

TE Verg Bescheid 2012/9/10 N/0071-BVA/04/2012-32

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.09.2012

Norm

BVergG 2006 §83 Abs1

BVergG 2006 §83 Abs2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §320 Abs1

1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 04, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, sowie durch Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BundesvergabeGesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 10/2012 betreffend das Vergabeverfahren "REIS-Implementierung eines Rehabilitations-Informationssystems" des Auftraggebers, Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, vertreten durch X***, über Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 16.7.2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 04, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, sowie durch Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BundesvergabeGesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins,

Nr 10 aus 2012, betreffend das Vergabeverfahren "REIS-Implementierung eines Rehabilitations-Informationssystems" des Auftraggebers, Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, vertreten durch X***, über Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 16.7.2012, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Die Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 6.7.2012 und der gesondert anfechtbaren Entscheidung betreffend die Änderungen des Bewertungssystems werden zurückgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr gemäß § 319 BVergG idgF wird abgewiesen. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr gemäß Paragraph 319, BVergG idgF wird abgewiesen.

Begründung

Die europaweite Bekanntmachung der Ausschreibung des gegenständlichen Dienstleistungsauftrages der Dienstleistungskategorie 7 in Form eines beschleunigten Verhandlungsverfahrens nach dem Bestbieterprinzip im Oberschwellenbereich erfolgte am 6.10.2010 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2010/S 194- 296619. Danach beabsichtigte der Auftraggeber, die Pensionsversicherungsanstalt, im Rahmen des Projektes REIS die Einführung einer zentralen, einheitlichen EDV-Lösung für den medizinischen Krankenakt aller eigenen Einrichtungen der PVA auf zentraler Hardware und unter Einbindung bestehender Software-Lösungen für Patientenverwaltung, Terminplanung, Labor, etc. zu vergeben. Dies umfasste insbesondere die Lieferung der Softwarekomponenten sowie die Erbringung von Dienstleistungen (im Gesundheitswesen), wie Projektmanagement, Systemintegration, Customizing, Dokumentation, Implementierung und Roll Out, Wartung, Support, Schulungen, Coaching, Change Management.

In den Teilnahmeantragsunterlagen wurde zum Subunternehmer Nachfolgendes ausgeführt:

"1.3 Bewerber-/ Bieter-/ Arbeitsgemeinschaften

.....

Das (bei Bedarf zu kopierende) Formblatt B ist für jedes Mitglied der Bewerbergemeinschaft auszufüllen. Im Zusammenhang mit der Nachweisführung der Eignung von Bewerbergemeinschaften wird ausdrücklich auf die Punkte 2.2ff hingewiesen. Ein Wechsel von Mitgliedern einer Bewerbergemeinschaft ist während des gesamten Vergabeverfahrens nicht möglich.

1.4 Subunternehmer

Die Weitergabe hinsichtlich konkreter Teile der Leistungen an - gleichfalls im Teilnahmeantrag (Formblatt A) zu benennende - Subunternehmer ist grundsätzlich zulässig. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist in jedem Fall unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge, zu deren Erfüllung sich der Auftragnehmer eines Zulieferers bedient, sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen.

Als Subunternehmer dürfen nur solche Unternehmer herangezogen werden, welche die Berechtigung zur Erbringung der ihnen übertragenen Leistungen besitzen sowie zur vertragsgemäßen Leistungserbringung leistungsfähig und zuverlässig sind. Für die Überwachung, Leitung und Koordinierung der Subunternehmerleistungen trägt der Auftragnehmer die volle Verantwortung und Haftung.

Punkt 1.3, letzter Absatz, gilt sinngemäß.

.....

2.2 Allgemeines zu den Nachweisen

.....

Seitens des Bewerbers ist die Befugnis zur Ausführung aller anzubietenden Leistungen nach Maßgabe der folgenden Absätze nachzuweisen.

.....

Stützt sich der Bewerber zum Nachweis der Eignung auf die Kapazitäten von Subunternehmern muss der Nachweis erfolgen, dass der Bieter über deren Kapazitäten tatsächlich verfügt und er die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat. Außerdem ist die Eignung jedes einzelnen Subunternehmens unter Berücksichtigung von § 83 Abs 3 BVergG 2006 zu belegen. Insbesondere Punkt 2.4 letzter Absatz dieser Bedingungen ist zu beachten.

.....

Dies erfordert daher die präzise und detaillierte Angabe des Leistungsteiles (siehe Formblatt A), welcher vom jeweiligen Mitglied einer Bewerbergemeinschaft und/oder von den namhaft gemachten Subunternehmern übernommen werden soll sowie das Ausfüllen eines Unternehmensdatenblattes (Formblatt B) für jedes Mitglied einer Bewerbergemeinschaft bzw. jeden Subunternehmer.

.....

4.1 Formblatt A

Teilnahmeantrag

Bewerber, Bewerbergemeinschaft, Subunternehmer

Firmenwortlaut Art der Leistungsteil und %-

Sitz und Anschrift Beteiligung Anteil an

Gesamtleistung

Einzelbewerber O

Mitglied einer BG O

Subunternehmen O

Einzelbewerber O

Mitglied einer BG O

Subunternehmen O

Einzelbewerber O

Mitglied einer BG O

Subunternehmen O

.....

Bewerbererklärung:

Mit der rechtsgültigen Unterfertigung des Teilnahmeantrages
erkläre ich/wir ausdrücklich,

.....

- die Bestimmungen gemäß Punkt 1.4 hinsichtlich

Subunternehmerleistungen

berücksichtigt zu haben,

.....

Unterfertigung:

.....

Datum, rechtsgültige Fertigung des Bewerbers bzw. aller

Mitglieder der Bewerbergemeinschaft

....."

In der Beantwortung der Bewerberanfragen am 18.10.2010 wurde zum Subunternehmer Nachfolgendes ausgeführt:

1. "3)Ziffer 3

Punkt 1.4 - Gehen wir richtig davon aus, dass der letzte Satz im Punkt 1.3 so zu verstehen ist, dass Formblatt B auszufüllen ist und ein Wechsel von Subunternehmen nicht möglich ist? Anderenfalls, bitten wir um Erklärung, welche Teile des letzten Absatzes des 1.3 für Subs konkret Anwendung finden sollen.

Wenn ein Wechseln eines Sub grundsätzlich nicht erlaubt ist, ersuchen wir um Aufklärung, ob die durch die Konkretisierung des Leistungsgegenstandes in der nächsten Stufe des Verfahrens bedingte Hinzunahme von neuen Subs oder Wechseln von genannten Subs trotzdem möglich ist?

Antwort: Ihr Verständnis, dass der komplette letzte Absatz des Punktes 1.3 sinngemäß auch auf Subunternehmer anzuwenden ist, ist korrekt. Eine Hinzunahme oder ein Wechsel von Subunternehmern in der 2. Stufe dieses Verfahrens ist nicht vorgesehen."

Die A*** (in der Folge Antragsteller) legte neben der B*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) einen Teilnahmeantrag. In diesem gab der Antragsteller im Formblatt A als Subunternehmer die C*** und die D*** für die Unterstützungsleistungen bei Customizing und Schulungen an.

Nach Bekanntgabe der Bewerberauswahl am 23.12.2010 wurden dem Antragsteller und dem präsumtiven Zuschlagsempfänger, sowie weiteren Bewerbern die Ausschreibungsunterlagen mit der Aufforderung zur Legung eines Angebotes übermittelt.

In den Ausschreibungsunterlagen zur Legung eines Angebotes wurde unter Punkt 2.10 (Subunternehmer) auf die Ausführungen unter Punkt 2.9 verwiesen. Darin war Nachfolgendes ausgeführt:

"2.9 Arbeits- und Bietergemeinschaft

Arbeits- und Bietergemeinschaften

Im Falle der Angebotseinreichung durch eine Bietergemeinschaft ist das Angebot von allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft rechtsgültig zu fertigen und ist gleichzeitig die Erklärung abzugeben, dass die Leistung im Auftragsfalle als Arbeitsgemeinschaft solidarisch erbracht wird.

Als federführender Partner der Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft gilt jenes Mitglied, welches im Teilnahmeantrag in der ersten Stufe dieses Vergabeverfahrens als solcher bekannt gegeben wurde.

Ein Wechsel von Mitgliedern einer Bietergemeinschaft ist während des gesamten Vergabeverfahrens nicht möglich."

Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen musste der Bieter ein der Bewertung (Punkt 3.2.) unterliegendes Konzept ausarbeiten, für das in Punkt 6.3. (Konzeptanforderungen) Vorgaben festgelegt waren. Zu diesem zählte auch ein Release- Weiterentwicklungs- und Supportkonzept (6.3.5.) - Konzept C5. Die Anforderung an die Wartung und den Support, die in diesem Konzept umzusetzen waren, waren auch in Punkt 8. (Anforderung an Wartung und Support) festgelegt. Dazu wurde unter anderem Nachfolgendes ausgeführt:

".....

8.3. Umfang der Wartungsleistungen

.....

Bereitstellung einer an Werktagen während der Zeit von 07.00 bis 17.00 Uhr telefonisch erreichbaren kostenlosen deutschsprachigen Hotline, die innerhalb der Reaktionszeit die jeweiligen deutschsprachigen Spezialisten aktiviert, die dem Auftraggeber in Fragen der Inbetriebnahme sowie zwecks laufender Betreuung bei fachlichen oder sonstigen Anwendungsproblemen bezüglich der Softwareprodukte jedwede erforderliche Unterstützung angedeihen lassen.

8.4 Durchführung der Wartungsleistungen

Der Auftragnehmer übernimmt die Verpflichtung, beim Auftreten von Fehlern in den Softwareprodukten, wodurch diese nicht oder nur bedingt bestimmungsgemäß einsetzbar sind, Fehler gemäß nachfolgender Tabelle zu bearbeiten und zu beheben.

Kategorie	Reaktionszeit	Behebungszeit	Beispiel
-----------	---------------	---------------	----------

ab Meldung

1 - komplette

Funktionsunfähigkeit 30 Minuten 2 Stunden

2 - Ausfall bzw.

schwerwiegende

Beeinträchtigung

wesentlicher

Funktionen	1 Stunde	4 Stunden	Fieberkurve
------------	----------	-----------	-------------

Pflegedokumentation

3 - Ausfall bzw.

schwerwiegende

Beeinträchtigung

von

Standardfunktionen	1 Stunde	12 Stunden	Befundschreibung
--------------------	----------	------------	------------------

4 - Ausfall bzw.

schwerwiegende

Beeinträchtigung

von nachrangigen

Funktionen	1 Stunde	2 Tage	statistische
------------	----------	--------	--------------

Auswertungen

Reaktionszeit: Zeit, die zwischen Einlangen einer Störungsmeldung durch die meldende Person und dem darauf folgenden Bearbeitungsbeginn vergeht. Erfolgt die Störungsmeldung außerhalb der definierten Servicezeit, so beginnt die Reaktionszeit mit Beginn der nächsten Servicezeit.

Behebungszeit: Zeit, die zwischen Bearbeitungsbeginn einer Störungsmeldung und einer Umgehungslösung vergeht. Der sich daraus ergebende Zeitraum wird für die Leistungsmessung verwendet. (Der Bearbeitungsbeginn ist jener Zeitpunkt, der die Reaktionszeit beendet. Eingelangte Dokumente oder Informationen werden gesichtet; die Problemstellung wird analysiert, klassifiziert und in Bearbeitung genommen.)

