auch bei einer Umstellung des Systems durch Philips eine elektronische Übertragung der Patientendaten von bestehenden PDMS auf ICIP nicht gewährleistet sei. Damit seien keine technischen Gründe gegeben, die es "unbedingt erforderlich" machen würden, die Lieferung und Wartung eines neuen PDMS im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Beteiligung anderer Unternehmen an Philips zu vergeben. Auch ein Ausschließlichkeitsrecht im Sinne des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zu Gunsten Philips bestünde nicht. Letztlich lasse es die Antragsgegnerin überhaupt offen, welcher Rechtfertigungsgrund für das von ihr gewählte Vergabeverfahren vorliegen soll. Jedenfalls stelle die Umstellung auf ICIP eine wesentliche Vertragsänderung dar, die ebenso wenig wie die Erbringung von Service- und Wartungsleistungen von den bestehenden Verträgen gedeckt wäre. Auch dann, wenn es sich bei der Einführung von ICIP um ein "Major Release Upgrade" handle, handle es sich dabei um eine wesentliche Vertragsänderung, die in einem öffentlichen Vergabeverfahren zu vergeben wäre. Dazu kämen noch zusätzliche Leistungen wie eine weitere Station, Installation neuer Netzwerkverkabelungen, Anschaffung von Hardware, Programmierung von Benutzeroberflächen sowie Festlegung einer Implementierungsstrategie.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite samt Beilagen mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 15.02.2011 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Bei der Auftraggeberin Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, Teilunternehmung AKH, handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Die Antragsgegnerin führt ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit einem Unternehmer zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages (?) nach § 6 BVergG 2006. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zur Beschaffung eines Updates des im Allgemeinen Krankenhaus der Stadt Wien bestehenden Patientendatenmanagementsystems. Dazu verhandelt die Antragsgegnerin über die Modalitäten für den Ankauf eines solchen Updates mit dem bisherigen Vertragspartner Philips. Bei der Auftraggeberin Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, Teilunternehmung AKH, handelt es sich unstrittig um eine öffentliche

Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Die Antragsgegnerin führt ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit einem Unternehmer zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages (?) nach Paragraph 6, BVergG 2006. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zur Beschaffung eines Updates des im Allgemeinen Krankenhaus der Stadt Wien bestehenden Patientendatenmanagementsystems. Dazu verhandelt die Antragsgegnerin über die Modalitäten für den Ankauf eines solchen Updates mit dem bisherigen Vertragspartner Philips.

