

Fragenrunde 1

Inhaltsverzeichnis

Allgemeiner Hinweis zu Fragen und Fragebeantwortung	2
Frage 1	2
Frage 2	2
Frage 3	2
Frage 4	3
Frage 5	3
Frage 6	3
Frage 7	4
Frage 8	5
Frage 9	6
Frage 10	6
Frage 11	7
Frage 12	8
Frage 13	8
Frage 14	13
Frage 15	14
Frage 16	15

Allgemeiner Hinweis zu Fragen und Fragebeantwortung

Es gelten die Teilnahmeunterlagen in ihrem objektiven Verständnis. Wir ersuchen die Bewerber die Angaben / Anforderungen im Teilnahmeantrag in Verbindung mit den jeweiligen Regelungen in der Verfahrensverständigung zu lesen. Die gegenständliche Fragebeantwortung dient der Beantwortung der gestellten Fragen, ist aber **nicht** als Berichtigung der Teilnahmeunterlagen zu verstehen, sofern dies nicht ausdrücklich als „Berichtigung“ bezeichnet ist.

Frage 1

Frage: Gehen wir richtig in der Annahme, dass wir bei den vorliegenden Referenzprojekt-Anforderungen unter dem Begriff „Vergabeplattform“ auch prozessverwandte Plattformen berücksichtigen können? (zb. Lehrmittelverlagsplattform, E-Commerce Plattform, etc.)?

Antwort: Nein, solche Projekte werden nicht als Referenzprojekte gewertet.

Frage 2

Frage: Gehen wir Recht in der Annahme, dass ein Ausschreibungs/Vergabeportal gesucht wird und kein Beschaffungsportal?

Antwort: Es wird, wie klar aus dem Ausschreibungsgegenstand erkennbar, ein Beschaffungsportal gesucht, dass der Abwicklung von Vergabeverfahren / vergaberechtlichen Prozessen entsprechend den Bundesvergabegesetzen und Richtlinien dient, inklusive Direktvergaben, Wettbewerbe, e-Auktionen u.a

Frage 3

Frage: Die Ausschreibung erfolgt als überschwelliges Verfahren, obwohl es am Markt durchaus Standardlösungen für Vergabeplattformen gibt, die auch unter Berücksichtigung der angegebenen Nutzeranzahl deutlich unter dem Schwellenwert von 215.000 Euro liegen würden.

Dürfen wir daher freundlich nachfragen, ob hinter der Wahl des überschwelliges Verfahrens eventuell der Wunsch nach einer hochgradig individualisierten Lösung steht, die dem Land Niederösterreich maximale Freiheiten in der Ausgestaltung der Plattform ermöglichen soll?

Falls ja, wären wir für einen kurzen Hinweis dankbar, in welchen Bereichen besonders hohe Anforderungen an die Individualisierbarkeit gestellt werden. Dies würde uns bei der Einschätzung helfen, ob unsere Lösung für jene spezifischen Bedürfnisse geeignet sein könnte.

Antwort: Das Verfahren wird berechtigterweise als ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich geführt, denn der geschätzte Auftragswert ist für 4 Jahre zu rechnen, dh gerechnet wird mit dem 4-fachen Jahreswert.

Natürlich besteht die Notwendigkeit, dass durch das Land Niederösterreich als AG und/oder Mitwirkung des AN gewisse Individualisierungen, d.h. Customizing in branchenüblicher Form vorgenommen werden können und auch müssen.

Es können dennoch Standardprodukte verwendet werden / angeboten werden.

Frage 4

Frage: Punkt 1.7. – Ausgangslage und Gegenstand des Verfahrens

Wir nehmen an, dass mit „für zumindest 210 User“ nicht User gemeint sind, sondern Auftraggeber und vergebene Stellen. Bitte um Klarstellung. Wenn es sich doch um User (=Personen die das Beschaffungsportal nutzen) handelt, dann bitte um Information um wie viele Auftraggeber und vergebene Stellen (Mandanten) es sich ca. handeln wird bzw. Anzahl der User.

Antwort: Ja, Ihre Annahme ist korrekt, es handelt sich um Mandanten und nicht um User, ein redaktionelles Versehen. Dies erschließt sich ebenfalls aus dem nachfolgenden Absatz und ist konsistent mit dem Auswahlkriterium „Mandanten“ in 4.2.2.

Frage 5

Frage: Punkt 1.13– Änderungsklausel gemäß § 365 Abs 3 Z 2 BVergG 2018

Bitte um genaue Information und Begründung, warum diese Formulierung so angeführt ist – insbesondere beim Abschluss eines Rahmenvertrags - und warum diese als vergabekonform angesehen wird. Siehe u.a. VwGH 1.2.2024, Ro 2020/04/0020.

Antwort / Berichtigung:

Punkt 1.13 wird zur Vermeidung unnötiger Rechtsstreitigkeiten gestrichen. Die Nummerierung in der Verfahrensverständigung bleibt aber unverändert.

Frage 6

Frage: Bitte Verweise überprüfen

z.B. Punkt 2.3

*Anfragen sind ausschließlich elektronisch über die am Deckblatt genannte E-Mail-Adresse der Kontaktperson zu stellen, jegliche Kontaktaufnahme mit der technischen Begleitung ist unzulässig. Die Auskünfte zu allen Anfragen bzw. Klarstellungen / Berichtigungen erfolgen in anonymisierter Form bis zu den unter **Punkt 7 „Termine“** angegebenen Terminen über das Vergabeportal.*

Termine ist aber Punkt 6.