Servicezeit: an Arbeitstagen (exkl. Samstag) von 7:00 bis 17:00 Uhr

.....

8.5 Kontaktierung / Anfrage beim Support

Folgende "Kanäle" des Supports bzw. der Wartung müssen durch das Release- Weiterentwicklungs- und Supportkonzept umgesetzt werden.

8.5.1 Hotline für Störungsmeldungen

Zur Einmeldung von Problemen muss an Arbeitstagen von 07:00 bis 17:00 Uhr ein deutschsprachiger Ansprechpartner (via Telefon und Web / E-Mail) kontaktiert werden können. Eine Reaktion innerhalb der definierten Reaktionszeiten je Kategorisierung hat zu erfolgen.

8.5.2 Hotline für 2nd und 3rd Level Support

Zur Beantwortung systemischer und technischer Fragen (von z.B. Systembetreuern) muss an Arbeitstagen von 07:00 bis 17:00 Uhr ein deutschsprachiger Ansprechpartner (via Telefon und Web / E-Mail) kontaktiert werden können. Der 1st Level Support wird durch den PVA-Systembetreuer selbst wahrgenommen. Der Support im 2nd und 3rd Level hat durch den Auftragnehmer zu erfolgen. Der Auftraggeber behält sich vor, in bestimmten Fällen selbst den 2nd Level Support durchzuführen.

8.5.3 Vor-Ort Support

Sofern weder der 1st noch 2nd und 3rd Level Support Erfolg im Supportfalle hatte, muss die Möglichkeit zur Vor-Ort-Servicierung des Problems an der nötigen Stelle (im Rechenzentrum in Wien) im Rahmen der definierten Reaktionszeiten bestehen.

8.5.4 Fernwartung

Um Reisezeiten des Auftragnehmers zu minimieren und optimale Reaktions- und Behebungszeiten für den Auftraggeber zu garantieren, ist seitens des Auftragnehmers die Möglichkeit zur Fernwartung vorzusehen. Die Anforderungen an den Auftraggeber zur Ermöglichung der Fernwartung sind zu detaillieren.

Besonderheiten der regelmäßigen Wartung

- Die Intervalle und das Vorgehen bei periodischen Updates des Gesamtsystems sind im Release- Weiterentwicklungs- und Supportkonzept anzuführen.

....."

In den Fragebeantwortungen zu den Ausschreibungsbestimmungen zur Legung eines 1. Angebotes wurde vom Auftraggeber zu Punkt

2.10 (Subunternehmer) Nachfolgendes ausgeführt:

"Frage: Seite 16, Punkt 2.10: Stimmt es, dass für Subunternehmer der Punkt 2.9. zwar insofern sinngemäß gilt, dass ein Wechsel von Subs während des Vergabeverfahrens nicht zulässig ist. Verstehen wird den Verweis aber weiters dahingehend richtig, dass es natürlich einen Unterschied in der Rechtsposition eines Subs zu einem Mitglied der Bietergemeinschaft dahingehend geben muss, als der Sub das Angebot des Bieters nicht rechtsgültig zu fertigen hat und auch der Sub nicht die Erklärung abgeben muss, dass die Leistung im Auftragsfall solidarisch als Arbeitsgemeinschaft erbracht wird.

Antwort: Ihre Interpretation dieses Punktes ist korrekt."

Im vom Antragsteller für das 1. Angebot erstellten Konzept wurde unter Punkt C5 (Release-, Weiterentwicklungs- und Supportkonzept) Nachfolgendes ausgeführt:

"

.....

3 apenio

3.1 Generelle Releasekonzeption

.....

Fehlerbehebungen außerhalb des Fehlermanagements haben immer eine hohe Priorität innerhalb der Sprint- und Releaseplanung.

3.1.1 Releasplanung

.....

Fehlerbehebung können hingegen auch zwischen den geplanten Releases eingespielt werden, also immer nach vier Wochen, wenn der Sprint abgeschlossen und die Entwicklung und Fehlerbehebung getestet wurde.

3.1.1.1 Releases

.....

3.2 Fehlermanagement

Da die Firma E*** nur als Lieferant auftritt, wird nur ein Third-Level-Support gegenüber A*** erbracht. Der Third-Level-Support beinhaltet folgende Aufgaben:

- -Strichaufzählung
Bereitstellung von Standard-Analyse- und Reparaturtools für den First- und Second-Level Support
- -Strichaufzählung
Bereinigung von Datenbank- bzw. Datenfehlern und -problemen, sofern nicht über Standard-Tools automatisierbar
- -Strichaufzählung
In Einzelfällen (komplexe, spezielle Fälle) Unterstützung des Second-Level-Support
- -Strichaufzählung
Fehlerbehebung in der Software
- -Strichaufzählung
Änderungs- und Entwicklungsmaßnahmen zur Produktstabilität
- -Strichaufzählung
Qualitätssicherung der geänderten bzw. entwickelten Software
- -Strichaufzählung
Aktualisierung der Dokumentation
- -Strichaufzählung
Übergabe von Upgrades und Updates

E*** erhält einen geeigneten und beschränkten Zugang an das Hotlinesystem der A***. Die Verantwortung für die Einrichtung und Aufrechterhaltung dieses Zugangs trägt A***. Das Hotlinesystem gibt die zu bearbeitende Fälle an E*** weiter. E*** wird über Fehlereingänge per Email an support.apenio@E***.de informiert und bearbeitet diese im Rahmen der unter § 3.2 vereinbarten Reaktionszeit. E*** erhält einen geeigneten und beschränkten Zugang an das Hotlinesystem der A***. Die Verantwortung für die Einrichtung und Aufrechterhaltung dieses Zugangs trägt A***. Das Hotlinesystem gibt die zu bearbeitende Fälle an E*** weiter. E*** wird über Fehlereingänge per Email an support.apenio@E***.de informiert und bearbeitet diese im Rahmen der unter Paragraph 3 Punkt 2, vereinbarten Reaktionszeit.

Rückmeldungen von E*** erfolgen per Email an E***@A***.at

3.2.1 Support-Zeiten

E*** stellt werktags montags bis freitags in der Zeit von 08:00 bis 17:00 Uhr die Erreichbarkeit des Supports sicher. Hiervon ausgenommen sind lediglich die bundeseinheitlichen gesetzlichen Feiertage.

3.2.2 Mängelklassen und Reaktionszeiten

Nach Eingang einer Fehlermeldung erfolgt eine dem Schweregrad der Störung angemessene Reaktion, die in der Regel mit der Analyse der Störung beginnt. Der Schweregrad richtet sich nach dem Grad der Minderung der wirtschaftlichen Nutzbarkeit des Systems. Die Fehlerpriorisierung und die Reaktionszeit erfolgt nach folgender Maßgabe:

Mängelklasse 1:

Erheblicher Mangel, der eine wirtschaftliche sinnvolle Nutzung nicht ermöglicht bzw. zum Systemstillstand führt. Die

zweckmäßige Nutzung ist durch solche Mängel nicht möglich oder unzumutbar eingeschränkt. Mit der Mängelbeseitigung wird innerhalb der Support-Zeiten gemäß § 3.1 sofort, spätestens jedoch 1 Stunde nach Eingang der Meldung, begonnen. Kann der Mangel nicht sofort beseitigt werden, wird dem Endkunden - soweit ihm ein Zuwarten nicht zugemutet werden kann - zunächst eine behelfsmäßige Lösung (z.B. temporäre Mängelkorrekturen oder Mängelumgehungen) zur Verfügung gestellt. Erheblicher Mangel, der eine wirtschaftliche sinnvolle Nutzung nicht ermöglicht bzw. zum Systemstillstand führt. Die zweckmäßige Nutzung ist durch solche Mängel nicht möglich oder unzumutbar eingeschränkt. Mit der Mängelbeseitigung wird innerhalb der Support-Zeiten gemäß Paragraph 3 Punkt eins, sofort, spätestens jedoch 1 Stunde nach Eingang der Meldung, begonnen. Kann der Mangel nicht sofort beseitigt werden, wird dem Endkunden - soweit ihm ein Zuwarten nicht zugemutet werden kann - zunächst eine behelfsmäßige Lösung (z.B. temporäre Mängelkorrekturen oder Mängelumgehungen) zur Verfügung gestellt.

Mängelklasse 2:

Mittelschwerer Mangel, der die Nutzung nicht unmöglich macht oder sich umgehen lässt. Mit der Mängelbeseitigung wird innerhalb der Support-Zeiten gemäß § 3.1 so schnell wie möglich begonnen, spätestens jedoch innerhalb von 4 Stunden. Kann der Mangel nicht sofort beseitigt werden, wird dem Endkunden - soweit ihm ein Zuwarten nicht zugemutet werden kann - zunächst eine behelfsmäßige Lösung zur Verfügung gestellt. Mittelschwerer Mangel, der die Nutzung nicht unmöglich macht oder sich umgehen lässt. Mit der Mängelbeseitigung wird innerhalb der Support-Zeiten gemäß Paragraph 3 Punkt eins, so schnell wie möglich begonnen, spätestens jedoch innerhalb von 4 Stunden. Kann der Mangel nicht sofort beseitigt werden, wird dem Endkunden - soweit ihm ein Zuwarten nicht zugemutet werden kann - zunächst eine behelfsmäßige Lösung zur Verfügung gestellt.

Mängelklasse 3:

Leichter Mangel, der die zweckmäßige Nutzung nicht oder nur unwesentlich einschränkt. Die Mängelbeseitigung wird in angemessener Zeit bzw. bei Bedarf im Rahmen der Releasepflege oder in Form von Servicepacks/Hotfixes durchgeführt.

3.3 Anforderungsprozeß

Da die E*** nur als Lieferant auftritt, werden Kundenanforderungen über A*** an das Fachteam von E*** übermittelt. Das Fachteam analysiert die Anforderungen aus fachlicher Sicht und lässt die technische Umsetzbarkeit vom Entwicklungsteam prüfen. Handelt es sich um Anforderungen, die fachlich und technisch umsetzbar sind, wird eine Aufwandsschätzung vorgenommen und ein Angebot für A*** erstellt.

Die E*** organisiert ihren Software-Entwicklungsprozess mit agilen Methoden und setzt Scrum als anerkanntes und weit verbreitetes Vorgehensmodell ein. Der Prozess wird von einem erfahrenen und zertifizierten Scrum-Master überwacht und weiterentwickelt.

Nach Angebotsannahme durch A*** werden die neuen Kunden-Anforderungen in das Product Backlog (Liste aller noch umzusetzenden Anforderungen und Produkt-Features) eingestellt.

.....

3.4 Support- und Helpdeskservices

Ansprechpartner für alle REIS Komponenten ist A***, siehe daher Kapitel 2.4.

....."

Im vom Antragsteller unterzeichneten Protokoll über die

Verhandlung mit dem Auftraggeber am 20.7.2011 ist

Nachfolgendes ausgeführt:

".....

12 DER BIETER WIRD ERSUCHT, ROLLE DER FA. E*** ZU ERLÄUTERN:

DURCH WEN ERFOLGT BEIM PFLEGEMODUL UND WARTUNG UND SUPPORT,

WER NIMMT DAS CUSTOMIZING ETC. VOR - FA. A*** ODER FA. E***?