Der von der Antragsgegnerin vollständig (?) vorgelegte aus rund 50 Seiten bestehende Vergabeakt enthält im Wesentlichen technische Überlegungen zum PDMS, die sowohl vom AKH als auch überwiegend von Philips dokumentiert sind, wobei nicht klar ersichtlich ist, aufgrund welcher Überlegungen die Antragsgegnerin den Beschaffungsvorgang eingeleitet hat. Die Vergabeakten beginnen mit einer Anfrage des AKH an Philips über die Verlängerung der Wartbarkeit des Altsystems im März 2010. Diese Anfrage wurde von Philips abschlägig beantwortet. Dieser Antwort sind EDV-technische Konzepte angeschlossen, die offenbar ausgehend von einer Erhebung des AKH über Besprechungen mit Philips, ersten Entwürfen eines neuen Wartungsvertrages von Philips in dokumentierte Abstimmungsprozesse zwischen AKH und Philips münden. So ist in einem Philips Dokument vom 01.10.2010 von "entschiedenen Punkten AKH-EDV und Philips" die Rede. Um welche Besprechungen mit welchem Inhalt es sich dabei gehandelt hat, ist den Vergabeakten nicht zu entnehmen. Den Vergabeakten ist auch nicht zu entnehmen, dass sich die Antragsgegnerin vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens mit jenen Problemen auseinandergesetzt hätte und jene Überlegungen angestellt hätte, die sie in ihrer Stellungnahme vom 11.01.2011 thematisiert. So fehlt in den Vergabeakten jegliche Überlegung, was eine komplette Erneuerung des PDMS bedeuten würde, warum eine Wartungsverlängerung des "Care Vue" - PDMS nicht möglich ist und aus welchen konkreten Überlegungen sich die Antragsgegnerin für die partielle Erneuerung des PDMS entschlossen hat. Es fehlt jegliche Dokumentation darüber, ob sich die Antragsgegnerin mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob - wie von der Antragstellerin behauptet - das angestrebte "Major Release Upgrade" auf das Nachfolgesystem ICIP auch von anderen Unternehmen hergestellt werden kann oder nicht. Demgemäß fehlt auch eine schriftlich festgehaltene Begründung für das von der Antragsgegnerin gewählte Vergabeverfahren. Warum technische Gründe gegen die Durchführung eines offenen Vergabeverfahrens sprechen sollten, ist den Vergabeakten nicht zu entnehmen. Dazu hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung über Vorhalt erklärt, sie hätte "eine sehr gute Marktübersicht, wir wissen welche Leistungen die Konkurrenz erbringen kann". Auf Vorhalt, wo sich dies aus den Vergabeakten ergebe, erklärte die Antragsgegnerin lediglich, das ergebe sich daraus "dass wir mit Philips verhandelt haben". Im Übrigen hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, sie habe sich zur Frage, ob auch andere Unternehmen in der Lage wären die nachgefragten Leistungen zu erbringen, auf die Auskunft von Philips verlassen, die erklärt habe es gebe keine Partnerfirmen, die in der Lage wären die Soft- und Hardware von Philips zu warten (Protokoll Seite 3). Auch diese offenbar mit Philips geführten Gespräche und deren Ergebnisse sind in den Vergabeakten nicht festgehalten.

Aus den Vergabeakten ergibt sich jedenfalls, dass aus den offenbar intensiv geführten Gesprächen mit Philips als Ergebnis eine Aufforderung an dieses Unternehmen zur Angebotslegung am 19.10.2010 erfolgt ist. Dieser Aufforderung ist kein Ausschreibungstext und kein Vertragsentwurf beigelegt, es fehlen sowohl Angaben über die Angebotsfrist, den Ablauf der geplanten Verhandlungen, die Zuschlagskriterien und die Zuschlagsfrist. Dennoch hat mit Mail vom 8.11.2010 Philips ein Angebot übersendet, das mit 10.11.2010 (!) datiert ist. Etwaige Prüfvorgänge des AKH dieses Angebot betreffend sind nicht dokumentiert. Der gesamte Vergabeakt erweckt den Eindruck, dass auch die Angebotsbedingungen durch Philips erstellt wurden, das Verhandlungsverfahren im Wesentlichen von Philips geführt worden ist und von welchem Unternehmen auch die überwiegende Mehrzahl der schriftlichen Dokumentation in den Vergabeakten stammt.

Der Auftrag wurde bisher nicht vergeben.

Die Antragstellerin hat zur Rechtzeitigkeit ihres Nichtigerklärungsantrages vorgebracht, bei dem Gespräch am 20.12.2010 mit dem Leiter der Rechtsabteilung des AKH erfahren zu haben, dass bis zum 23.12.2010 intern abgeklärt werden soll, ob die Vertragsverlängerung aus Sicht der Auftraggeberin zulässig sei. Dieser Darstellung hat die Antragsgegnerin nicht widersprochen, sodass davon auszugehen ist, dass die Antragstellerin am 20.12.2010 von der beabsichtigten Vorgangsweise der Antragsgegnerin Kenntnis erlangt hat, sodass ihr am 28.12.2010 eingelangter Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007 ist. Die Antragstellerin hat zur Rechtzeitigkeit ihres Nichtigerklärungsantrages vorgebracht, bei dem Gespräch am 20.12.2010 mit dem Leiter der Rechtsabteilung des AKH