Antwort: Verweise werden überprüft und bei groben Missverständnissen korrigiert – da bei Punkt 7 „Termine“ das Wort „Termine“ angeführt ist, ist klar um welchen Punkt es sich handelt und es wird alleine diesbezüglich keine Berichtigung erfolgen.

Frage 7

Frage: Punkt 3.2 Mindestkriterien – Punkte

Die Frage bezieht sich auf diesen Absatz:

*Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit muss der Bewerber eine Zertifizierung ISO 27001 oder EN 50600 oder gleichwertig nachweisen. Der Bewerber / Mitglied der Bewerbergemeinschaft oder ein im Auftragsfall auch verbindlich eingesetzter **Subunternehmer (zB Data Center)** verfügt über eine aktuelle Zertifizierung ISO 27001 oder EN 50600 oder gleichwertig sowohl zum Zeitpunkt Abgabe Teilnahmeantrag als auch Abgabe Last and Best Offer.*

Verstehen wir das richtig, dass ein Data Center nicht gleich zu sehen ist wie ein reines Rechenzentrum? Dies bedeutet, dass der Data Center Betreiber nicht automatisch ein Subunternehmer ist, sondern nur dann, wenn der Data Center Betreiber auch Eigentümer der Server ist auf dem die Daten liegen und verarbeitet werden, also eine Cloud Lösung?

Wir nehmen an, dass wenn die Server auf denen die Daten liegen und verarbeitet werden im Besitz des Bewerber sind und nur in einem Rechenzentrum (Data Center) stehen, der Betreiber des Rechenzentrums dann KEIN Subunternehmer ist. Bitte um Klarstellung dieser Festlegung.

Antwort: Ihre Annahme ist korrekt. Wenn die physischen Server, auf denen die Daten liegen und verarbeitet werden, im Besitz des Bewerbers sind und nur in einem Rechenzentrum (Data Center) stehen (Housing oder Server Collocation), dann ist der Betreiber des Rechenzentrums kein Subunternehmer. In diesem Fall wird der Betreiber des Rechenzentrums lediglich als Dienstleister angesehen, der die physische Infrastruktur bereitstellt. IÜ sind die Begriff Rechenzentrum und Data Center als gleichwertig anzusehen.

Jedoch:

- Wenn der Data Center Betreiber auch die Serverinfrastruktur bereitstellt und betreibt (Managed Server Hosting), auf denen die Daten verarbeitet werden (z.B. in einer Cloud-Lösung wie MS Azure oder AWS), dann ist dieser Betreiber als Subunternehmer zu betrachten.
- In beiden Fällen muss sichergestellt werden, dass die geforderte Zertifizierung (ISO 27001 oder EN 50600) oder gleichwertig vorhanden ist, um die technischen Anforderungen zu erfüllen. Dafür ist es unerheblich, ob diese dem Bewerber oder dem Data Center anhaften.

Frage 8

Frage: Laufzeit der Referenzprojekte

Bezugnehmend auf folgende Anforderungen über die Referenzprojekt (Seite 13 des Teilnahmeantrags):

Der Vertrag über das Referenzprojekt muss zumindest für vier Jahre oder länger abgeschlossen worden sein (Mindestvertragslaufzeit) – gerechnet vom Ablauf der Teilnahmeantragsfrist – und zum Ablauf der Teilnahmeantragsfrist noch aufrecht sein (dh kein abgeschlossenes Referenzprojekt).

.....

Bewertet werden nur Referenzprojekte, die – gerechnet vom Ablauf der Teilnahmeantragsfrist – zumindest bereits vier Jahre durchgehend betrieben werden bzw. seit mindestens vier Jahren produktiv laufen und im Zeitpunkt des Ablaufs der Teilnahmeantragsfrist noch produktiv sind.

möchte ich Sie fragen, welche der folgenden Referenzprojekten akzeptabel wären:

- Projekt A hat im Jahr 2022 angefangen, ist produktiv und läuft bis Ende des Jahres 2028.
- Projekt B hat im Jahr 2017 angefangen, ist produktiv seit Mai 2019 und läuft bis Ende des Jahres 2025.
- Projekt C hat im Juni 2024 angefangen, ist noch nicht produktiv und läuft bis Ende des Jahres 2029.

„Produktiv“ ist im Sinne des zweiten Paragraphen von unten, Seite 27 der Verfahrensverständigung zu verstehen.

Antwort:

Zu Projekt A: Zum Ablauf der Teilnahmeantragsfrist 2024 ist das Projekt seit 2 Jahren aktiv und produktiv → Es erfüllt nicht die Anforderung von mindestens vier Jahren produktivem Betrieb.

Zu Projekt B: Zum Ablauf der Teilnahmeantragsfrist 2024 ist das Projekt seit über 5 Jahren aktiv. Es ist seit Mai 2019 produktiv, was bedeutet, dass es bis Oktober 2024 etwa 5,5 Jahre produktiv ist. → Es erfüllt die Anforderung von mindestens vier Jahren produktivem Betrieb.

Zu Projekt C: Das Projekt hat im Juni 2024 begonnen und ist noch nicht produktiv. → Es erfüllt weder die Anforderung von mindestens vier Jahren Betriebsdauer noch die Anforderung von mindestens vier Jahren produktivem Betrieb.

Fazit: Nur **Projekt B** erfüllt die Anforderungen der Verfahrensverständigung, da es seit mindestens vier Jahren produktiv ist und zum Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmeantragsfrist noch aktiv betrieben wird. Projekte A und C erfüllen die Anforderungen nicht.