ANTWORT:

Dem Bieter ist das Problem hinsichtlich einer allfälligen Subunternehmerschaft der FA. E*** bewusst. In diesem Zusammenhang wird zugesichert, dass die FA. E*** in diesem Projekt als reiner Zulieferer auftreten würde, erforderliche Dienstleistungen wie zB Zusatzprogrammierungen und Wartung würden durch die FA. A*** selbst erbracht werden. Der Bieter wird eine entsprechende Bestätigung bis zum 3.8.2011 10:00h nachreichen.

....."

Im dem Auftraggeber übermittelten Schreiben der E*** Software GmbH vom 25.7.2011 wurde Nachfolgendes ausgeführt:

".....

in Bezug auf den Punkt 12 ihres Verhandlungsprotokolls mit der PVA vom 20.07.2011 bestätigen wir Ihnen unserer Rolle im oben genannten Projekt.

Die E*** tritt im Falle einer Zuschlagserteilung der PVA an die Fa. A*** für das Projekt REIS als Zulieferer auf. Das Produkt apenio(r) ist von Grund auf als PlugIn für Krankenhausinformationssysteme (KIS) konzipiert und verfügt über eine Vielzahl von Schnittstellen, Einsprungpunkten, Web-Service API's, Call-back-Mechanismen und Anpassungsmöglichkeiten durch Parametrisierung.

Wir bestätigen, dass die Fa. A*** die von ihr, im Projekt REIS, für das Produkt apenio(r) ausgewiesenen Zusatzprogrammierungen und Wartungen als Dienstleister mit Hilfe der oben beschriebenen Möglichkeiten erbringen kann und über die dafür notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt.

....."

Am 18.8.2011 erging die Aufforderung zur Legung eines Letztangebotes mit einigen punktuellen Modifizierungen bis zum 31.8.2011. Nach Fragebeantwortungen und Klarstellungen legten der Antragsteller (Euro 9.697.632,00), der präsumtive Zuschlagsempfänger (Euro 9.235.845,00) sowie ein weiterer Bieter ein Letztangebot.

Im Letztangebot führte der Antragsteller im "Release-, Weiterentwicklungs- und Supportkonzept" (C5) Nachfolgendes aus:

".....

3 apenio

3.1 Generelle Releasekonzeption

.....

Fehlerbehebungen außerhalb des Fehlermanagements haben immer eine hohe Priorität innerhalb der Sprint- und Releaseplanung.

3.1.1 Releasplanung

.....

Fehlerbehebung können hingegen auch zwischen den geplanten Releases eingespielt werden, also immer nach vier Wochen, wenn der Sprint abgeschlossen und die Entwicklung und Fehlerbehebung getestet wurde.

3.1.1.1 Releases

.....

3.2 Fehlermanagement

Da die Firma E*** nur als Lieferant auftritt, wird nur ein Third-Level- Support gegenüber A*** erbracht. Der Third-Level-Support beinhaltet folgende Aufgaben:

- -Strichaufzählung
Bereitstellung von Standard-Analyse- und Reparaturtools für den First- und Second- Level Support
- -Strichaufzählung
Bereinigung von Datenbank- bzw. Datenfehlern und - problemen, sofern nicht über Standard-Tools automatisierbar
- -Strichaufzählung
In Einzelfällen (komplexe, spezielle Fälle) Unterstützung des Second-Level-Support
- -Strichaufzählung
Fehlerbehebung in der Software
- -Strichaufzählung
Änderungs- und Entwicklungsmaßnahmen zur Produktstabilität
- -Strichaufzählung
Qualitätssicherung der geänderten bzw. entwickelten Software
- -Strichaufzählung
Aktualisierung der Dokumentation
- -Strichaufzählung
Übergabe von Upgrades und Updates

E*** erhält einen geeigneten und beschränkten Zugang an das Hotlinesystem der A***. Die Verantwortung für die Einrichtung und Aufrechterhaltung dieses Zugangs trägt A***. Das Hotlinesystem gibt die zu bearbeitende Fälle an E*** weiter. E*** wird über Fehlereingänge per Email an support.apenio@E***.de informiert und bearbeitet diese im Rahmen der unter § 3.2 vereinbarten Reaktionszeiten. Rückmeldungen von E*** erfolgen per Email an E***@A***.at E*** erhält einen geeigneten und beschränkten Zugang an das Hotlinesystem der A***. Die Verantwortung für die Einrichtung und Aufrechterhaltung dieses Zugangs trägt A***. Das Hotlinesystem gibt die zu bearbeitende Fälle an E*** weiter. E*** wird über Fehlereingänge per Email an support.apenio@E***.de informiert und bearbeitet diese im Rahmen der unter Paragraph 3 Punkt 2, vereinbarten Reaktionszeiten. Rückmeldungen von E*** erfolgen per Email an E***@A***.at

3.2.1 Support-Zeiten

E*** stellt werktags montags bis freitags in der Zeit von 08:00 bis 17:00 Uhr die Erreichbarkeit des Supports sicher. Hiervon ausgenommen sind lediglich die bundeseinheitlichen gesetzlichen Feiertage.

3.2.2 Mängelklassen und Reaktionszeiten

Nach Eingang einer Fehlermeldung erfolgt eine dem Schweregrad der Störung angemessene Reaktion, die in der Regel mit der Analyse der Störung beginnt. Der Schweregrad richtet sich nach dem Grad der Minderung der wirtschaftlichen Nutzbarkeit des Systems. Die Fehlerpriorisierung und die Reaktionszeit erfolgt nach folgender Maßgabe:

Mängelklasse 1:

Erheblicher Mangel, der eine wirtschaftliche sinnvolle Nutzung nicht ermöglicht bzw. zum Systemstillstand führt. Die zweckmäßige Nutzung ist durch solche Mängel nicht möglich oder unzumutbar eingeschränkt. Mit der

Mängelbeseitigung wird innerhalb der Support-Zeiten gemäß § 3.1 sofort, spätestens jedoch 1 Stunde nach Eingang der Meldung, begonnen. Kann der Mangel nicht sofort beseitigt werden, wird dem Endkunden - soweit ihm ein Zuwarten nicht zugemutet werden kann - zunächst eine behelfsmäßige Lösung (z.B. temporäre Mängelkorrekturen oder Mängelumgehungen) zur Verfügung gestellt. Erheblicher Mangel, der eine wirtschaftliche sinnvolle Nutzung nicht ermöglicht bzw. zum Systemstillstand führt. Die zweckmäßige Nutzung ist durch solche Mängel nicht möglich oder unzumutbar eingeschränkt. Mit der Mängelbeseitigung wird innerhalb der Support-Zeiten gemäß Paragraph 3 Punkt eins, sofort, spätestens jedoch 1 Stunde nach Eingang der Meldung, begonnen. Kann der Mangel nicht sofort beseitigt werden, wird dem Endkunden - soweit ihm ein Zuwarten nicht zugemutet werden kann - zunächst eine behelfsmäßige Lösung (z.B. temporäre Mängelkorrekturen oder Mängelumgehungen) zur Verfügung gestellt.

Mängelklasse 2:

Mittelschwerer Mangel, der die Nutzung nicht unmöglich macht oder sich umgehen lässt. Mit der Mängelbeseitigung wird innerhalb der Support-Zeiten gemäß § 3.1 so schnell wie möglich begonnen, spätestens jedoch innerhalb von 4 Stunden. Kann der Mangel nicht sofort beseitigt werden, wird dem Endkunden - soweit ihm ein Zuwarten nicht zugemutet werden kann - zunächst eine behelfsmäßige Lösung zur Verfügung gestellt. Mittelschwerer Mangel, der die Nutzung nicht unmöglich macht oder sich umgehen lässt. Mit der Mängelbeseitigung wird innerhalb der Support-Zeiten gemäß Paragraph 3 Punkt eins, so schnell wie möglich begonnen, spätestens jedoch innerhalb von 4 Stunden. Kann der Mangel nicht sofort beseitigt werden, wird dem Endkunden - soweit ihm ein Zuwarten nicht zugemutet werden kann - zunächst eine behelfsmäßige Lösung zur Verfügung gestellt.

Mängelklasse 3:

Leichter Mangel, der die zweckmäßige Nutzung nicht oder nur unwesentlich einschränkt. Die Mängelbeseitigung wird in angemessener Zeit bzw. bei Bedarf im Rahmen der Releasepflege oder in Form von Servicepacks/Hotfixes durchgeführt.

3.3 Anforderungsprozeß

Da die E*** nur als Lieferant auftritt, werden Kundenanforderungen über A*** an das Fachteam von E*** übermittelt. Das Fachteam analysiert die Anforderungen aus fachlicher Sicht und lässt die technische Umsetzbarkeit vom Entwicklungsteam prüfen. Handelt es sich um Anforderungen, die fachlich und technisch umsetzbar sind, wird eine Aufwandsschätzung vorgenommen und ein Angebot für A*** erstellt.

Die E*** organisiert ihren Software-Entwicklungsprozess mit agilen Methoden und setzt Scrum als anerkanntes und weit verbreitetes Vorgehensmodell ein. Der Prozess wird von einem erfahrenen und zertifizierten Scrum-Master überwacht und weiterentwickelt.

Nach Angebotsannahme durch A*** werden die neuen Kunden-Anforderungen in das Product Backlog (Liste aller noch umzusetzenden Anforderungen und Produkt-Features) eingestellt.

.....

3.4 Support- und Helpdeskservices

Ansprechpartner für alle REIS Komponenten ist A***, siehe daher Kapitel 2.4.

....."

Nach der Prüfung und Bewertung der Angebote und Rücknahme der

1. Zuschlagsentscheidung erging am 6.7.2012 eine neue

Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des präsumtiven

Zuschlagsempfängers mit 8.048 Punkten. Der Antragsteller

erhielt für sein Angebot 7.604 Punkte.

Mit Schriftsatz vom 16.07.2012 stellte die A*** einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, in eventu einen Antrag auf Nichtigerklärung der gesondert anfechtbaren Entscheidung betreffend die Änderung des Bewertungssystems. In Verbindung damit wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht,

dem mit Bescheid vom 23.7.2012 stattgegeben wurde. Ebenso wurde der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG idgF beantragt. Begründend brachte der Antragsteller vor, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen entspreche und daher auszuschneiden sei. Der Antragsteller erachte sich im Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, unter anderem gemäß § 19 Abs. 1 BVergG verletzt. Dabei sei der Antragsteller insbesondere im Recht auf Zuschlagserteilung in einem rechtskonformen Vergabeverfahren verletzt. Mit Schriftsatz vom 16.07.2012 stellte die A*** einen Antrag auf Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung, in eventu einen Antrag auf Nichtigserklärung der gesondert anfechtbaren Entscheidung betreffend die Änderung des Bewertungssystems. In Verbindung damit wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht, dem mit Bescheid vom 23.7.2012 stattgegeben wurde. Ebenso wurde der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG idgF beantragt. Begründend brachte der Antragsteller vor, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen entspreche und daher auszuschneiden sei. Der Antragsteller erachte sich im Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, unter anderem gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verletzt. Dabei sei der Antragsteller insbesondere im Recht auf Zuschlagserteilung in einem rechtskonformen Vergabeverfahren verletzt.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe unzulässiger Weise einen Subunternehmerwechsel vorgenommen. Außerdem sei davon auszugehen, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger für wesentliche Teile der angebotenen Lösung über keine produktive Software, die bereits bei einem Kunden in praktischer Verwendung stehe, verfüge. Das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Produkt sei lediglich ein Prototyp, der bisher im deutschsprachigen Raum operativ noch nie zur Anwendung gelangt sei bzw. kommerziell verkauft werden habe können. Die in der bestandsfesten Aufforderung zur Angebotslegung festgesetzte Frist für die Erfüllung des Standards (Ende der Angebotsfrist) werde vom präsumtiven Zuschlagsempfänger nicht eingehalten.