erfahren zu haben, dass bis zum 23.12.2010 intern abgeklärt werden soll, ob die Vertragsverlängerung aus Sicht der Auftraggeberin zulässig sei. Dieser Darstellung hat die Antragsgegnerin nicht widersprochen, sodass davon auszugehen ist, dass die Antragstellerin am 20.12.2010 von der beabsichtigten Vorgangsweise der Antragsgegnerin Kenntnis erlangt hat, sodass ihr am 28.12.2010 eingelangter Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 ist.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der von der Antragsgegnerin als "Vergabeakt" vorgelegten Schriftstücke zu dem von ihr beabsichtigten Beschaffungsvorgang. Diese vorgelegten Schriftstücke erwecken den Eindruck, dass Inhalt und Gegenstand der beabsichtigten Auftragserteilung im Wesentlichen von der bisherigen Vertragspartnerin Philips gestaltet wurden, dieser im wesentlichen die Durchführung eines "Vergabeverfahrens" überlassen wurde. Trotz eingehender Erörterung im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 15.02.2011 konnte dazu nur ergänzend festgestellt werden, dass die Vergabeakten im wesentlichen aus den Ausdrucken des E-Mailverkehrs zwischen Antragsgegnerin und dem Unternehmen Philips bestehen und dass die Antragsgegnerin die Absicht hatte "auf der Grundlage des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 mit dem einzigen für uns in Frage kommenden Bieter Verhandlungen" aufzunehmen (Protokoll Seite 3). Dass in dem mit 31.12.2010 abgelaufenen Vertrag auch die Möglichkeit zu einem Update enthalten ist, wurde von der Antragsgegnerin weder in dem von ihr vorgelegten, als Vergabeakten bezeichneten Konvolut nachgewiesen noch im Rahmen der mündlichen Verhandlung. Jedenfalls hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass es die Antragsgegnerin unterlassen hat, wesentliche Überlegungen und Vorgänge des Beschaffungsvorhabens zu dokumentieren, insbesondere ihre Überlegungen zur Wahl des Vergabeverfahrens entsprechend festzuhalten. Die von ihr in der mündlichen Verhandlung gegebene Erklärung "sie besitze eine sehr gute Marktübersicht, wir wissen welche Leistungen die Konkurrenz erbringen kann" (Seite 3 des Protokolls) vermag ohne weitere, schriftlich festgehaltene Überlegungen wohl kaum als ausreichende Begründung für die von der Antragsgegnerin gewählte Art des Vergabeverfahrens angesehen werden. Dazu kommt, dass weder den vorgelegten Schriftstücken noch dem Vorbringen der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren entnommen werden kann, ob es sich nach Ansicht der Antragsgegnerin beim beabsichtigten Beschaffungsvorgang um einen Dienstleistungsauftrag oder um einen Lieferauftrag handelt. Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der von der Antragsgegnerin als "Vergabeakt" vorgelegten Schriftstücke zu dem von ihr beabsichtigten Beschaffungsvorgang. Diese vorgelegten Schriftstücke erwecken den Eindruck, dass Inhalt und Gegenstand der beabsichtigten Auftragserteilung im Wesentlichen von der bisherigen Vertragspartnerin Philips gestaltet wurden, dieser im wesentlichen die Durchführung eines "Vergabeverfahrens" überlassen wurde. Trotz eingehender Erörterung im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 15.02.2011 konnte dazu nur ergänzend festgestellt werden, dass die Vergabeakten im wesentlichen aus den Ausdrucken des E-Mailverkehrs zwischen Antragsgegnerin und dem Unternehmen Philips bestehen und dass die Antragsgegnerin die Absicht hatte "auf der Grundlage des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 mit dem einzigen für uns in Frage kommenden Bieter Verhandlungen" aufzunehmen (Protokoll Seite 3). Dass in dem mit 31.12.2010 abgelaufenen Vertrag auch die Möglichkeit zu einem Update enthalten ist, wurde von der Antragsgegnerin weder in dem von ihr vorgelegten, als Vergabeakten bezeichneten Konvolut nachgewiesen noch im Rahmen der mündlichen Verhandlung. Jedenfalls hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass es die Antragsgegnerin unterlassen hat, wesentliche Überlegungen und Vorgänge des Beschaffungsvorhabens zu dokumentieren, insbesondere ihre Überlegungen zur Wahl des Vergabeverfahrens entsprechend festzuhalten. Die von ihr in der mündlichen Verhandlung gegebene Erklärung "sie besitze eine sehr gute Marktübersicht, wir wissen welche Leistungen die Konkurrenz erbringen kann" (Seite 3 des Protokolls) vermag ohne weitere, schriftlich festgehaltene Überlegungen wohl kaum als ausreichende Begründung für die von der Antragsgegnerin gewählte Art des Vergabeverfahrens angesehen werden. Dazu kommt, dass weder den vorgelegten Schriftstücken noch dem Vorbringen der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren entnommen werden kann, ob es sich nach Ansicht der Antragsgegnerin beim beabsichtigten Beschaffungsvorgang um einen Dienstleistungsauftrag oder um einen Lieferauftrag handelt.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie beabsichtigt die partielle Erneuerung des seit 1992 bei ihr bestehenden PDMS, wobei eine Umstellung auf das Nachfolgesystem ICIP durch den bisherigen Vertragspartner Philips im Form eines "Major Release Update", stationsweise über zwei bis drei Jahre geplant ist, wobei die in der Zwischenzeit abgebaute Hardware als