Frage 9

Frage: Mindestgesamtauftragswert für eine Vertragslaufzeit von vier Jahren

Die Anforderung (Seite 13 des Teilnahmeantrags) lautet:

Der Mindestgesamtauftragswert des Referenzprojekts muss insgesamt zumindest EUR 300.000,-- für eine Vertragslaufzeit von vier Jahren betragen.

Falls das Projekt mehr als 4 Jahre läuft, z.B. vom Jahr 2022 bis zum Jahr 2028, wie sollen wir diese Anforderung interpretieren?

- Der Auftragswert des Referenzprojekts muss insgesamt mehr als 300.000 EUR für die ganze Projektdauer.
- Der Auftragswert des Referenzprojekts ist mehr als 300.000 EUR während vier aufeinanderfolgender Jahre, z.B. 2023-2027.
- Andere Möglichkeiten, um die Anforderung zu erfüllen?

Antwort: Die korrekte Interpretation der Anforderung ist, dass der Auftragswert des Referenzprojekts in einem beliebigen, bei Abgabe des Teilnahmeantrags bereits abgeschlossenen Zeitraum von vier aufeinanderfolgenden Jahren mindestens 300.000 EUR betragen muss. Beispiel: 1.1.2020 bis 31.12.2023, kumulierter Gesamtauftragswert (netto) EUR 310.000,--. Dies stellt sicher, dass das Projekt in einem signifikanten Teil seiner Laufzeit einen ausreichenden wirtschaftlichen Umfang hatte. Eine andere Möglichkeit die Anforderung zu erfüllen ist nicht möglich.

Frage 10

Frage: Auftragsgeberbestätigung für das Referenzprojekt

Falls der Auftraggeber eine ausländische Organisation ist, welche die deutsche Sprache nicht beherrscht, könnten wir eine auf Englisch übersetzte Version des Formulars laut Abschnitt 2.7.3 des Teilnahmeantrags vom Auftraggeber unterfertigen lassen?

Antwort: Ja, kann so gehandhabt werden.

Frage 11

Frage: 1.7. Abrufberechtigte Stellen sowie optionale Vertragsbeitritte

Gemäß Punkt 1.7. der Teilnahmeunterlagen soll der Rahmenvertrag für zumindest 210 User abgeschlossen werden, wobei alle Dienststellen des Amtes der NÖ Landesregierung abrufberechtigt sind. Darüber hinaus soll optional voraussichtlich 30 weiteren Tochtergesellschaften und Vereinen des Landes NÖ mit etwa 100 weiteren Usern sowie einzelnen Gemeinden im Bundesland NÖ, in Summe sohin ca. 310 User, die Möglichkeit eingeräumt werden, Leistungen aus dem Vertrag abzurufen. Eine Konkretisierung dahingehend, um welche Stellen, Auftraggeber, „Mandanten“ oder User es sich dabei genau handelt, erfolgt in den Teilnahmeunterlagen jedoch nicht. Diese Unklarheit wird noch dadurch verstärkt, indem die Auswahlkriterien von einer Mindestanzahl von Mandanten, die gemäß Punkt 4.2 der Teilnahmeunterlagen unter diesen Rahmenvertrag fallen sollen, in Höhe von 300 (!) sowie von einer Mindestanzahl von Nutzern in Höhe von 700 (!) ausgehen und auch daran die Auswahlkriterien knüpfen (siehe dazu unter Punkt 4.2. der Teilnahmeunterlagen). In der Bekanntmachung wurde als Auftraggeber lediglich das Land NÖ angegeben.

Nach der Rechtsprechung der Vergabekontrollinstanzen ist eindeutig, dass iSd Transparenzgebots klar und unmissverständlich festgelegt sein muss, wer im Vergabefahren als AG auftritt. In der Bekanntmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens wird ausschließlich das Land NÖ als AG angegeben.

Bei der Festlegung solch umfassender Abrufberechtigungen wie in Punkt 1.7 der Teilnahmeunterlagen handelt es sich unserer Ansicht nach um nichts anderes als Vertragsbeitritte anderer Rechtsträger, dies jedoch unter Verstoß gegen die Vergaberechtsvorschriften, zunächst gegen die Bekanntmachungsverpflichtungen.

Den betreffenden Festlegungen mangelt es aber auch zugleich an der gebotenen Bestimmtheit. Darin ist auch ein gravierender Widerspruch zu § 88 Abs 2 BVergG zu sehen, wonach die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und ohne unverhältnismäßige Ausarbeitungen von den Bietern ermittelt werden können. Das Land NÖ ist im konkreten Fall auch nicht als zentrale Beschaffungsstelle anzusehen.

Anregung einer Berichtigung:

Nachdem gegen die Festlegung der Option in Punkt 1.7. eindeutige vergaberechtliche Bedenken bestehen, regen wir an, diese Option ersatzlos zu streichen.

Antwort: Siehe Antwort Frage 4 und 5. Dem Bestimmtheitserfordernis wird mit dem Verweis auf Tochtergesellschaften und Vereine des Landes Niederösterreich Rechnung getragen. Der Kreis der abrufberechtigten Personen (in der Verfahrensverständigung „User“ genannt) lässt sich klar eingrenzen. Im Übrigen ist das Abrufvolumen auch klar bestimmt (Pkt 1.11 Verfahrensverständigung).

