



N/0111-BVA/04/2011-EV5

B E S C H E I D

Das Bundesvergabebamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Projekt REIS-Implementierung eines Rehabilitations-Informationssystems" des Auftraggebers Pensionsversicherungsanstalt, Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus A***, und B***, vertreten durch X***, vom 31.10.2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

I .

Dem Antrag, dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im gegenständlichen Vergabeverfahren die Fortsetzung des Vergabeverfahrens insbesondere die Erteilung des Zuschlages bei sonstiger Exekution zu untersagen, wird **insoweit stattgegeben**, als dem Auftraggeber im Vergabeverfahren "Projekt REIS-Implementierung eines Rehabilitations-Informationssystems" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen. Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

B e g r ü n d u n g

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "Projekt REIS-Implementierung eines Rehabilitations-Informationssystems" wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2010/S 194-296619 am 6. 10.2010 veröffentlicht. Der gegenständliche Dienstleistungsauftrag soll in Form eines beschleunigten Verhandlungsverfahrens nach dem Bestbieterprinzip im

Oberschwellenbereich vergeben werden. Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge wurde der 3.11.2010 fixiert.

Die Bietergemeinschaft bestehend aus A***, und B*** (in der Folge Antragsteller) stellte einen Teilnahmeantrag und wurde in der Folge zur Angebotsabgabe eingeladen. Nach Durchführung von Verhandlungen wurde der Antragsteller neben weiteren Bietern zur Legung eines Letztangebotes (in der Folge LBO) aufgefordert. Mit Telefaxmitteilung vom 21.10.2011 gab der Auftraggeber die Ausscheidensentscheidung zulasten des Antragstellers bekannt. Die Begründung stützte sich darauf, dass das Angebot des Antragstellers als fehlerhaft und ausschreibungswidrig zu beurteilen sei und auch der Angebotspreis im Zuge der vertieften Angebotsprüfung nicht habe plausibilisiert werden können, sodass Ausscheidensgründe gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 und 7 BVergG vorliegen würden.

Mit Schriftsatz vom 31.10.2011 brachte der **Antragsteller** einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren ein. In Verbindung damit wurde ein die Ausscheidensentscheidung bekämpfender Nachprüfungsantrag gestellt. Weiters wurde der Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 BVergG beantragt.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Ausscheidensentscheidung nicht hinreichend begründet sei. Die beispielhaft angeführten Verstöße zur Preisplausibilität seien in keiner Weise aussagekräftig. Der vom Auftraggeber als ungewöhnlich niedrig beurteilte Gesamtpreis des Angebotes des Antragstellers sei im Rahmen des Aufklärungsersuchens zu keinem Zeitpunkt vorgehalten worden. Bei den Ausführungen des Auftraggebers zur Fehlerhaftigkeit, Unvollständigkeit und zu den Ausspruchschreibungswidersprüchen im Angebot des Antragstellers handle es sich um Worthülsen und inhaltsleere Phrasen.

Eine spekulative Preisgestaltung ergebe sich aus einem Vergleich mit der Auftraggeberkostenschätzung und den Gesamtpreisen aller Angebote und betreffe insbesondere die Preispositionen Kernprodukt-Lizenzen, Drittlizenzen und Dienstleistungen. Der Angebotspreis des Antragstellers im LBO liege jedoch deutlich über dem geschätzter Auftragswert (Euro 4.860.000,--). Abgesehen davon, dass im

Bereich der C*** die Preise deutlich gesunken seien, habe der Zuschlagsempfänger für das bereits vor sechs Jahren ausgeschriebene System zum selben Preis, wie nunmehr der Antragsteller, angeboten. Es stelle sich die Frage, ob nicht die Mitbewerber zu überhöhten Preisen geboten hätten.

Zwar habe eine vertiefte Angebotsprüfung beim LBO des Antragstellers stattgefunden. Diese habe sich jedoch nicht auf den ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis, sondern auf die Nachvollziehbarkeit und Plausibilität bestimmter Preispositionen bezogen. Dem Antragsteller sei daher nicht - wie in der Judikatur gefordert - in einem kontradiktorischen Verfahren Gelegenheit gegeben worden, auf den Vorwurf des ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises zu reagieren. Die im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung gestellten Fragen seien vom Antragsteller umfangreich beantwortet wurden.