Reperaturreserve für das bisher bestehende System verwendet werden soll, mit Übernahme der Patientendaten bei laufendem Betrieb. Die Erneuerung soll nur das PDMS betreffen, andere Teile wie Netzwerk-Komponenten, Lizenzen sollen nicht mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren erworben werden. Ob die Antragsgegnerin die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages oder eines Lieferauftrages beabsichtigt, ist weder den Vergabeakten noch ihrem Vorbringen im Nachprüfungsverfahren zu entnehmen. Sie hat sich im Zuge der mündlichen Verhandlung lediglich darauf bezogen, dass sie ihr Verfahren auf der Grundlage des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 zu führen beabsichtigt, was für einen Dienstleistungsauftrag sprechen würde. Sie hat sich für diesen Beschaffungsvorgang für ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit einem Unternehmer (nämlich dem bisherigen Leistungserbringer) entschieden. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie beabsichtigt die partielle Erneuerung des seit 1992 bei ihr bestehenden PDMS, wobei eine Umstellung auf das Nachfolgesystem ICIP durch den bisherigen Vertragspartner Philips im Form eines "Major Release Update", stationsweise über zwei bis drei Jahre geplant ist, wobei die in der Zwischenzeit abgebaute Hardware als Reperaturreserve für das bisher bestehende System verwendet werden soll, mit Übernahme der Patientendaten bei laufendem Betrieb. Die Erneuerung soll nur das PDMS betreffen, andere Teile wie Netzwerk-Komponenten, Lizenzen sollen nicht mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren erworben werden. Ob die Antragsgegnerin die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages oder eines Lieferauftrages beabsichtigt, ist weder den Vergabeakten noch ihrem Vorbringen im Nachprüfungsverfahren zu entnehmen. Sie hat sich im Zuge der mündlichen Verhandlung lediglich darauf bezogen, dass sie ihr Verfahren auf der Grundlage des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 zu führen beabsichtigt, was für einen Dienstleistungsauftrag sprechen würde. Sie hat sich für diesen Beschaffungsvorgang für ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit einem Unternehmer (nämlich dem bisherigen Leistungserbringer) entschieden. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens 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 Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten des Beschaffungsvorganges der Antragsgegnerin wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. ee BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die Antragstellerin nach ihrem unbestrittenem Vorbringen am 20.12.2010 von dem von der Antragsgegnerin eingeleiteten Vergabeverfahren erfahren hat, ist der am 28.12.2010 eingelangte Nachprüfungsantrag 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 beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten des Beschaffungsvorganges der Antragsgegnerin wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die Antragstellerin nach ihrem unbestrittenem Vorbringen am 20.12.2010 von dem von der Antragsgegnerin eingeleiteten Vergabeverfahren erfahren hat, ist der am 28.12.2010 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung ist im Ergebnis auch berechtigt. Die Antragsgegnerin hat sich für den von ihr beabsichtigten Beschaffungsvorgang zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem bestimmten Unternehmer, nämlich dem bisherigen Leistungserbringer entschieden. Nach § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 können Dienstleistungsaufträge in einem derartigen Verfahren vergeben werden. Ein Verhandlungsverfahren stellt grundsätzlich ein Ausnahmeverfahren gegenüber den sonst nach dem Vergaberecht vorgesehenen Verfahren dar. Rechtfertigungsgründe für ein Verhandlungsverfahren sind daher restriktiv auszulegen und der Auftraggeber, der dieses Verfahren in Anspruch nehmen will, hat das Vorliegen der Umstände, die die Inanspruchnahme rechtfertigen, darzulegen (Elsner, BVergG³, Rz 526). Der Tatbestand des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 betrifft vor allem den "Schutz eines Ausschließlichkeitsrechts". In diesen Fällen besitzt ein bestimmter Unternehmer das ausschließliche Verfügungs- oder Nutzungsrecht. Dazu hat der EuGH in der Rs C 328/92 ausgeführt, dass es nicht genügt, dass die in Rede stehenden Produkte (Arzneimittel und