Frage 12

Frage: Punkt 1.10. Unbefristeter Rahmenvertrag

Gemäß Punkt 1.10. der Teilnahmeunterlagen soll der ausgeschriebene Rahmenvertrag auf unbefristete Zeit abgeschlossen werden. Ein unbefristeter Rahmenvertrag – insbesondere in Hinblick auf die in Punkt 1.7. der Teilnahmeunterlagen umfassend vorgesehenen Abrufberechtigungen einer gänzlichen unbestimmten Anzahl von Dienststellen, Gemeinden und Gesellschaften – schränkt den Wettbewerb erheblich ein und führt in der Konsequenz zu einer dauerhaften Abschottung des Marktes.

Anregung einer Berichtigung:

Wir regen daher eine Berichtigung dahingehend an, dass der Rahmenvertrag auf eine bestimmte Laufzeit abgeschlossen wird.

Antwort: Der Rahmenvertrag bleibt weiterhin unbefristet. Ein unbefristeter Rahmenvertrag bietet sowohl dem Auftraggeber als auch den Bietern langfristige Planungssicherheit und Stabilität. Diese Sicherheit kann dazu führen, dass Anbieter wettbewerbsfähigere Preise und bessere Konditionen anbieten, da sie von einer kontinuierlichen Zusammenarbeit ausgehen können. Darüber hinaus ermöglicht ein unbefristeter Vertrag dem Auftraggeber, ohne zeitliche Einschränkung auf Dienstleistungen zugreifen zu können, was besonders bei langfristigen Projekten von Vorteil ist. Die umfassenden Abrufberechtigungen dienen dazu, die Flexibilität zu maximieren und sicherzustellen, dass der Auftraggeber auf eine breite Palette von Dienstleistungen zugreifen kann, ohne wiederholt neue Ausschreibungen durchführen zu müssen. Eine Berichtigung, die den Vertrag auf eine bestimmte Laufzeit begrenzt, könnte die langfristige Planbarkeit und Flexibilität des Auftraggebers einschränken.

Frage 13

Frage: Zu Punkt 3.2. lit d) Eignungskriterien

Gemäß Punkt 3.2. lit d) der Teilnahmeunterlagen hat der Bewerber (oder zumindest ein Mitglied der Bewerbungsgemeinschaft) zwei Referenzprojekte nachzuweisen, die die dort genannten Mindestanforderungen erfüllen. Ua müssen die Verträge über die Leistungen zumindest für vier Jahre oder länger abgeschlossen worden sein (Mindestvertragslaufzeit) – gerechnet vom Ablauf der Teilnahmeantragsfrist – und zum Ablauf der Teilnahmeantragsfrist noch aufrecht sein (dh kein abgeschlossenes Referenzprojekt). Weiters muss der Mindestgesamtauftragswert des Referenzprojekts insgesamt zumindest EUR 300.000,-- für eine Vertragslaufzeit von vier Jahren betragen.

Diese Anforderungen sind äußerst restriktiv und schränken den Wettbewerb erheblich ein. Die Teilnahmeunterlagen enthalten damit im Vergleich zu den vorangegangenen Teilnahmeunterlagen vom

28.03.2024, welche lediglich auf ein Referenzprojekt abstellten, krass verschärfte Eignungskriterien. Diese Anforderungen führen dazu, dass qualifizierte und leistungsfähige Unternehmen – insbesondere solche mit von der derzeitigen Dienstleisterin abweichenden Geschäftsstrategien- bzw Modellen – nicht in der Lage sind, diese Voraussetzungen zu erfüllen, obwohl sie vergleichbare Leistungen am Markt erfolgreich erbracht haben. Wir sind aufgrund der restriktiven Referenzanforderungen tatsächlich nicht in der Lage, zwei Referenzprojekte mit dem geforderten Auftragsvolumen und der Mindestlaufzeit vorzulegen, wodurch wir trotz zweifellos gegebener Leistungsfähigkeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Wir können diese Anforderungen nur in Bezug auf eine Referenz erfüllen, obgleich wir vergleichbare Leistungen seit vielen Jahren am Markt anbieten und erfolgreich erbringen. Wir wickeln jährlich 12.617 Verfahren mit 650 Kunden ab, was einer Anzahl von 8.116 Usern entspricht. Allein im Bundesland Wien wurden über diesen Zeitraum 3.785 Verfahren geführt. Aktuell halten wir einen Marktanteil in Höhe von 79,4% in Österreich. Dies wurde anhand der Anzahl publizierter Verfahren in OGD, somit ohne Direktvergaben, ermittelt (Stand 3.10.2024).

Dieser Statistik ist im Übrigen auch zu entnehmen, dass wir in jedem einzelnen Bundesland in Österreich wesentlich mehr Veröffentlichungen verschiedenster Gemeinden (als AG) auf unserer webbasierten Vergabeplattform verzeichnen, als unsere Mitbewerber. Wir können allgemein eine viel größere Anzahl an Kunden und Nutzer für uns beanspruchen als unsere Mitbewerber. Allerdings haben wir ein anderes Business-Modell, sodass wir die formalen Anforderungen an die zwei Referenzen mit unserer Kundenstruktur trotz unserer vorhandenen Leistungsfähigkeit nicht erfüllen können. Dies verdeutlicht wie krass einschränkend und unsachlich die Eignungskriterien sind, da selbst ein marktführender Anbieter wie wir, der Jahresleistungen im oben dargestellten Ausmaß mit einer Kundenanzahl von insgesamt 630 erbringt, nach den vorliegenden Teilnahmunterlagen als “technisch nicht leistungsfähig” einzustufen ist.