Darüber hinaus bestehe für einen Bieter grundsätzlich Angebots- und Kalkulationsfreiheit. Entscheidend für die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit sei, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen könne. Es solle verhindert werden, dass die Zuschlagserteilung die Insolvenz des besonders günstig bietenden Zuschlagsempfängers zur Folge habe. Dies stehe jedoch beim Antragsteller außer Zweifel.

Der günstige Angebotspreis des Antragstellers sei auf die langjährigen Kundenbeziehungen mit dem Auftraggeber zurückzuführen. Erst im Rahmen des Verhandlungsverfahrens habe sich das bereits in anderen Krankenanstalten erworbene Spezialwissen des Antragstellers zu Dokumentationsanforderungen des Auftraggebers im Softwarebereich herauskristallisiert, sodass Risikoaufschläge hätten zurückgenommen werden können. Angesichts der kurzen Fristen sei beim Erstangebot konservativ kalkuliert und Vorwissen nicht berücksichtigt worden. Außerdem hätte der Dienstleistungstagsatz reduziert werden können und seien Realisierungsaufwände neu bewertet worden. Dies hätte den Preisnachlass ermöglicht.

Begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen könnten auch nur bei einer Preisdifferenz von 100 % zwischen dem billigsten und dem teuersten Angebot bestehen. Von einer solchen Preisdifferenz sei jedoch im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht auszugehen.

Zwar habe der Auftraggeber detaillierte Fragen zur Preiskalkulation gestellt, sich aber mit den betriebswirtschaftlichen Kalkulationsgrundlagen nicht auseinandergesetzt. Eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 125 Abs. 4 BVergG sei nicht erfolgt. Keine der Leistungserweiterungen hätte eine Änderung am Lizenzpreis bewirkt. Vielmehr habe der Entfall eines neuen Kommunikationsservers eine Lizenzminderung zur Folge gehabt. Außerdem seien Preisminderungen durch Neubeurteilung ermöglicht worden. Zudem handle es sich um ein Prestigeobjekt des Antragstellers.

Sämtliche erforderliche Drittlizenzen seien entsprechend dem Preisblatt ausgepriesen und angeboten worden. Der Dienstleistungspreis im LBO ergebe sich aus einer Reduktion beim Dienstleistungstagsatz, welcher noch während der Verhandlungen vom Auftraggeber als zu hoch eingestuft worden sei. Es sei auch zu einer detaillierten Ausarbeitung von fachlichen Anforderungen, Dokumentationsanforderungen bis auf Datenfeldebene und zu einer neuen Bewertung der Leistung der Mitarbeitermitwirkung gekommen.

Entgegen den Darstellungen des Auftraggebers seien auch Freiräume im Summenblatt ausgefüllt worden. Da der Antragsteller nur ein Kernprodukt angeboten habe, könne bei acht Zeilen im Summenblatt nur eine ausgefüllt werden. In Freiräumen einzufüllende Kosten seien nicht in anderen Positionen einkalkuliert worden. Die noch im ersten Angebot notwendige Hardware hätte im LBO nicht mehr angeboten werden müssen. Die diesbezüglichen Lizenzen seien entsprechend dem Preisblatt in der Preisposition "ORBIS"-System einkalkuliert. Der Antragsteller habe ein vierstufiges Systemkonzept mit einem Hochverfügbarkeitsszenario angeboten. Die Clustersoftware "Veritas" sei auf Grund der D***-interner 3rd-Party-License-Betrachtungen im Lizenzpreis des Kernproduktes ausgewiesen.

Der Ankündigung im Rahmen der Fragebeantwortung, eine Anforderungsspezifizierung an die künftige REIS-Software und eine nähere Beschreibung der Applikationen und Schnittstellen im REIS-Umfeld in der zweiten Stufe durchzuführen, sei der Auftraggeber nicht nachgekommen. Der Antragsteller hätte daher für die E-Diktat-Lösung die vom Auftraggeber in fünf Häusern verwendete Lösung von Nuance als Kalkulationsgrundlage für die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit heranziehen müssen. Dies ergebe sich auch aus der Anfragebeantwortung des Antragstellers im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung,

wonach nach der Produktentscheidung des Auftraggebers das gewählte Produkt ohne zusätzliches Entgelt integriert werde. Der wahre Erklärungswert des Angebotspreises für die künftige E-Diktat-Lösung sei damit gegeben.