Arzneispezialitäten) nur von einem bestimmten Unternehmer hergestellt oder geliefert werden können. Diese Voraussetzungen liegen nach dem EuGH nur bei denjenigen Arzneimitteln und Arzneispezialitäten vor, für die es auf dem Markt keinen Wettbewerb gibt. Diese Ausnahmebestimmung kann auch nicht in Anspruch genommen werden, wenn Dritte über Lizenzen zur Nutzung dieser ausschließlichen Rechte verfügen oder in angemessener Weise erlangen können (Elsner, BVergG³ Rz 530). Dies bedeutet, umgelegt auf den gegenständlichen Fall, dass die Antragsgegnerin eingehend zu prüfen gehabt hätte, ob nicht auch andere Unternehmen - wie von der Antragstellerin behauptet - in der Lage sind, das von der Antragsgegnerin gewünschte "Major Release Update" unter den von der Antragsgegnerin dargestellten Begleitumständen (Fortsetzung der Funktionalität, laufender Betrieb) durchzuführen. Über eine Prüfung dieser Frage, insbesondere ob auch bei der Weiterentwicklung und dem zu installierenden Produkt ICIP nicht ebenfalls die bestehende Software ohnedies neu installiert werden muss, finden sich in den Vergabeakten keinerlei schriftlich dokumentierten Überlegungen oder Begründungen. Eben weil es sich bei der Wahl des gegenständlichen Verhandlungsverfahrens um ein Ausnahmeverfahren handelt, wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, diese Frage allenfalls unter Beiziehung externer Fachleute eingehend zu prüfen und - um eine Überprüfung zu ermöglichen - auch entsprechend detailliert zu dokumentieren. Die bloße Behauptung, dass wegen technischer oder künstlerischer Gründe auf Grund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten, die angestrebten Leistungen nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden können, genügt für die Inanspruchnahme dieses Ausnahmeverfahrens nicht (vgl. Rs C|385|02). Es müssen vielmehr zwei kumulative Voraussetzungen erfüllt sein: Der Antrag auf Nichtigerklärung ist im Ergebnis auch berechtigt. Die Antragsgegnerin hat sich für den von ihr beabsichtigten Beschaffungsvorgang zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem bestimmten Unternehmer, nämlich dem bisherigen Leistungserbringer entschieden. Nach Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 können Dienstleistungsaufträge in einem derartigen Verfahren vergeben werden. Ein Verhandlungsverfahren stellt grundsätzlich ein Ausnahmeverfahren gegenüber den sonst nach dem Vergaberecht vorgesehenen Verfahren dar. Rechtfertigungsgründe für ein Verhandlungsverfahren sind daher restriktiv auszulegen und der Auftraggeber, der dieses Verfahren in Anspruch nehmen will, hat das Vorliegen der Umstände, die die Inanspruchnahme rechtfertigen, darzulegen (Elsner, BVergG³, Rz 526). Der Tatbestand des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 betrifft vor allem den "Schutz eines Ausschließlichkeitsrechts". In diesen Fällen besitzt ein bestimmter Unternehmer das ausschließliche Verfügungs- oder Nutzungsrecht. Dazu hat der EuGH in der Rs C 328/92 ausgeführt, dass es nicht genügt, dass die in Rede stehenden Produkte (Arzneimittel und Arzneispezialitäten) nur von einem bestimmten Unternehmer hergestellt oder geliefert werden können. Diese Voraussetzungen liegen nach dem EuGH nur bei denjenigen Arzneimitteln und Arzneispezialitäten vor, für die es auf dem Markt keinen Wettbewerb gibt. Diese Ausnahmebestimmung kann auch nicht in Anspruch genommen werden, wenn Dritte über Lizenzen zur Nutzung dieser ausschließlichen Rechte verfügen oder in angemessener Weise erlangen können (Elsner, BVergG³ Rz 530). Dies bedeutet, umgelegt auf den gegenständlichen Fall, dass die Antragsgegnerin eingehend zu prüfen gehabt hätte, ob nicht auch andere Unternehmen - wie von der Antragstellerin behauptet - in der Lage sind, das von der Antragsgegnerin gewünschte "Major Release Update" unter den von der Antragsgegnerin dargestellten Begleitumständen (Fortsetzung der Funktionalität, laufender Betrieb) durchzuführen. Über eine Prüfung dieser Frage, insbesondere ob auch bei der Weiterentwicklung und dem zu installierenden Produkt ICIP nicht ebenfalls die bestehende Software ohnedies neu installiert werden muss, finden sich in den Vergabeakten keinerlei schriftlich dokumentierten Überlegungen oder Begründungen. Eben weil es sich bei der Wahl des gegenständlichen Verhandlungsverfahrens um ein Ausnahmeverfahren handelt, wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, diese