Im Zuge des vorangegangenen (widerrufenen) Vergabeverfahrens wurde von einem Bewerber die Frage gestellt, warum nur eine Referenz als Mindestanforderung verlangt wird. Die AG hat daraufhin keine Berichtigung vorgenommen, sondern hat die Vorgabe einer Referenz als ausreichend angesehen. Es ist folglich nicht nachvollziehbar, weshalb nunmehr in den Teilnahmunterlagen zum gegenständlichen Vergabeverfahren eine zweite Referenz mit einem gleich hohen Auftragsvolumen verlangt wird. Damit wird eine eindeutige Hürde eingezogen, die in keinster Weise sachlich gerechtfertigt ist.

Referenzen iSd § 85 Abs 2 BVergG 2018 sollen dem Auftraggeber als Beleg dafür dienen, dass ein Bewerber oder Bieter bereits Aufträge vergleichbarer Größe und Schwierigkeit ausgeführt hat. Dazu müssen Referenzen einerseits eine von der Art und vom Umfang her vergleichbare Leistung nachweisen. Die nachgewiesene Erfahrung muss nicht gleich, sondern nur vergleichbar sein und dem Auftraggeber zeigen, dass der Bewerber oder Bieter die Erfahrung hat, Leistungen wie die ausgeschriebene zu erbringen. In diesem Sinn muss der Auftraggeber die Anforderungen an die mittels Referenzen

nachzuweisende Erfahrung formulieren. Dabei muss er sich an der Art und dem Umfang der ausgeschriebenen Leistung orientieren, um keine Bewerber oder Bieter von der Teilnahme am Vergabeverfahren in einer Art auszuschließen, die grundsätzlich zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung geeignet wären (vgl. BVwG 05.08.2024, W187 2293375-2, 44-45). Vor allem die Anforderung, mindestens zwei Referenzprojekte mit jeweils einem Mindestgesamtauftragswert von je EUR 300.000,- nachweisen zu können, begünstigt den Mitbewerb.

Würde die Anforderung, mindestens zwei solcher Referenzprojekte mit den dargestellten Anforderungen nachweisen zu müssen, gestrichen oder für nichtig erklärt, so könnten wir uns an dem gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligen. Dabei ist besonders auffällig, dass wir in der Markterkundung angegeben haben, lediglich über ein Referenzprojekt mit den geforderten Anforderungen eine Mindestumsatzes von EUR 300.000,- zu verfügen.

Dies belegt nicht etwa eine mangelnde technische Leistungsfähigkeit unsererseits, sondern ist ausschließlich dem Umstand geschuldet, dass wir ein anderes Geschäftsmodell als etwa unsere Mitbewerber einsetzen. Wir schließen – mit wenigen Ausnahmen abgesehen – keine „Lizenzmodelle“ ab, über die eine große Anzahl von öffentlichen Auftraggebern wie etwa Gemeinden ihre Leistungen in Anspruch nehmen können, sondern schließen in der Regel einzelne Verträge ab - so mit jeder einzelnen Gemeinde – sodass dieses in den Teilnahmeunterlagen geforderte hohe Auftragsvolumen bei unseren Verträgen nur bei einer einzigen Referenz – wie von uns in der Markterkundung angegeben – erreicht werden kann. Auch ist weiters zu berücksichtigen, dass auch eine hohe Anzahl von Gemeinden oder sonstigen öff Auftraggebern im gesamten Bundesgebiet unsere e-Vergabeplattform nutzen, allerdings nicht direkt sondern über auf Vergaberecht spezialisierte Rechtsanwaltskanzleien oder aber Ziviltechnikerbüros und Baumeister, die ihrerseits wiederum einen Vertrag mit uns abgeschlossen haben, was jedoch die direkte Anzahl der Kunden, die die unsere e-Vergabeplattform nutzen, abermals aus rein formaler Sicht abgestellt auf die Kriterien in den Teilnahmeunterlagen, reduziert. Auch unter all diesen weiteren Gesichtspunkten sind die in den Teilnahmeunterlagen festgelegten Eignungskriterien unsachlich und daher diskriminierend.

Sachlich lässt sich die Anforderung von zwei Referenzprojekten mit einem solch hohen Mindestgesamtauftragswert innerhalb der letzten vier Jahre nicht rechtfertigen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb bei Vorliegen einer diesen Anforderungen entsprechenden Referenz oder aber einer Mehrzahl von Referenzen mit einem geringeren Auftragswert oder aber einer Anerkennung von Referenzen, die laufende Verträge betreffen, aber bis dato noch nicht dieses geforderte Abrechnungsvolumen erreicht haben, dieses aber unter Heranziehung zukünftiger Leistungen erreichen können, die technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben sein sollte. Hierfür kann nur die für die ordnungsgemäße Leistungserbringung erforderliche technische Kapazität und Qualifikation des betreffenden Unternehmens maßgeblich sein. Dies wird bereits durch die Vorlage eines einzelnen Referenzprojekts im genannten Größenumfang belegt oder aber durch eine Vorlage mehrerer Referenzprojekte mit einem geringeren Abrechnungsvolumen.

Schließlich ist auch das Abrechnungsvolumen nur bedingt aussagekräftig hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit, zumal dieses ja auch abhängig von der Geschäftsstrategie des jeweiligen Unternehmens ist sowie der Vertrags- bzw Kundenstruktur (Anzahl der Mandanten und User unter ein und demselben Vertrag). In diesem Zusammenhang ist weiters anzumerken, dass die Antragstellerin im Vergleich zu ihren Mitbewerbern deutlich günstigere Lizenzmodelle anbietet und verrechnet und ihre Kundenstruktur weiters auch so angelegt ist, dass in der Regel pro Kunde (Mandant) ein eigener Vertrag abgeschlossen wird.