Ein Konzept zur Anbindung der DOXiS-Schnittstelle sei dem Auftraggeber im Form des Dokumentes "2011073 D*** IHE Kommunikation ORBIS-DOXiS4.pdf" im Rahmen der Verhandlungsrunde vorgelegt worden. Aus dem übermittelten "ORBIS SP IHE Integrations Statement" des Antragstellers sei die IHE-Konformität ablesbar. Bei der Kalkulation des Preises für die Windows Terminal Server seien die Vorgabe von 2.200 Named User, die auch im Preisblatt mengenmäßig angeführt seien, beachtet worden. Dies ergebe sich auch aus der Fragestellung des Auftraggebers im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung.

Der im ausschreibungsgegenständlichen Bereich seit Jahren gewerblich tätige Antragsteller habe ein grundsätzliches Interesse am Vertragsabschluss, welches sich auch aus der Angebotslegung ergebe. Bei Aufrechterhaltung der Ausscheidensentscheidung und Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter drohe dem Antragsteller ein finanzieller Schaden in Form des entgangenen Gewinnes, der bisher angelaufenen frustrierten Kosten durch die Angebotslegung und durch die rechtsfreundliche Vertretung, dessen Höhe mit Euro 15.000 beziffert werde. Hinzu käme der Verlust eines wesentlichen Referenzprojektes.

Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, in seinem Recht auf Nicht-Ausscheiden, in seinem Recht auf Zuschlagserteilung sowie auf Durchführung einer gesetzeskonformen, transparenten und objektiven nachvollziehbaren Angebotsprüfung und -bewertung verletzt.

Mit Schriftsatz vom 3.11.2011 erteilte der **Auftraggeber** allgemeine Auskünfte, wonach es sich beim gegenständlichen Auftrag um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich handle, der in Form eines Verhandlungsverfahrens mit voriger Bekanntmachung nach dem Billigstbieterprinzip abgewickelt werde. Nach Öffnung der LBO befinde sich das Vergabeverfahren im Stadium der Angebotsprüfung. Das Angebot des Antragstellers sei mit Telefaxmitteilung vom 21.10.2011 ausgeschieden worden. Es sei weder der Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen

worden. Gegen den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sprechende Interessen wurden vom Auftraggeber nicht geltend gemacht.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Die Pensionsversicherungsanstalt ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 14.04.2010, N/0029-BVA/14/2010-10; 28.3.2011, N/0002-BVA/04/2011-23). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag der Kat. 7 des Anhanges III BVergG, der in Form eines Verhandlungsverfahrens im Oberschwellenbereich abgewickelt wird. Nach den Angaben des Auftraggebers wurde weder ein Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollanwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens, zur Erlassung der einstweiligen Verfügung und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit b B-VG ist sohin gegeben.

Der Antragsteller hat die unmittelbar drohende Schädigung seiner Interessen für den Fall, dass die gegen ihn gerichtete Ausscheidensentscheidung aufrecht erhalten und der Zuschlag einem anderen Bieter als dem Antragsteller erteilt wird, in seinem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 3 leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs. 4 leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs. 1 BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, das Angebote des Antragstellers auszuschneiden und nach Abschluss der Prüfung der LBO und Zuschlagsentscheidung den Zuschlag zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten

Rechtswidrigkeiten zutreffen und er in der Folge für den Zuschlag in Betracht kommt, wodurch ihm aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch eine befristete Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfälligen Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht.

Demgegenüber hat der Auftraggeber keine Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben. Auch dem Bundesvergabeamt sind weder eine besondere Dringlichkeit, noch gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechende besondere öffentliche Interessen erkennbar, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegen stünden.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 ua).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt schließlich in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a). Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a).

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des

Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten.

Bei der beantragten Untersagung der Erteilung des Zuschlages handelt es sich im Vergleich zur Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSv § 329 Abs 3 BVergG, zumal dem Auftraggeber mehr Handlungsspielraum eingeräumt wird. Die Dauer der vorläufigen Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu befristen.

Wien, am 7. November 2011
Die Vorsitzende des Senates 4
Dr. Margit Möslinger-Gehmayr