Frage allenfalls unter Beiziehung externer Fachleute eingehend zu prüfen und - um eine Überprüfung zu ermöglichen - auch entsprechend detailliert zu dokumentieren. Die bloße Behauptung, dass wegen technischer oder künstlerischer Gründe auf Grund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten, die angestrebten Leistungen nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden können, genügt für die Inanspruchnahme dieses Ausnahmeverfahrens nicht (vergleiche Rs C-385/02). Es müssen vielmehr zwei kumulative Voraussetzungen erfüllt sein:

Zum einen müssen die Leistungen, die Gegenstand des Auftrages sind, eine technische Besonderheit aufweisen und zum anderen muss es auf Grund dieser technischen Besonderheit unbedingt erforderlich sein, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben, das heißt, nur dieses Unternehmen ist in der Lage diese Leistungen zu erbringen (Elsner, BVergG³ 529 und die dort zitierte Judikatur). Den Nachweis für das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat die Auftraggeberin zu erbringen.

Eine Dokumentation auf Grund welcher von der Antragsgegnerin angenommener Gegebenheiten die gewünschten Leistungen nur von dem bisherigen Vertragspartner erbracht werden können, finden sich in den rudimentär vorgelegten, als Vergabeakten bezeichneten Schriftstücken nicht. Zur Begründung ihrer Entscheidung wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, eine Ermittlung zum Bieterkreis vorzunehmen, wer und welche Unternehmen in der Lage sind, das gewünschte Update durchzuführen und ob überhaupt für diese Leistungen ein entsprechender Bieterkreis, der einen wenn auch eingeschränkten Wettbewerb ermöglicht, besteht. Es wäre daher von der Antragsgegnerin vorweg zu dokumentieren gewesen, ob objektiv nachprüfbar technische Gründe für das von ihr gewählte Verhandlungsverfahren gegeben sind. So spielt bei der Beurteilung dieser Frage etwa jene Vorüberlegung der drei möglichen Varianten zur Systemablöse eine Rolle, wie sie die Antragsgegnerin (erstmalig) in ihrem Schriftsatz vom 11.01.2011 beschreibt. Im Vergabeakt ist in keiner Weise dokumentiert, ob diese Vorüberlegungen tatsächlich stattgefunden haben und zu welchen Ergebnissen sie geführt haben, bevor eine Aufforderung zur Angebotslegung an die bisherige Vertragspartnerin erging. Jedenfalls fehlt den von der Antragsgegnerin vorgelegten schriftlichen Unterlagen jegliche Dokumentation der Entscheidung, die zur Wahl des Vergabeverfahrens geführt hat.

Auch die Frage, ob die Antragsgegnerin überhaupt ein Vergabeverfahren durchgeführt hat, muss entschieden verneint werden. Das von der Antragsgegnerin vorgelegte von ihr als Vergabeakt bezeichnete Konvolut zeigt das Bild eines formfreien aufeinander Zugehens der beiden zukünftigen Vertragspartner, ohne gegenseitiges Abstimmen oder jegliche Dokumentation der Abläufe und Entscheidungen der Antragsgegnerin, die für ein vergaberechtlich einwandfreies Vergabeverfahren jedoch notwendig sind. Die Antragsgegnerin hat die elementarsten Anforderung an ein Vergabeverfahren gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes missachtet. Aus diesem Verhalten kann nur der Schluss gezogen werden, dass die Antragsgegnerin tatsächlich beabsichtigt hat, die Leistungen im Wege einer formfreien Direktvergabe nach den von der bisherigen Vertragspartnerin vorgegebenen Bedingungen zu vergeben. Da die Wertgrenze für die Durchführung einer Direktvergabe mehr als deutlich überschritten worden ist (Angebotspreis zirka € 6 Millionen), ist die Wahl einer Direktvergabe rechtlich jedenfalls unzulässig.

Nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 sind Aufträge oder Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2011, Rs C-19/00; VKS Wien vom 10.09.2009, VKS - 6315/09 u.v.a.). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere auch bei der Wahl eines bestimmten Vergabeverfahrens fundamentale Bedeutung zu, da die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er sich für ein Ausnahmeverfahren entschieden hat, objektiv nachvollziehbar sein muss. Diesen Anforderungen entspricht mangels entsprechender Dokumentation das bisher von der Antragsgegnerin geführte Verfahren in keiner Weise. Die Antragsgegnerin ist grundsätzlich verpflichtet, jene Gründe, die die von ihr gewählte Verfahrensart zur Vergabe eines Auftrages rechtfertigen können, entsprechend detailliert und eingehend darzustellen. In diesem Zusammenhang wäre die Antragsgegnerin auch verpflichtet gewesen, jene Überlegungen in ihren Vergabeakten festzuhalten, warum es sich ihrer Ansicht nach nicht um eine wesentliche Vertragsänderung bei der beabsichtigten Vergabe an die bisherige Vertragspartnerin handelt, sondern lediglich um eine Weiterentwicklung, die nur von diesem Vertragspartner durchgeführt werden kann. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nichtigerklärungsantrag