Auch der Gesamtpreis des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers weise eine nicht plausible Zusammensetzung in seinem letzten Angebot auf, da die Wartungskosten pro Monat € xxx betragen würden. Diese würden um rund 60% niedriger liegen als jene des Antragstellers.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger bediene sich eines ausländischen Subunternehmers, dessen Kernmarkt sich bisher nicht auf Österreich erstreckt habe und der keinerlei Erfahrung mit deutschsprachigen Projekten aufweise. Dieser ausländische Subunternehmer stelle ein oder mehrere Personen des Schlüsselpersonals, welche entgegen den Festlegungen in der Ausschreibung der deutschen Sprache nicht mächtig seien. Jedenfalls aber stelle dieser ausländische Subunternehmer ausführende, die deutsche Sprache nicht bzw. nicht, wie in der Ausschreibung gefordert, fließend beherrschende Personen (Programmierer) zur Anpassung der Anwendungssoftware bei. Zudem seien die einzelnen Schlüsselpersonen bzw. das ausführende Personal nicht ausreichend qualifiziert. Der ausländische Subunternehmer stelle zumindest einen Teil der nach den Bedürfnissen des Auftraggebers zu adaptierenden Software. Das Schlüsselpersonal des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei nicht ausreichend qualifiziert, um die notwendigen Programmierarbeiten selbstständig durchzuführen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger beziehe seine Anwendungssoftware von einem ausländischen Subunternehmer, der bisher noch nicht am deutschsprachigen Markt aufgetreten sei. Dessen angebotene Anwendungssoftware erfülle nicht die in Punkt 7.1.2 der Aufforderung zur Angebotslegung geforderten Anforderungen an die deutsche Sprache und zwar schon zum Zeitpunkt des Erstangebotes, welches ausschreibungskonform sein müsse.

Die Bewertungskommission habe sowohl bei ihrer zweiten Sitzung am 02.07.2012 als auch bei der ersten Sitzung am 21.02.2012 dieselben Mitglieder aufgewiesen. Laut Protokoll über die Systemdemonstration vom 27.06.2011 seien jedoch nur Herr F*** und Herr G*** bei der Systemdemonstration anwesend gewesen. Die restlichen Mitglieder der Bewertungskommission hätten an der Systemdemonstration nicht teilgenommen. Dasselbe gelte für den Referenzbesuch, an dem ebenfalls nicht alle Mitglieder der Bewertungskommission teilgenommen hätten. Da nur zwei von fünf Mitgliedern der Bewertungskommission bei der Systemdemonstration und beim Referenzbesuch anwesend gewesen seien, sei die gemäß Punkt 3.5 der Aufforderung zur Angebotslegung erforderliche Mehrheit der Kommissionsmitglieder nicht anwesend gewesen. Es hätten also einzelne Kommissionsmitglieder die Systemdemonstration und die Referenzbesuche bewertet, obwohl sie nicht daran teilgenommen hätten. Eine entscheidungsbefugte Person könne nach allgemeinem Verständnis nur eine Entscheidung treffen, wenn sie bei der

Entscheidungsfindung und allen entscheidungsrelevanten Erhebungen auch persönlich anwesend gewesen sei. Die Angebotsbewertung durch die Kommission sei daher mangels Anwesenheit aller Kommissionsmitglieder bei den zu bewertenden Ereignissen nichtig.

Für den Antragsteller sei auch nicht ersichtlich, wie die Angebotsbewertung tatsächlich vorgenommen worden sei, da aufgrund offensichtlicher Widersprüche in der Zuschlagsentscheidung vom 06.07.2012 einerseits und im Protokoll der Sitzung der Bewertungskommission vom 02.07.2012 andererseits, nicht nachvollziehbar sei, nach welchem Bewertungssystem die Angebotsbewertung erfolgt sei. Die Zuschlagsentscheidung sei daher auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären. Das geänderte Bewertungssystem sei unzulässig. Der Antragsteller fechte eventualiter neben der Zuschlagsentscheidung auch diese gesondert anfechtbare Entscheidung mit diesem Nachprüfungsantrag an.

Bei der Angebotsbewertung falle auf, dass die Angebote sowohl des Antragstellers als auch des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit exakt derselben Punktzahl bewertet worden seien wie bei der inzwischen zurückgenommenen Zuschlagsentscheidung vom 27.04.2012. Der Antragsteller gehe davon aus, dass mit der zweiten Angebotsbewertung lediglich die verbale Begründung an die bei der ersten Angebotsbewertung vergebenen Punkte angepasst worden sei. Fachlich begründet sei die Angebotsbewertung jedoch nicht.

Der Auftraggeber habe willkürlich das Angebot des Antragstellers schlechter gestellt, als dies bei einer ordnungsgemäßen Bewertung der Fall gewesen wäre. Diese offensichtlich taktische Herabsetzung des Angebotes des Antragstellers stelle einen gravierenden Vergaberechtsverstoß dar. Der Auftraggeber habe pauschal für nahezu jeden einzelnen Bewertungspunkt des Angebotes des Antragstellers die verbale Begründung herabgesetzt. Der Auftraggeber bzw. die Bewertungskommission habe sich nicht mit jedem einzelnen Bewertungspunkt auseinander. Der Auftraggeber habe die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Bestbieterermittlung und somit auch die Grundsätze des Vergabeverfahrens verletzt. Es werde die Bestellung eines Sachverständigen aus dem Bereich der Softwaretechnik/Programmierung zur Prüfung und Feststellung der unrichtigen Angebotsbewertungen aus fachtechnischer Sicht beantragt.

Aus der Bewertungstabellen ergebe sich, dass die verbale Begründung nicht die von der Rechtsprechung geforderte Begründungstiefe erreiche und in sich teilweise

widersprüchlich sei. Die vorgenommene Angebotsbewertung sei nicht transparent und daher auch nicht nachvollziehbar. Obwohl sowohl der Antragsteller als auch der präsumtive Zuschlagsempfänger in etwa die selbe Marktstellung am relevanten Markt inne hätten, habe der Antragsteller bei diesem Bewertungskriterium lediglich 49% der möglichen Bewertungspunkte erhalten, während der präsumtive Zuschlagsempfänger 92% der möglichen Bewertungspunkte erreicht habe. Als weitere unrichtige Bewertungen seines Konzeptes zeigte der Antragsteller folgende Punkte auf:

"Projektorganisation und Kommunikation" mit den Unterpunkten "Vollständigkeit" (4.6.1.1.), "Inhaltliche Qualität der Ausarbeitung" (4.6.1.2.) und "Praktische Umsetzbarkeit unter den definierten Zielen und Rahmenbedingungen der Umsetzung von REIS in der PVA" (4.6.1.3.) beim Konzept "Applikations- und Kommunikationsarchitektur"(4.6.2.), mit dem Unterpunkt "Praktische Umsetzbarkeit unter den definierten Zielen und Rahmenbedingungen der Umsetzung von REIS in der PVA"(4.6.2.1.); beim Konzept "Akzeptanz-Management" (4.6.3.) die Unterpunkte "Vollständigkeit" (4.6.3.1.), Unterpunkt "Inhaltliche Qualität der Ausarbeitung"(4.6.3.2.), und "Praktische Umsetzbarkeit unter den definierten Zielen und Rahmenbedingungen der Umsetzung von REIS in der PVA" (4.6.3.3.), beim Konzept "Release-, Weiterentwicklungs- und Supportkonzept" (4.6.4.) die Unterpunkte "Vollständigkeit" (4.6.4.1.), "Inhaltliche Qualität der Ausarbeitung" und "Praktische Umsetzbarkeit unter den definierten Zielen und Rahmenbedingungen der Umsetzung von REIS in der PVA" (4.6.4.2.) sowie beim Konzept "Testkonzept" (4.6.5.) den Unterpunkt "Inhaltliche Qualität der Ausarbeitung" (4.6.5.1.). Zum Interesse und zum drohenden Schaden führte der Antragsteller aus, er sei Hersteller klinischer Informationssysteme, zu dessen Geschäftstätigkeit unter anderem auch das Anbieten der hier ausgeschriebenen Leistungen gehöre. Der Antragsteller habe ein Interesse am Zuschlag und an der Ausführung der ausgeschriebenen Leistung. Durch den Verlust einer Chance auf Zuschlag drohe dem Antragsteller ein großer finanzieller und sonstiger Schaden. Dieser bestehe in der Höhe des entgangenen Gewinns, der bisher angelaufenen frustrierten Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen und die bisherige Teilnahme am zweistufigen Verhandlungsverfahren. Weiters drohe ihm der Verlust eines Referenzprojektes, da die ausgeschriebene Leistung ein strategisch wichtiges Referenzprojekt darstelle. Er erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines

rechtskonformen Vergabeverfahrens, unter anderem gemäß § 19 Abs. 1 BVergG idGF, insbesondere im Recht auf Zuschlagserteilung in einem rechtskonformen Vergabeverfahren verletzt."Projektorganisation und Kommunikation" mit den Unterpunkten "Vollständigkeit" (4.6.1.1.), "Inhaltliche Qualität der Ausarbeitung" (4.6.1.2.) und "Praktische Umsetzbarkeit unter den definierten Zielen und Rahmenbedingungen der Umsetzung von REIS in der PVA" (4.6.1.3.) beim Konzept "Applikations- und Kommunikationsarchitektur"(4.6.2.), mit dem Unterpunkt "Praktische Umsetzbarkeit unter den definierten Zielen und Rahmenbedingungen der Umsetzung von REIS in der PVA"(4.6.2.1.); beim Konzept "Akzeptanz-Management" (4.6.3.) die Unterpunkte "Vollständigkeit" (4.6.3.1.), Unterpunkt "Inhaltliche Qualität der Ausarbeitung"(4.6.3.2.), und "Praktische Umsetzbarkeit unter den definierten Zielen und Rahmenbedingungen der Umsetzung von REIS in der PVA" (4.6.3.3.), beim Konzept "Release-, Weiterentwicklungs- und Supportkonzept" (4.6.4.) die Unterpunkte "Vollständigkeit" (4.6.4.1.), "Inhaltliche Qualität der Ausarbeitung" und "Praktische Umsetzbarkeit unter den definierten Zielen und Rahmenbedingungen der Umsetzung von REIS in der PVA" (4.6.4.2.) sowie beim Konzept "Testkonzept" (4.6.5.) den Unterpunkt "Inhaltliche Qualität der Ausarbeitung" (4.6.5.1.). Zum Interesse und zum drohenden Schaden führte der Antragsteller aus, er sei Hersteller klinischer Informationssysteme, zu dessen Geschäftstätigkeit unter anderem auch das Anbieten der hier ausgeschriebenen Leistungen gehöre. Der Antragsteller habe ein Interesse am Zuschlag und an der Ausführung der ausgeschriebenen Leistung. Durch den Verlust einer Chance auf Zuschlag drohe dem Antragsteller ein großer finanzieller und sonstiger Schaden. Dieser bestehe in der Höhe des entgangenen Gewinns, der bisher angelaufenen frustrierten Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen und die bisherige Teilnahme am zweistufigen Verhandlungsverfahren. Weiters drohe ihm der Verlust eines Referenzprojektes, da die ausgeschriebene Leistung ein strategisch wichtiges Referenzprojekt darstelle. Er erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, unter anderem gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG idGF, insbesondere im Recht auf Zuschlagserteilung in einem rechtskonformen Vergabeverfahren verletzt.

Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 18.07.2012 zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und führte im Schriftsatz vom 26.7.2012 aus, dass es dem Antragsteller an der Antragslegitimation fehle, da sein Angebot auszuscheiden gewesen wäre.

Der Antragsteller habe unzulässiger Weise im Konzept C.5 die E*** als Subunternehmer herangezogen, obwohl diese nicht als Subunternehmer im Teilnahmeantrag namhaft gemacht worden sei. Die E*** könnte nicht als Lieferant qualifiziert werden, zumal ihre die Geringfügigkeitsgrenze überschreitende Leistung eindeutig über das bloße Zuliefern von Waren hinausgehe und damit als Dienstleistung zu qualifizieren sei. Auch die im Konzept C.5 vom Antragsteller genannten Supportzeiten würden nicht den Festlegungen der Aufforderung zur Angebotslegung entsprechen. Die nachträglichen Erklärungen des Antragstellers in der Verhandlung von 20.7.2011 könnten diese Ausschreibungswidrigkeit nicht mehr heilen.

Entgegen der ausdrücklich festgelegten Verfahrenssprache "Deutsch" seien die Grafikabbildungen im Konzept des Angebotes

des Antragstellers teilweise in englischer Sprache gehalten.

Der Antragsteller habe auch nicht gemäß den Vorgaben in der Aufforderung zur Angebotslegung, nur eine Oracle 11gR2 Datenbanke mit AIX6.1 angeboten. Darauf sei auch noch in der Fragebeantwortung (Frage 6 und 8) am 23.5.2011 bestanden worden. Diese Ausschreibungswidrigkeit habe auch nicht im Rahmen des Aufklärungsgesprächs vom 11.6.2011 durch Aussagen des Antragstellers bereinigt werden können. Ebenso wenig habe der Antragsteller die bei der Fragebeantwortung am 25.5.2011 bestätigte Nichterfüllung der Müssanforderung ALG_110 betreffend die ELGA-Kompatibilität der Dokumente im ersten Aufklärungsgespräch durch diametral entgegenstehende Erklärungen bereinigen können.

Darüber hinaus habe der Antragsteller zunächst einen auffallend hohen Preis insbesondere im Bereich der Wartung, geboten, aber letztlich einen Nachlass von 23 % gewährt. Bei einer derartigen Preisreduktion sei in Zweifel zu ziehen, ob die anfänglich knapp kalkulierten Preispositionen im Ergebnis auskömmliche kalkuliert worden seien. Eine solche Vorgangsweise deute bei den betroffenen Positionen insgesamt betrachtet auf eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises hin.

Entgegen der Behauptung des Antragstellers sei es beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers weder zu einem Wechsel noch zu einem Nachschieben oder Wegfall eines nominierten Subunternehmers gekommen. Im

Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers seien alle gemäß den Anforderungen mit "Muss" gekennzeichneten Funktionskriterien ausschreibungskonform entweder durch Standard oder Parametrisierung erfüllt. Der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe keine Zweifel an der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit der angebotenen Preise aufgeworfen, sodass auch von einer plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes auszugehen gewesen sei. Die Qualifikation und Deutschkenntnisse des Schlüsselpersonals des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei hinreichend nachgewiesen. Ein "ausländischer Subunternehmer" sei nicht herangezogen worden. Entgegen den Ausführungen des Antragstellers seien beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sämtliche technischen Anforderungen an die Anwendungssoftware erfüllt. Die Bewertung der Angebote sei ausschreibungskonformen erfolgt. Gemäß Punkt 3.2 der bestandsfest gewordenen Aufforderung zur Angebotslegung habe eine von der Bewertungskommission unterschiedliche Expertengruppe die für die Bewertungskommission nicht bindende Bewertungsunterlage erarbeitet, anhand derer die Bewertung vorgenommen worden sei. Eine Anwesenheit oder Teilnahme der Mitglieder der Bewertungskommission sei weder beim Referenzbesuch noch bei der Systemdemonstration gemäß den Vorgaben der Aufforderung zur Angebotslegung obligatorisch gewesen. Das Vorbringen des Antragstellers sei diesbezüglich verfristet.

Bei der Bewertung der Experten seien in den Bewertungsblättern die Bewertungsgründe neu formuliert worden für eine bessere Nachvollziehbarkeit und vollständigeren Begründung auf Basis der Bewertungsgrundlagen der Experten und der bestandsfest gewordenen Ausschreibung. Es liege weder eine Änderung des Bewertungs- noch des Zuschlagsystems vor. Willkür oder Rechtswidrigkeiten lägen nicht vor.

Bei der Prüfung der Frage durch die Vergabekontrollbehörde, ob die Bewertung der Bewertungskommission den Festlegungen entspreche, handle es sich um eine Plausibilitätsprüfung. Eine Bewertung anstelle der Bewertungskommission könne die Vergabekontrollbehörde nicht vornehmen, sodass die vom Antragsteller geforderte Bestellung eines Sachverständigen entbehrlich sei. Die nur beschränkt positive Begründung in der Pro-Spalte korreliere mit einer negativen Erläuterung in der Contra-Spalte. Auch nach genauer Prüfung sei kein Anlass für eine andere Punktevergabe vorgelegen.

Der Auftraggeber habe dem Antragsteller nicht nur die Niederschrift über die Angebotsprüfung samt Bewertungsblätter für sein Angebot, sondern vielmehr die gesamte Bewertung zur Verfügung gestellt. Schwärzungen seien keine vorgenommen worden. Es könnte die Bewertung des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers und des Antragstellers in Zusammenschau betrachtet werden. Es lägen keine Widersprüche bei der Beurteilung der Subkriterien vor. Die Vergabe der Punkte sei nachvollziehbar und gerechtfertigt. Dies treffe sowohl auf die Punktevergabe für das Projekthandbuch des Antragstellers (4.6.1.2.) wie auch auf die Bewertung beim Unterpunkt zur "praktischen Umsetzbarkeit" (4.6.1.3.), beim Konzept "Akzeptanz-Management" - Unterpunkt "Vollständigkeit" (4.6.3.1.) und auf die Bewertung des Unterpunktes "inhaltliche Qualität der Ausarbeitung" (4.6.3.2) zu. Als einziges elektronisches Medium sei von Antragsteller die REIS-Website erwähnt worden (4.6.3.3.). Die Präsentation des konkreten Plans zur schrittweisen Adaptierung der verschiedenen Module sei im Widerspruch zum Konzept gestanden (4.6.4.1.). Da der Antragsteller in seinem letzten Angebot das Testwerkzeug "TOSKA" zu Gunsten einer Lösung auf Basis von MS-Word und MS-Excel ersetzt habe, sei kein solches Textwerkzeug angeboten worden (4.6.5.1.).

Mit Schriftsatz vom 26.7.2012 brachte der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen ein. Das gegen das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers gerichtete Vorbringen des Antragstellers sei unzutreffend. Der Antragsteller verfüge aufgrund von laufenden Projekten nicht über die notwendige technische Leistungsfähigkeit. Die vom Antragsteller in seinem Teilnahmeantrag nominierten Subunternehmer seien im letzten Angebot nicht geändert worden. Darunter befinde sich kein ausländischer Subunternehmer. Der Antragsteller müsste aufgrund seiner Marktkenntnisse wissen, dass die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Lösung zur produktiven Software bereits in praktischer Verwendung stehe, zumal diese schon seit Jahren eingesetzt werde. Dies habe auch durch einen Referenzbesuch bewiesen werden können. Im Rahmen der Systemdemonstration habe sich der Auftraggeber überzeugen können, dass auch alle Mindestanforderungen erfüllt würden.

Die Frage der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit sei im Vergleich zu anderen Angeboten irrelevant. Das seit Jahren an 55 Spitälern und Kliniken zum Einsatz kommende angebotene Produkt des präsumtiven Zuschlagsempfängers werde zu einem Preis angeboten, der auch hinsichtlich der Wartungskosten pro Jahr betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sei. Das nominierte Schlüsselpersonal beherrsche die deutsche Sprache fließend in Wort und Schrift, was im Rahmen der Systemdemonstration und Verhandlungsrunden bewiesen

worden sei. Eine deutsche Benutzersteuerung sei angeboten worden. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich nicht, dass die Bewertungskommission teilweise oder vollständig an Systemdemonstration oder Referenzbesuchen teilnehmen müsse. Dazu werde auch auf Punkt 3.5. der Ausschreibungsunterlagen (Tätigkeit der Bewertungskommission) verwiesen. Die mit den operativen Details der relevanten Abläufe vertrauten Experten hätten die Bewertungskommission zu unterstützen und die Bewertungsgrundlagen zu erarbeiten. Der Auftraggeber habe sich an diese bestandsfesten Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen gehalten.

Auf Basis der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen sei eine objektive Bestbieterermittlung möglich. Der Bewertungsvorschlag der Experten sei Bewertungsgrundlage gewesen. Bei abweichenden Ansichten habe sich die Bewertungskommission auf eine abweichende Begründung gestützt. Aufgrund des vorhergehenden Nachprüfungsantrages habe die Bewertungskommission zusätzlich getrennt von der Bewertungsgrundlage der Experten selbst eine separate Begründung formuliert. Eine ausführliche Begründung im zweiten Bewertungsvorgang für die Punktevergabe könne nicht als willkürliche Vorgangsweise beurteilt werden. Der Antragsteller könne nicht dadurch beschwert sein, dass ihm entweder in der

1. 1.Ziffer eins

Bewertung mehr als drei Punkte oder in der 2. Bewertung weniger als drei Punkte zuzugestehen gewesen wären. Der Auftraggeber habe während des Vergabeverfahrens viele Experten aus unterschiedlichen Bereichen und Berufsgruppen beigezogen, die aber nicht in der Lage wären, eine Angebotsbewertung durchzuführen. Im Einklang mit dem bestandsfest gewordenen Bewertungssystem habe die Bewertungskommission eine ausführliche und nachvollziehbare Begründung vorgelegt, deren Nachvollziehbarkeit das Bundesvergabeamt zu überprüfen habe. Die Punktebewertung beruhe nicht auf einem Vergleich zwischen den Angeboten des Antragstellers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Dem Antragsteller sei offensichtlich auch die Bewertung des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers zur Verfügung gestanden. Die Begründung der Bewertungskommission sei nicht widersprüchlich, sondern klar und nachvollziehbar. Dies gehe aus der verwendeten Diktion hervor. Eine plausible Begründung, wonach die Punktebewertung zu Gunsten des Antragstellers hätte ausfallen müssen, fehle. Nicht die Marktanteile seien zu vergleichen. Vielmehr sei einzig und allein das angebotene Produkt und Konzept auf Grundlage der bestandsfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen zu bewerten.

Mit Schriftsatz vom 16.8.2012 brachte der Antragsteller ergänzend vor, dass unverständlich sei, warum der Auftraggeber die behaupteten Ausscheidensgründe nicht schon früher vorgebracht habe. Die Gründe für das Ausscheiden des Angebots des Antragstellers seien weder in der Niederschrift über die Angebotsprüfung vermerkt, noch sonst aus dem Vergabeakt ohne Beiziehung eines technischen Sachverständigen ersichtlich, sodass bereits aus diesem Grund nach den Vorgaben der Judikatur die Antragslegitimation des Antragstellers zu bejahen sei.