Es sollte für die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit keine Rolle spielen, ob unsere Kunden die e-Vergabeplattform alle gemeinsam über einen Vertrag nutzen (wie etwa es das Land NÖ praktiziert und beabsichtigt) und daher über diesen einen Vertrag ein entsprechend hohes Auftragsvolumen abgewickelt wird oder aber ob es sich um einzelne Verträge handelt, die naturgemäß dann ein geringeres Auftragsvolumen aufweisen. Es kann nur auf die Anzahl der Kunden insgesamt sowie der abgewickelten Verfahren insgesamt ankommen. Dies sollte ausreichend sein, um auch gegenüber dem Land NÖ unsere technische Leistungsfähigkeit für den Betrieb einer e-Vergabeplattform für das Land NÖ darstellen zu können.

Es ist anzunehmen, dass der angegebene Mindestgesamtauftragswert genau jener ist, welcher im Rahmen der gegenständlichen Ausschreibung zu erbringen sein wird. Die Antragstellerin ist, wie bereits erwähnt, in der Lage diese Leistung zu erbringen, sie wird aber aufgrund diesen bedingt aussagekräftigen Eignungsanforderungen daran gehindert, sich an der Ausschreibung zu beteiligen. Im Ergebnis gibt es keine sachliche Rechtfertigung für einen dadurch bedingten Ausschluss an der Teilnahme am Vergabeverfahren. Die aktuell geforderten Mindestanforderungen für die technische Leistungsfähigkeit führen vielmehr zu gravierenden Wettbewerbsverzerrungen und der Diskriminierung potentieller Anbieter. Dabei genügt es, wenn nur ein Unternehmer diskriminiert wird (VwGH 6. 3. 2013, 2011/04/0115, 0130, 0139, BVwG W187 2293375-2/26E 05.08.2024).

Auch nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist der Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer dahin auszulegen, dass er es einem Wirtschaftsteilnehmer ermöglichen muss, Erfahrungen geltend zu machen, die in der Zusammenschau von zwei oder mehr Verträge entstehen (vgl. Rs C-387/14, Rs C-94/12, Rs C-324/14). Dieses „Zusammensetzen“ von Einzelreferenzen, um einer zwingend erforderlichen Referenzanforderung zu entsprechen, ist immer dann zulässig, wenn dies der Auftraggeber nicht ausdrücklich und in geeigneter Weise – das heißt korrespondierend mit Gegenstand und Zielen des betreffenden Auftrags und angemessen – ausschließt.

Anregung einer Berichtigung:

Wir regen daher aus all diesen Gründen an, dass die Anforderung einer zweiten Referenz ersatzlos gestrichen wird oder das Auftragsvolumen für beide Referenzen auf jeweils EUR 100.000,- (exkl USt) gesenkt wird. Darüber hinaus sollten Referenzen auch kumuliert werden können. Weiters regen wir an festzulegen, unter welchen Gesichtspunkten Referenzen, die diese Mindestanforderungen nicht erfüllen,

als gleichwertig anerkannt werden (beispielsweise, wenn auch Umsätze, die erst in der Zukunft generiert werden, nachgewiesen werden).

Dieser Punkt ist umso wesentlicher, als die Eignungsreferenz auch für die Auswahlkriterien herangezogen werden und sich hieraus weitere unsachliche Einschränkungen ergeben, womit der Wettbewerb auch auf dieser Ebene unsachlich eingeschränkt wird.

Antwort / Berichtigung: Pkt 3.2 lit d der Verfahrensverständigung (Mindestkriterium – Leistungsfähigkeit) wird dahin berichtigt, dass zumindest **ein** Referenzprojekt im Bereich „webbasierende Plattform“ nachzuweisen ist, das die unter Pkt 3.2 lit d aufgelisteten Anforderungen erfüllt. In diesem Sinn lautet Pkt 3.2 lit d wie folgt:

*„Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit muss der Bewerber zumindest **ein Referenzprojekt im Bereich „webbasierende Plattform“** nachweisen, das zumindest folgende Anforderungen erfüllt:*

- *Das Referenzprojekt muss mit der ausschreibungsgegenständlichen Leistung vergleichbar sein. Das ist dann der Fall, wenn der Auftragsgegenstand der Betrieb einer webbasierenden Plattform für eine vollelektronische Vergabeabwicklung ist.*
- *Der Vertrag über das Referenzprojekt muss zumindest für vier Jahre oder länger abgeschlossen worden sein (Mindestvertragslaufzeit) – gerechnet vom Ablauf der Teilnahmeantragsfrist – und zum Ablauf der Teilnahmeantragsfrist noch aufrecht sein (dh kein abgeschlossenes Referenzprojekt).*
- *Der Mindestgesamtauftragswert des Referenzprojekts muss insgesamt zumindest EUR 300.000,-- für eine Vertragslaufzeit von vier Jahren betragen.*
- *Die Leistungserbringung erfolgte und erfolgt nach wie vor fachgerecht und ordnungsgemäß.*

Bewertet werden nur Referenzprojekte, die – gerechnet vom Ablauf der Teilnahmeantragsfrist – zumindest bereits vier Jahre durchgehend betrieben werden bzw seit mindestens vier Jahren produktiv laufen und im Zeitpunkt des Ablaufs der Teilnahmeantragsfrist noch produktiv sind. Referenzprojekte, die mangels Detailangaben für den Auftraggeber nicht überprüfbar sind sowie abgeschlossene (dh nicht mehr im Betrieb befindliche) Referenzprojekte werden nicht bewertet. „Produktiv“ bedeutet im Unterschied zur Test-, Implementierungs- oder Realisierungsphase, dass mit der Plattform reale Beschaffungsprojekte mit Produktivdaten abgewickelt werden.