primär die Aufforderung zur Angebotsabgabe als gesondert anfechtbare Entscheidung nach § 2 Z 16 lit. a sublit. ee und als vorgelagerte Entscheidung die (nicht gesondert anfechtbare) Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung mit nur einem Bieter als nichtig bekämpft. Nach dem Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens ist mangels entsprechender Dokumentation des Beschaffungsvorganges durch die Antragsgegnerin es für die Nachprüfungsbehörde nicht möglich, zu überprüfen, ob diese Wahl des Vergabeverfahrens in Übereinstimmung mit den vergaberechtlichen Bestimmungen erfolgte oder nicht. Da somit eine von der Antragsgegnerin vorgenommene nachvollziehbare Darstellung für die Wahl des Vergabeverfahrens nicht erfolgt ist, war dem Antrag auf Nichtigerklärung stattzugeben und wie im Spruch unter Punkt 1 zu entscheiden. Zusammenfassend hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass den von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen nicht zu entnehmen ist, aus welchen Überlegungen sie zum Ergebnis gelangt ist, dass nur Philips die ausgeschriebenen Leistungen erbringen kann. Offenbar ist die Antragsgegnerin diesbezüglich der Erklärung ihres bisherigen Vertragspartners gefolgt, ohne diese Erklärung auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, wie die Antragsgegnerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat. Philips hätte auf entsprechende Anfragen (die freilich nicht dokumentiert sind) geantwortet, dass es Partnerfirmen "die berechtigt Nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 sind Aufträge oder Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde vergleiche EuGH 18.10.2011, Rs C 19/00; VKS Wien vom 10.09.2009, VKS - 6315/09 u.v.a.). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere auch bei der Wahl eines bestimmten Vergabeverfahrens fundamentale Bedeutung zu, da die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er sich für ein Ausnahmeverfahren entschieden hat, objektiv nachvollziehbar sein muss. Diesen Anforderungen entspricht mangels entsprechender Dokumentation das bisher von der Antragsgegnerin geführte Verfahren in keiner Weise. Die Antragsgegnerin ist grundsätzlich verpflichtet, jene Gründe, die die von ihr gewählte Verfahrensart zur Vergabe eines Auftrages rechtfertigen können, entsprechend detailliert und eingehend darzustellen. In diesem Zusammenhang wäre die Antragsgegnerin auch verpflichtet gewesen, jene Überlegungen in ihren Vergabeakten festzuhalten, warum es sich ihrer Ansicht nach nicht um eine wesentliche Vertragsänderung bei der beabsichtigten Vergabe an die bisherige Vertragspartnerin handelt, sondern lediglich um eine Weiterentwicklung, die nur von diesem Vertragspartner durchgeführt werden kann. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nichtigerklärungsantrag primär die Aufforderung zur Angebotsabgabe als gesondert anfechtbare Entscheidung nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e und als vorgelagerte Entscheidung die (nicht gesondert anfechtbare) Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung mit nur einem Bieter als nichtig bekämpft. Nach dem Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens ist mangels entsprechender Dokumentation des Beschaffungsvorganges durch die Antragsgegnerin es für die Nachprüfungsbehörde nicht möglich, zu überprüfen, ob diese Wahl des Vergabeverfahrens in Übereinstimmung mit den vergaberechtlichen Bestimmungen erfolgte oder nicht. Da somit eine von der Antragsgegnerin vorgenommene nachvollziehbare Darstellung für die Wahl des Vergabeverfahrens nicht erfolgt ist, war dem Antrag auf Nichtigerklärung stattzugeben und wie im Spruch unter Punkt 1 zu entscheiden. Zusammenfassend hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass den von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen nicht zu entnehmen ist, aus welchen Überlegungen sie zum Ergebnis gelangt ist, dass nur Philips die ausgeschriebenen Leistungen erbringen kann. Offenbar ist die Antragsgegnerin diesbezüglich der Erklärung ihres bisherigen Vertragspartners gefolgt, ohne diese Erklärung auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, wie die Antragsgegnerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat. Philips hätte auf entsprechende Anfragen (die freilich nicht dokumentiert sind) geantwortet, dass es Partnerfirmen "die berechtigt

wären ... insbesondere die Software und Hardware zu warten, nicht gibt" (Protokoll

Seite 3).

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 05.01.2011 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 05.01.2011 erlassene einstweilige Verfügung

gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht der Antragsgegnerin gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen vor. Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht der Antragsgegnerin gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen 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

Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit einem Bieter; mangelnde Begründung für die Wahl dieses Verfahrens; Stattgebung der Anfechtung;

Zuletzt aktualisiert am

20.05.2011

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at