Bei der E*** handle es um einen bloßen Zulieferer, von dem keinerlei Dienstleistungen, die über einen bloß geringfügigen Umfang hinausgehen würden, erbracht würden. Dies gehe auch aus dem Bestätigungsschreiben des Zulieferers vom 24.7.2011 hervor. Die E*** erbringe nur Leistungen im Rahmen des 3rd Level-Supports. Sämtliche Leistungen an der Software des Lieferanten würden vom Antragsteller vorgenommen. Der Lieferant erbringe nur absolute Basisleistungen, zumal jede Software als Einheit zu betrachten sei, die gewartet und aktualisiert werden müssen. Solche Leistungen würden bereits mit dem Erwerb der Software bzw. der Lizenz mit erworben. Auch bei jedem Microsoft Produkt würden tagtäglich im Hintergrund Leistungen erbracht, die keinesfalls als Subunternehmerleistungen zu beurteilen seien. Die geforderte Oracle-Datenbanksoftware werde ebenso aktualisiert, weiterentwickelt und upgraded. Diese Tätigkeit sei nicht als Subunternehmertätigkeit zu werten. Außerdem erbringe die E*** die Leistung im eigenen Interesse, um die Verkaufszahlen ihres Produktes zu steigern, sodass diese nicht auftragsspezifisch, sondern als Allgemeinleistungen unabhängig vom

gegenständlichen Auftrag einzustufen seien. Die Subunternehmereigenschaft sei daher zu verneinen.

Die im 1. Angebot genannten Support-Zeiten würden lediglich Zeiten betreffen, die der Zulieferer E*** für einen allfälligen Support zur gelieferten Software beanspruche. Diese seien als reine interne Support-Zeiten zwischen dem Zulieferer und dem Antragsteller zu interpretieren. Der Antragsteller biete jedoch ausschreibungskonforme Zeiten an. Bei den in englischer Sprache verwendeten Begriffen in den Grafikabbildungen handle es sich um branchenübliche

Fachbegriffe, die auch in der Ausschreibung aufscheinen würden. Softwaretechnische Fachbegriffe seien eben in englischer Sprache gehalten. Zudem seien Begriffe für softwaretechnische Werkzeuge herangezogen worden, die im IT - Umfeld üblich und Stand der Technik seien.

Die Aufforderung zur Angebotslegung in Punkt 7.2.5 sei als Information an die Bieter zu verstehen, wonach die strategische Datenbankplattform des Auftraggebers auf Oracle-Server ab Version 11 gr2 aufsetze. Dies ergebe sich auch durch die Bestimmung in Punkt 7.2. der Aufforderung zur Angebotslegung. Eine Beschränkung auf Oracle Datenbanken ergebe sich dadurch nicht, sodass der Antragsteller im 1. Angebot ausschreibungskonform auf Basis von Microsoft SQL Server angeboten habe. Erst im Zuge des Aufklärungsgesprächs vom 16.6.2011 habe sich ergeben, dass ausschließlich Oracel Datenbanken anzubieten seien. Dies sei vom Antragsteller zugesagt und im letzten Angebot angeboten worden.

Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers habe der Antragsteller bereits im 1. Angebot die volle ELGA-Funktionalität und nicht nur -Kompatibilität angeboten, wodurch bereits im Erstantebot ein System mit allen erforderlichen Schnittstellen vorgelegen sei. Dazu werde insbesondere auf die Klarstellung im Aufklärungsgespräch vom 16.6. 2011 (Punkt 4) verwiesen. Danach hätten sich die in der Bemerkung angeführten Versions - Einschränkungen in den Muss - Anforderungen ALG_ 110 der funktionalen Spezifikationen ausschließlich auf die Bereiche "HL7 Kommunikation" außerhalb der ELAG bezogen. Der geforderte ELAG-Standard gemäß HL7 in der Version 3 sei vom Antragsteller zur Gänze bestätigt worden.

Nach der Aufforderung zur Legung des letzten Angebotes sei für ELGA/IHE lediglich der Nachweis zu erbringen gewesen, dass der Bieter zur Umsetzung in der Lage wäre. Aus dem zugehörigen Bemerkungsfeld es ALG_110 im Zusammenhang mit dem Aufklärungsgespräch und der Verhandlungsrunde ergebe sich eindeutig, dass etwaige Einschränkungen außerhalb des ELGA-Bereiches liegen würden. Im 1. Angebot sei vom Antragsteller bereits mehr angeboten worden, als der Auftraggeber tatsächlich ausgeschrieben habe. Sowohl im 1. Angebot als auch im letzten Angebot sei daher die geforderte Version V3 bezüglich des ELGA abgedeckt gewesen.

Der vom Antragsteller angebotene Gesamtpreis sei absolut plausibel. Die 23- prozentige Reduktion resultiere daraus, dass Komponenten des 1. Angebotes im letzten Angebot nicht mehr vorhanden seien und in den Fragerunden, Aufklärungsgesprächen und Verhandlungsrunden bzw. in den Bestimmungen zur Aufforderung zur Legung des letzten Angebotes Klarstellungen des Auftraggebers erfolgt seien, die ebenfalls zur Reduktion des Angebotspreises geführt hätten. Sämtliche Einzelpositionen seien zerlegt und ausgewiesen worden. Eine detaillierte Aufstellung sei dem Auftraggeber im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung übermittelt worden.

Beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei entweder der ausländische Unternehmer nicht benannt oder ein konzernverbundenes Unternehmen herangezogen worden. Mit dem vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotenen Produkt "T-Vision" würde kein fertiges KIS bzw. REIS im ursprünglichen Sinn, sondern eine Integrationsplattform, mit der die Dateninhalte verschiedener Unterprodukte visualisiert werden würden, angeboten werden. Die erstmals auf dem Fachkongress conhit 2012 in Berlin präsentierte T-Vision habe nicht einmal in die offizielle Messeinformation des präsumtiven Zuschlagsempfängers Eingang gefunden. Nach Information des Antragstellers sei der beim präsumtiven Zuschlagsempfänger durchgeführte Referenzbesuch bei einem ausländischen Referenzkunden (H***) vorgenommen worden. Damit hätten dem präsumtiven Zuschlagsempfänger auch wesentlich weniger Punkte zuerkannt werden müssen. Die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotenen Wartungskosten seien daher nicht plausibel.

Der Auftraggeber sei von einem System der Zweiteilung zwischen Bewertungskommission und Expertengruppe bei der 2.

Angebotsbewertung abgewichen. Da die Bewertungskommission weder beim Referenzbesuch noch bei der Systemdemonstration anwesend gewesen sei, hätte von der Bewertungskommission weder die Systemdemonstration noch der Referenzbesuch bewertet werden können. Der Bewertungskommission fehle es auch an den erforderlichen fachlichen Kenntnissen. Eine Präklusion hätte nicht eintreten können. Aufgrund der Unklarheit, welches Bewertungssystem zur Anwendung komme, liege ein Widerspruch zum Transparenzgrundsatz vor. Eine Angleichung der verbalen Begründung bei der 2. Angebotsbewertung an die Punktevergabe der 1. Angebotsbewertung sei als taktisch motiviertes Verhalten des Auftraggebers zu interpretieren.

Die Abbildung der Projektorganisation sei bewusst unterschiedlich, zumal in dem Kapitel auch unterschiedliche Aspekte der Projektorganisation beleuchtet würden. Die Abweichung der Daten sei detailliert im Konzept beschrieben. Zumindest 11 Instrumente seien erläutert worden. Die "Word"- Häuser seien berücksichtigt und die REIS-Webseite im Konzept behandelt worden. Beschrieben sei, welche Module in der Web-Technologie realisiert und entsprechend berücksichtigt worden seien. Der Abruf von Testobjekten sei in Punkt 4.3.4 des Konzeptes beschrieben.

Entgegen dem Vorbringen des präsuntiven Zuschlagsempfängers verfüge der Antragsteller über die technische Leistungsfähigkeit. Es sei weder ein Subunternehmerwechsel vorgenommen noch ein ausländischer Subunternehmer herangezogen worden. Der präsuntive Zuschlagsempfänger gebe bewusst eine unvollständige Darstellung seines Angebotes wieder. Wäre bei der Bewertung des "Block B: Konzept" rechtskonform vorgegangen worden, hätte dies einen Bietersturz zur Folge und müsste die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Antragstellers lauten.

Am 27.8.2012 teilte das Bundesvergabeamt dem Antragsteller mit, dass beabsichtigt sei, die Antragslegitimation abzuerkennen, da aufgrund der im Teilnahmeantrag verabsäumten Bekanntgabe des im Angebot aufscheinenden Subunternehmers E*** - wie im bereits übermittelten Schriftsatz des Auftraggebers vom 26.7.2012 vorgebracht - sein Angebot ausgeschieden hätte werden müssen.

In einem weiteren Schriftsatz vom 31.8.2012 brachte der Auftraggeber vor, dass die vom Auftraggeber aufgezeigten Ausschreibungswidrigkeiten in den Angeboten des Antragstellers ohne weiteres aus dem Vergabeakt ersichtlich seien. Die Beiziehung eines Sachverständigen sei entbehrlich. Ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot mutiere aufgrund des unterlassenen Ausscheidens gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG idgF nicht zu einem ausschreibungskonformen Angebot. Bei einer Telefonhotlinie und Fernwarteleistung sei klar, dass die Support - Leistungen nicht am Sitz des Antragstellers bzw. des Auftraggebers erbracht werde. In einem weiteren Schriftsatz vom 31.8.2012 brachte der Auftraggeber vor, dass die vom Auftraggeber aufgezeigten Ausschreibungswidrigkeiten in den Angeboten des Antragstellers ohne weiteres aus dem Vergabeakt ersichtlich seien. Die Beiziehung eines Sachverständigen sei entbehrlich. Ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot mutiere aufgrund des unterlassenen Ausscheidens gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG idgF nicht zu einem ausschreibungskonformen Angebot. Bei einer Telefonhotlinie und Fernwarteleistung sei klar, dass die Support - Leistungen nicht am Sitz des Antragstellers bzw. des Auftraggebers erbracht werde.

Mit Schriftsatz vom 3.9.2012 brachte der Antragsteller ergänzend vor, dass mangels abgrenzender Bestimmungen zwischen den Begriffen "Subunternehmer" und "Zulieferer" im BVergG die zivilrechtlichen Bestimmungen heranzuziehen seien. Während bei Vorliegen eines Kaufvertrages von einer reinen Lieferleistung auszugehen sei, liege bei einem Werkvertrag eine Subunternehmerleistung vor. Maßgeblich für die zivilrechtliche Abgrenzung zwischen Kaufvertrag einerseits und Werkvertrag andererseits sei, ob jemand nur die Herstellung aus einem vom anderen beigestellten Material schulde (Werkvertrag). Im Zweifel sei ein Kaufvertrag anzunehmen. Bei einer auf die Bedürfnisse und Wünsche des Bestellers anzufertigenden Sache sei von einem Schwergewicht auf der Herstellung auszugehen, sodass ein Werkvertrag vorliege. Da es sich bei der Software der E*** um ein Standardprodukt handle, liege ein Kaufvertrag und damit eine Zulieferleistung vor. Das Fehlermanagement werde nicht nur für den Antragsteller, sondern für alle Bezieher der Standardsoftware erbracht. Es handle sich dabei um eine im Verhältnis zum Kaufpreis verschwindende Leistung. Das wirtschaftliche Übergewicht liege eindeutig bei der Lieferung der Software. Für das Fehlermanagement würden keine eigenen Mitarbeiter abgestellt. Von der E*** würde lediglich ein Preis von Euro xxx für den 3rd Level-Support veranschlagt. Damit würden Elemente des Kaufvertrages bei weitem überwiegen, sodass jedenfalls die E*** als reiner Zulieferer zu qualifizieren sei.