Namhaft gemachte Referenzen werden im Rahmen der Eignungsprüfung nur dann gewertet, wenn der Bewerber (bzw das betreffende Mitglied der Bewerbergemeinschaft bzw das mit ihm verbundene Unternehmen oder der allenfalls namhaft gemachte Dritte)

selbst Auftragnehmer oder Mitglied der beauftragten Arbeitsgemeinschaft war. Im letzteren Fall (dh Mitglied der beauftragten Arbeitsgemeinschaft) wird das Referenzprojekt im Rahmen dieser Eignungsprüfung nur dann berücksichtigt, wenn der Leistungsanteil des betreffenden Bewerbers (bzw des Mitglieds der Bewerbergemeinschaft) an dem von der Arbeitsgemeinschaft durchgeführten Referenzauftrag mehr als 50% des Auftragswerts des Referenzprojektes betragen hat (das ist der Fall, wenn er zumindest die Hälfte der Auftragssumme abgerechnet hat) und die Leistungen im jeweiligen Fachbereich von diesem selbst durchgeführt wurden (oder an Stelle der Eigenleistung bei der unmittelbaren Leistungserbringung durch andere Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft diese wesentlich unterstützt bzw überwacht hat).

Leistungen des Bewerbers im eigenen oder in verbundenen Unternehmen werden nicht als Referenzprojekt bewertet.

Der Bewerber erklärt sich darüber hinaus damit einverstanden, dass der Auftraggeber zur Prüfung der angegebenen Referenzen mit den ehemaligen Auftraggebern Kontakt aufnimmt.

Der Auftraggeber macht ausdrücklich darauf aufmerksam, dass allfällige Verbesserungen (behebbarer Mangel) nur im Hinblick auf das Referenzprojekt zulässig sind, die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Eignungskriterium) angegeben wurden. Eine Verbesserung dieser Referenzprojekte in Bezug auf das Auswahlkriterium „Anzahl der durchgeführten Vergabeverfahren“ ist nicht zulässig (unbehebbarer Mangel).“

Frage 14

Frage: Zu Punkt 3.2. lit e) Eignungskriterien (Zertifizierungen)

Wir ersuchen um Prüfung, warum die ISO 27001 als gleichwertig zur Norm EN50600 betrachtet wird. Die Norm EN 50600 bezieht sich lediglich auf die Sicherheit der Serverinfrastruktur, wohingegen die ISO 27001 neben der Infrastruktur das gesamte Unternehmen, also insbesondere auch die Softwareentwicklung und den Support, auf höchstem Sicherheitsniveau umfasst. Aus unserer Sicht ist zwischen diesen beiden Zertifizierungen keine Gleichwertigkeit gegeben.

Anregung einer Berichtigung:

Wir regen daher an, dass die EN 50600 gestrichen wird und nur die ISO 27001 (bzw eine dazu gleichwertige Zertifizierung von einer staatlich anerkannten Zertifizierungsstelle) als Eignungskriterium gefordert wird.

Antwort: Die Festlegung lautet „*Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit muss der Bewerber eine Zertifizierung ISO 27001 oder EN 50600 oder gleichwertig nachweisen.*“ [...] Dem Bewerber steht es frei, zu wählen, ob diese beim Bewerber / Mitglied Bewerbergemeinschaft selbst vorliegt oder bei einem benannten Subunternehmer (Data Center Partner).“

Daraus ist keine Benachteiligung für Inhaber von ISO 27001 Zertifikaten erkennbar, noch eine Relativierung des Wertes eine ISO 27001 Zertifizierung noch eine suggerierte Gleichwertigkeit. Der Formulierung liegt eine generelle Überlegung über zweckmäßige Zertifizierungen zur öffentlichen Vertrauensbildung und den für den Zertifikatswerber daraus entstehenden Aufwand und Nutzen zugrunde. Der Vorschlag des Fragestellers wiederum würde eine Verengung dieser Forderung bedeuten und ist daher abzulehnen. .

Während ISO 27001 die Informationssicherheit auf Unternehmensebene regelt, stellt EN 50600 sicher, dass insbesondere die physische Sicherheit, die Infrastruktur sowie der Betrieb von Rechenzentren auf einem hohen Niveau sind, dies verbunden mit gleichwertigem oder höheren Aufwand.

Frage 15

Frage: 4.2. Auswahlkriterien

Gemäß auf Punkt 4.2. der Teilnahmeunterlagen, wonach auch im Zusammenhang mit den Auswahlkriterien die Vorlage von zwei Referenzprojekten mit einem Mindestgesamtauftragswert von EUR 300.000,-- erforderlich ist, erhält ein Bewerber nur dann Punkte, wenn die genannten Referenzprojekte mindestens 300 Vergabeverfahren, 100 Mandanten und 230 Nutzer umfassen. Auch hier liegt eine deutliche Verschärfung zu den vorangegangenen Teilnahmeunterlagen vom 28.03.2024 vor, der zufolge 240 Vergabeverfahren im Rahmen eines Referenzprojektes ausreichen.

Dies führt zu einer abermals erheblichen Einschränkung des Wettbewerbs, da es nur ein Unternehmen in Österreich geben dürfte, das in der Lage ist, Referenzen mit diesen Kennzahlen vorzulegen. Nach Ansicht der Rechtsprechung genügt es dabei, wenn nur ein Unternehmer diskriminiert wird (VwGH 6. 3. 2013, 2011/04/0115, 0130, 0139), (BVwG W187 2293375-2/26E 05.08.2024). Wesentlich in Hinblick auf die Gleichbehandlung der Bieter sowie die Aufrechterhaltung eines freien und fairen Wettbewerbs erscheint, dass die ausgeschriebene Leistung vollständig und neutral beschrieben wird und nicht bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen (zB VwGH 26. 4. 2007, 2005/04/0189, 0190; VwGH 1. 2. 2017, Ro 2016/04/0054; idS auch VwGH 17. 6. 2014, 2012/04/0032, 0034). Gegenständlich wird der Wettbewerb jedoch dergestalt eingeschränkt, dass der Mitbewerb begünstigt wird. Ein solches Vorgehen steht im Widerspruch zu den Grundsätzen des Vergaberechts, insbesondere dem Transparenzgebot, dem Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter und dem Wettbewerbsgrundsatz.

Anregung einer Berichtigung:

Wir regen daher insbesondere im Sinne der §§ 20 und 85 BVergG 2018 an, die Anforderungen an die Auswahlreferenzen entsprechend zu berichtigen, sodass ein fairer Wettbewerb gewährleistet ist.

Insbesondere regen wir an, dass die Anforderungen an die Anzahl der Vergabeverfahren, Mandanten und Nutzer pro Referenzprojekt in den Teilnahmeunterlagen dahingehend abgeändert werden, dass sie zum einen sachlich gerechtfertigt sind und zum anderen auch der Marktsituation gerecht werden.

Antwort: Es erfolgt keine Berichtigung. Es werden zwei Referenzprojekte, wie ausgeschrieben abgefragt und bewertet. Wenn mehr als 4 geeignete Bewerber einen Teilnahmeantrag abgegeben haben, treffen die aufgezeigten Bedenken nicht zu. Die hohen Anforderungen an die Auswahlreferenzen sind sachlich und stellen sicher, dass nur die leistungsfähigsten Anbieter den Zuschlag erhalten. Dies gewährleistet, dass der Auftraggeber mit Anbietern zusammenarbeitet, die nachweislich in der Lage sind, große Projekte erfolgreich zu bewältigen. Die Anforderungen dienen dazu, die Qualität der Dienstleistungen sicherzustellen und das Risiko zu minimieren. Die Anforderungen an die Auswahlreferenzen sollten beibehalten werden, um die Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Anbieter zu gewährleisten.

Frage 16

Frage: 5. Zuschlagskriterien

Punkt 5. der Teilnahmeunterlagen listet tabellarisch jene Kriterien auf, anhand derer der AG den Zuschlag zu erteilen hat, nämlich erstens die „Teststellung“ mit den beiden Subkriterien „Handhabbarkeit der Nutzer“ und „Technische Lösung Experten“, zweitens „Kriterienkatalog“, drittens „Service Level-Agreement“ und viertens „Angebotspreis“. Damit werden die fünf maßgebenden Zuschlagskriterien zwar namentlich genannt, jedoch in keinsten Weise konkretisiert bzw. spezifiziert: Ganz besonders betroffen ist das Zuschlagskriterium „Teststellung“, das mit 20% gewichtet wird, das Kriterium „Kriterienkatalog“, das mit 50% (!) gewichtet wird, und schließlich das Kriterium „Service-Level-Agreement“, das mit 10% gewichtet wird.

Es wird somit auch bei dem mit 50% (!) gewichteten „Kriterienkatalog“ völlig offengelassen, welche Kriterien darin konkret enthalten sind und wie diese Kriterien im Detail zur Anwendung kommen sollen. Überdies ist unklar, nach welchen Maßstäben diese Kriterien bewertet werden und behält sich der Auftraggeber die genaue Gewichtung sowie die entsprechenden Bewertungsvorgaben für die zweite Verfahrensstufe vor. Ein Bewerber kann damit unmöglich wissen, ob und in welchem Umfang Präzisierungen derselben erfolgen sollen und hat somit kein umfassendes Bild über die Anforderungen. Im Ergebnis hindert dies einen Bewerber/Bieter daran, fundierte Entscheidungen darüber zu treffen, ob die ausgeschrieben Leistungen seinem Leistungsportfolio entspricht und ob eine Teilnahme am

Vergabeverfahren unter diesen Bedingungen sinnvoll ist. Dies steht klar der stRsp entgegen, wonach der Bieter rechtzeitig und angemessen über die Kriterien und Modalitäten der Ermittlung des besten Angebots in Kenntnis zu setzen ist und eine hinreichende Spezifizierung der Zuschlagskriterien samt angedachter Gewichtung zwingend bereits in der ersten Verfahrensstufe zu erfolgen hat und der Auftraggeber in weiterer Folge auch daran gebunden ist.

Anregung einer Berichtigung:

Wir regen daher an, die Zuschlagskriterien in Form einer Berichtigung vergaberechtskonform festzulegen. Insbesondere regen wir an, den mit 50% gewichteten „Kriterienkatalog“ und die dazugehörigen Bewertungsmaßstäbe bereits in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens aus Gründen der Transparenz und Bietergleichbehandlung zu konkretisieren und bekannt zu geben.

Antwort: Eine Berichtigung erfolgt nicht. Interessenten / Bewerber haben ausreichende Informationen um einen Teilnahmeantrag zu stellen. Die Zuschlagskriterien sind bereits konkret und gewichtet genannt. Details können und sollen erst in der 2. Stufe den Bietern bekanntgegeben werden; dies vor allem im Interesse der gebotenen Vertraulichkeit von Informationen gemäß § 27 BVergG 2018 und dem Schutz der öffentlichen Sicherheit.