Das BVergG unterscheide zwischen einem Lieferauftrag, der mit einer Zulieferleistung gleichgesetzt werden könne, und einem Dienstleistungsauftrag, der für eine Subunternehmerleistung spreche. Aus § 5 BVergG idgF ergebe sich, dass ein Lieferauftrag auch dann vorliege, wenn untergeordnete Dienstleistungen - nämlich Nebenarbeiten - erbracht werden würden. In § 9 Abs. 1 BVergG idgF gelte als Abgrenzungsregelung zwischen Dienstleistungs- und Lieferauftrag das finanzielle Überwiegensprinzip. Aufgrund des im Angebot des Antragstellers von der E*** übernommenen Fehlermanagements, das als untergeordnete Nebenleistung im Rahmen der Lieferung der Standardsoftware zu werten sei, und aufgrund des finanziellen Überwiegensprinzip sei daher ebenfalls von einer bloßen Lieferleistung auszugehen, die ebenfalls für die Qualifikation der E*** als Zulieferer spreche. Das BVergG unterscheide zwischen einem Lieferauftrag, der mit einer Zulieferleistung gleichgesetzt werden könne, und einem Dienstleistungsauftrag, der für eine Subunternehmerleistung spreche. Aus Paragraph 5, BVergG idgF ergebe sich, dass ein Lieferauftrag auch dann

vorliege, wenn untergeordnete Dienstleistungen - nämlich Nebenarbeiten - erbracht werden würden. In Paragraph 9, Absatz eins, BVergG idgF gelte als Abgrenzungsregelung zwischen Dienstleistungs- und Lieferauftrag das finanzielle Überwiegensprinzip. Aufgrund des im Angebot des Antragstellers von der E*** übernommenen Fehlermanagements, das als untergeordnete Nebenleistung im Rahmen der Lieferung der Standardsoftware zu werten sei, und aufgrund des finanziellen Überwiegensprinzip sei daher ebenfalls von einer bloßen Lieferleistung auszugehen, die ebenfalls für die Qualifikation der E*** als Zulieferer spreche.

Darüber hinaus sei das Fehlermanagement immer beim Hersteller der Standardsoftware angesiedelt. Die E*** erbringen keine auftragsspezifische Dienstleistung und damit auch keine Subunternehmerleistung. Es sei gängige Praxis im IT-Bereich den 3rd Level-Support beim Hersteller der Software anzusiedeln. Dazu werde auf die "IT infrastructure library (ITIL)2, einer Sammlung von Best Practices bzw Good Practices in einer Reihe von Publikationen verwiesen. Darin würden die 1st-, 2nd- und 3rd Level Support-Leistungen beschreiben. Beim 3rd Level-Support werde ausgeführt, dass die Bearbeitung beim 3rd Level-Support typischerweise beim Hersteller von Hardware- oder Softwareprodukten angesiedelt sei. Dieser werde beim 2nd Level-Support miteinbezogen, wenn dies zur Beseitigung von Störungen erforderlich sei. Bei Softwareleistungen würden daher 3rd Level-Supportleistungen vom Hersteller erbracht, unabhängig von dessen Qualifikation als Subunternehmer oder Lieferant. Zur Klärung der Frage, ob die 3rd Level-Supportleistung branchenüblicher Weise vom Softwarehersteller erbracht werde, werde die Bestellung eines technischen Sachverständigen beantragt.

In der mündlichen Verhandlung am 5.9.2012 bestritt der Auftraggeber die vom Antragsteller in seinem letzten Schriftsatz angeführten Grundlagen für die Qualifizierung der E*** als Lieferant. Diese beschriebene Abgrenzungsmethode sei insbesondere bei Bauaufträgen - beispielsweise bei

Stahlpreisen - problematisch. Der angebotene 3rd Level-

Support sei nicht als eine im Hintergrund laufende Leistung zu qualifizieren. Es handle sich dabei vielmehr um eine angebotene Leistung, die in der Leistungsbeschreibung definiert, spezifiziert und damit als auftragsspezifische Leistung an einen Subunternehmer weitergegeben werde. Der präsumtive Zuschlagsempfänger qualifizierte auf Basis des Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes die Erbringung eines Teils der Leistungsbeschreibung durch die E*** im Angebot als Subunternehmerleistung.

Der Antragsteller hielt dem entgegen, dass nur eine geringfügige Fehlerbehebungsleistung von der E*** erbracht werde. Die Leistungen in Punkt 1.2. und den diesbezüglichen Unterpunkten würden vom Antragsteller erbracht. Bei der als Kaufvertrag zu qualifizierenden Beauftragung der E*** handle es sich um eine im Hintergrund vom Hersteller der Software zwingend zu setzende Handlung. Eine Definition für den 3rd Level-Support sei nicht in der Ausschreibung zu finden. Für den 3rd Level-Support werde vom Antragsteller eine Definition anhand der Industriestandards herangezogen. Gegenständlich handle es sich nicht um einen Bauauftrag, sondern um einen Dienstleistungsauftrag mit dem Spezifikum einer Standardsoftware. Laut Erklärung des Antragstellers in der Fragebeantwortung vom 20.7.2011 würden die Supportzeiten eingehalten.

Vom Antragsteller wurde eingeräumt, dass von der E*** 3rd Level-Supportleistungen im Sinne der Ausschreibung erbracht werden. Es handle sich aber um typische Leistungen zum Quellcode der von E*** erworbenen Standardsoftware, die auch nur vom Softwarehersteller erbracht werden könne. Bei den Quellcodes dürfe auch nur der Softwarehersteller aus urheberrechtlichen Gründen tätig werden.

Der Antragsteller gab weiter an, im Sinne einer besonderen Gewissenhaftigkeit sein Innenverhältnis zur E*** in seinem Konzept dargestellt zu haben. Deshalb sei auch die Hotline des Antragstellers zur E*** erwähnt worden. Eine solche für das Innenverhältnis geltende Hotline würde von anderen Softwareherstellern nicht aufgezeigt. Die für die E*** geltende Reaktionszeit sei auf ein besonderes Abkommen mit der E*** zurückzuführen, das eine Sonderstellung einräume. Die von der E*** erbrachte Leistung werde gegenüber allen Kunden erbracht.

Zu den Ausführungen in der Verhandlung am 20.7.2011 führte der Antragsteller aus, dass er den Hinweis des Auftraggebers zum Problem der Subunternehmer-eigenschaft zur Kenntnis genommen und hinterfragt habe. Das Problem der Subunternehmereigenschaft stelle sich nicht zum ersten Mal, sondern sei immer wieder bei IT-Aufträgen eine Abgrenzungsfrage. Durch den Auftraggeber sei eine

entsprechende Nachfrage erfolgt. Darauf habe der Antragsteller reagiert und die Bestätigung vom 25.7.2011 - wie vom Auftraggeber gefordert - vorgelegt.

Der Auftraggeber wies darauf hin, dass der Antragsteller selbst zugestehe, die E*** erbringe Leistungen im Sinne der Ausschreibung. Aus dem Angebot des Antragstellers gehe nicht hervor, was innerhalb der Zeit von 7:00 bis 8:00 Uhr im Bereich des 3rd Level Supports erbracht werde. Dies sei nicht verwunderlich, zumal diese Supportleistungen nach Ausführungen des Antragstellers nur von ihm erbracht werden könne. Es werde eindeutig eine Leistung durch die E*** erbracht, die laut Ausschreibung erforderlich sei. Dies unterscheide die gegenständliche Ausschreibung von anderen Ausschreibungen, bei denen es möglich sei, eine solche Leistung im Hintergrund zu erbringen. Es sei nicht unüblich, Leistungen an Subunternehmer weiterzugeben, die vom Bieter selbst nicht erbracht werden könnten.

Dem hielt der Antragsteller Punkt 2.4 des letzten Angebotes entgegen, in dem sämtliche Supportzeiten bestätigt worden seien. Im letzten Angebot sei die Behebung von Fehlern angeführt, wobei dies bis zu zwei Tagen je nach

Fehlerkategorie - gemäß der Aufforderung zu Legung des letzten Angebotes - möglich sei. Der explizite Hinweis dazu im letzten Angebot habe zur Klarstellung und zur Abgrenzung zwischen Innen- und Außenverhältnis gedient. Aus Punkt 3.2 im Konzept C5 des ersten und des letzten Angebotes des Antragstellers ergebe sich eindeutig, dass es sich bei den Supportzeiten zwischen 8:00 und 17:00 Uhr um ein Innenverhältnis zwischen dem Antragsteller und der E*** handle. Dies gelte auch für die diesbezüglichen Unterpunkte. Der präsumtive Zuschlagsempfänger führte dazu aus, dass bereits im ersten Angebot die Supportzeiten zwischen 8:00 Uhr 17:00 Uhr angegeben worden seien, sodass es sich um eine Ausschreibungswidrigkeit handle, zumal diese Supportzeiten gemäß der Ausschreibung zwischen 7:00 und 17:00 Uhr vorgesehen gewesen seien. Aufgrund des objektiven Erklärungswertes ergebe sich, dass bereits das erste Angebot ausschreibungswidrig sei und nicht im Nachhinein durch Erklärungen saniert werden könne.

Zum Vorbringen des Auftraggebers, dass die in der Ausschreibung festgelegten 3rd Level Supportleistungen vom Auftragnehmer an den Auftraggeber zu erbringen seien, und daher solche von der E*** erbrachten Leistungen als Subunternehmerleistungen zu qualifizieren seien, verwies der Antragsteller auf die fehlende Definition der 3rd Level Supportleistungen in der Ausschreibung. Diese sei zwingend dem Antragsteller zuzuordnen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger verwies auf die Bestimmungen in Punkt 8.5 der Ausschreibung, wonach eine Hotline für den 1st Level-, 2nd Level- und 3rd Level-Support einzurichten sei. Nach Ansicht des Auftraggebers seien die Bestimmungen zur Erbringung der 3rd Level-Supportleistung durch den Auftragnehmer in Punkt 8.5.2. geregelt. Nach Meinung des Antragstellers könnten die in Punkt

8.5.2. der Ausschreibung angeführten 3rd Level-Supportleistungen bei Softwareprodukten üblicherweise nur vom Hersteller erbracht werden.

Der Antragsteller bestätigte, die E*** nicht nur für die Lieferung der Software, sondern auch für den 3rd Level-Support zu bezahlen. Diese werde sowohl vom Antragsteller als auch von der E*** erbracht. Die E*** ziehe dazu das für die Fehlerbehebung zuständige Standardpersonal heran. In Form einer Fernwartung würde der angefallene Fehler auf Basis der zwischen dem Antragsteller und der E*** errichteten Hotline innerhalb der für das Innenverhältnis geltenden Reaktionszeit von der E*** behoben. Könne nicht genau geklärt werden, ob der Fehler auf den Quellcode oder das Customizing zurückzuführen sei, werde sicherheitshalber die E*** herangezogen. Sei der Fehler nicht beim Quellcode angesiedelt, müsste der Antragsteller das Problem lösen. Im letzten Angebot seien die Ausführungen unter Punkt 3.2.1. bzw. 3.2.2. aus dem ersten Angebot zur Klagstellerung gestrichen worden, da es sich dabei nur um das Innenverhältnis gehandelt habe. Die Supportzeiten seien nicht geändert worden.

Der Auftraggeber hob hervor, dass die 3rd Level Supportfragen an die E*** weitergeleitet würden, um diese aus fachlicher Sicht zu beurteilen. Es handle sich dabei um eine Leistung der Ausschreibung. Nach dem Konzept des Antragstellers (Punkt 3.2.) würden Fehlerbehebungsleistungen im Bereich vom 2nd Level Support, nämlich eine Expertise zu den Quellcodes, ausgeführt und die fachliche Meinung der E*** eingeholt. Dies wurde vom Antragsteller nicht bestritten. Er führte weiter aus, die entsprechenden Schritte bei besonders komplizierten Fragen im 3rd Level-Supportbereich zu setzen, um sicherheitshalber jedenfalls die Reaktionszeit einzuhalten. Eine entsprechende Fehlerbehebung durch die E*** erfolge nur im Fall eines Fehlers im Quellcodebereich. Dies sei eine 3rd Level-Supportleistung. Sämtliche Leistungen des Antragstellers würden erfüllt werden. Die Bezahlung der E*** für den 3rd

Level-Support im Innenverhältnis erfasse nicht Abgrenzungsfragen zwischen dem 2nd- und 3rd Level-Support. Es werde dafür von der E*** kein Entgelt verlangt, zumal zwischen dem Antragsteller und der E*** im Innenverhältnis solche Abgrenzungsfälle nicht als entgeltliche Leistung festgelegt oder geregelt seien.

Der Auftraggeber betonte, dass laut Ausführungen des Antragstellers in dessen Angebot unter Punkt 3.5. des Konzeptes C5 an keiner Stelle ein Quellcode erwähnt werde. Es seien Leistungen aufgezählt, die im Rahmen des 3rd Level-Support erbracht würden. Den Aussagen des Antragstellers folgend seien die Leistungen der E*** in diesem Supportbereich entgeltlich. Eine der aufgezählten Leistungen in Punkt 3.2. laute: "In Einzelfällen (komplexe, spezielle Fragen) Unterstützung des 2nd Level-Supports". Handle es sich um eine Leistung des 2nd Level-Supports, würde diese Leistung unentgeltlich erbracht, sodass dies auch für die zitierte Leistung gelten müsse. Die erst in der letzten Stellungnahme erfolgte Bezugnahme auf die Quellcodes erweise sich somit als Schutzbehauptung des Antragstellers.

Der Antragsteller führte dazu aus, dass der Begriff "Software" auch Quellcodes umfasse. Es werde ein Produkt zur Nutzung im Sinne der Pflege und Weiterentwicklung überlassen. Bei den Ausführungen unter Punkt 3.2 des Konzeptes C5 handle es sich ausschließlich um Ausführungen zu Quellcodes. Zur Klärung dieser Frage werde die Bestellung eines Sachverständigen beantragt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslager römisch eins. Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.02.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der §§ 52 Abs. 1 und 2, 55 Abs. 2 bis 6, 216 Abs. 1 und 2 und 219 Abs. 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 01.04.2012, in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs. 15 Z 3 BVergG idGF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr 10/2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 10/2012, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.02.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und 219 Absatz 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 01.04.2012, in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG idGF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012,, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012,, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 01.04.2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 15/2010 heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0071-BVA/04/2012 am 16.07.2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 01.04.2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 maßgeblich. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 01.04.2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0071-BVA/04/2012 am 16.07.2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 01.04.2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, maßgeblich.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG idgF ist die Pensionsversicherungsanstalt. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG idgF (vgl. BVA 14.04.2010, N/0029-BVA/14/2010-10; 23.3.2011, N/0104- BVA/04/2010-11). Bei der gegen-ständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG idgF. Der geschätzte Auftragswert ohne USt. beläuft sich auf rd. € 10.000.000,-- und liegt somit über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG idgF, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG idgF ist die Pensionsversicherungsanstalt. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG idgF vergleiche BVA 14.04.2010, N/0029-BVA/14/2010-10; 23.3.2011, N/0104-BVA/04/2010-11). Bei der gegen-ständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG idgF. Der geschätzte Auftragswert ohne USt. beläuft sich auf rd. € 10.000.000,-- und liegt somit über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG idgF, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 2 BVergG idgF iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit b B-VG ist insoweit gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG idgF in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera b, B-VG ist insoweit gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs. 2 BVergG idgF insoweit zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG idgF insoweit zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Die Ansicht des Auftraggebers kann sowohl hinsichtlich seines Vorbringens, der Antragsteller habe jenes Recht, in dem er sich verletzt erachtet, nicht ausreichend konkretisiert, als auch hinsichtlich seiner Behauptung, der Antragsteller könne nicht in seinem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt sein, da er nicht präsumtiver Zuschlagsempfänger sei, vom Bundesvergabeamt nicht geteilt werden. Der Auftraggeber nimmt in seinem diesbezüglichen Vorbringen eine unzulässige rechtliche Interpretation der von ihm zitierten

Kommentierungen zu § 322 BVergG idgF vor. Der Antragsteller hat den Beschwerdepunkt in einer für das Bundesvergabeamt nachvollziehbaren Weise formuliert. Dies umso mehr, als im Zusammenhalt mit den Ausführungen im Antrag der Beschwerdepunkt ausreichend konkretisiert ist (vgl. VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135). Kommentierungen zu Paragraph 322, BVergG idgF vor. Der Antragsteller hat den Beschwerdepunkt in einer für das Bundesvergabeamt nachvollziehbaren Weise formuliert. Dies umso mehr, als im Zusammenhalt mit den Ausführungen im Antrag der Beschwerdepunkt ausreichend konkretisiert ist vergleiche VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135).

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat rechtzeitig Einwendungen erhoben, sodass ihm Parteistellung gemäß § 324 Abs. 3 BVergG idgF zukommt. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat rechtzeitig Einwendungen erhoben, sodass ihm Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG idgF zukommt.

III. Zu Spruchpunkt I. römisch drei. Zu Spruchpunkt römisch eins.

III.1. Antragslegitimation römisch drei. 1. Antragslegitimation

Die Angebote des Antragstellers wurden nicht ausgeschieden. Soweit der Auftraggeber nunmehr vorbringt, dass die Angebote des Antragstellers (1. Angebot und Letztangebot) auszuschneiden gewesen wären, handelt es sich um ein im Rahmen der Antragslegitimation gemäß § 320 Abs 1 BVergG idgF zu prüfendes Vorbringen. Nach ständiger Judikatur des VwGH (22.6.2011, 2011/04/0011; 12.5.2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012; Die Angebote des Antragstellers wurden nicht ausgeschieden. Soweit der Auftraggeber nunmehr vorbringt, dass die Angebote des Antragstellers (1. Angebot und Letztangebot) auszuschneiden gewesen wären, handelt es sich um ein im Rahmen der Antragslegitimation gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG idgF zu prüfendes Vorbringen. Nach ständiger Judikatur des VwGH (22.6.2011, 2011/04/0011; 12.5.2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012;

21.3.2011, 2007/04/0007; 18.3.2009, 2007/04/0095; 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN; ebenso BVA 10.2.2010, N/0119/04/2009-31; 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39;

16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41) ist das Bundesvergabeamt nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG idGF zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Diese Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens. Der Umstand, dass dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat. 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41) ist das Bundesvergabeamt nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG idGF zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Diese Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens. Der Umstand, dass dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat.

Den Rahmen der Nachprüfungsbehörde für die Prüfung der Antragslegitimation schränkt der Verwaltungsgerichtshof unter Berufung auf die Judikatur des EuGH [(EuGH 28.1.2010, Rs C- 406/08 (Uniplex); 19.3.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller)] insofern ein, als es dem genannten Sicherungszweck zuwiderlaufen würde, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidungsgründe aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (vgl auch VwGH 22.6.2011, 2011/04/0011; 12.5.2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012; 21.3.2011; 2007/04/0007; 1.3.2005, 2003/04/0199; BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32). Den Rahmen der Nachprüfungsbehörde für die Prüfung der Antragslegitimation schränkt der Verwaltungsgerichtshof unter Berufung auf die Judikatur des EuGH [(EuGH 28.1.2010, Rs C- 406/08 (Uniplex); 19.3.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller)] insofern ein, als es dem genannten Sicherungszweck zuwiderlaufen würde, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidungsgründe aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre vergleiche auch VwGH 22.6.2011, 2011/04/0011; 12.5.2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012; 21.3.2011; 2007/04/0007; 1.3.2005, 2003/04/0199; BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32).

Ob solche im Rahmen der Antragslegitimation zu prüfenden Ausscheidungsgründe, die schon aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens ersichtlich sind, vorliegen, ist nachfolgend zu prüfen. Der Auftraggeber brachte mehrere für das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers sprechende Gründe vor. Der Auftraggeber ging unter anderem davon aus, dass der Antragsteller auf Grund seines unzulässigen Heranziehens eines Subunternehmers, nämlich der E***, auszuschneiden gewesen wäre. Dieses Vorbringen ist nachfolgend anhand der vorgelegten Unterlagen zu prüfen.

1.2. Teilnahmeantragsunterlagen, Ausschreibungsbestimmungen - Subunternehmer

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Teilnahmeantrags- sowie Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Teilnahme- bzw. Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Teilnahmeantragsunterlagen bzw. Ausschreibung maßgeblich (vgl VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 19.11.2008, 2007/04/0018; ebenso BVA 5.3.20012, N/0011/04/2012-15; BVA 13.7.2011, N/0066-BVA/04/2010-33; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA

12.5.2009 N/0022- BVA/11/2009-27 uva.).Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Teilnahmeantrags- sowie Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Teilnahme- bzw. Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Teilnahmeantragsunterlagen bzw. Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 19.11.2008, 2007/04/0018; ebenso BVA 5.3.2012 , N/0011/04/2012-15; BVA 13.7.2011, N/0066-BVA/04/2010-33; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 12.5.2009 N/0022- BVA/11/2009-27 uva.).

Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter musste bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024, 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.3.2012, N/0011-BVA/04/2012-15; BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/007-20 u.a.] aufgrund der oben wiedergegebenen, mangels Anfechtung bestandsfest gewordenen Bestimmungen (VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090; 1.10.2008, 2005/04/2004) in den Teilnahmeantragsunterlagen unter den Punkten 1.4.(Subunternehmer) iVm dem Verweis auf den letzten Absatz in Punkt 1.3. (Bewerber-/Bieter- /Arbeitsgemeinschaft) davon ausgehen, dass eine Weitergabe von Teilen der Leistung an einen Subunternehmer grundsätzlich zulässig ist, dieser aber mit dem konkret zu bezeichnenden Leistungsteil im Formblatt A des Teilnahmeantrages zu bezeichnen ist. Die Berechtigung, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit muss jedenfalls vorhanden sein. Für die Überwachung, Leitung und Koordinierung der Subunternehmerleistung trägt der Bieter die volle

Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter musste bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024, 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.3.2012, N/0011-BVA/04/2012-15; BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/007-20 u.a.] aufgrund der oben wiedergegebenen, mangels Anfechtung bestandsfest gewordenen Bestimmungen (VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090; 1.10.2008, 2005/04/2004) in den Teilnahmeantragsunterlagen unter den Punkten 1.4. (Subunternehmer) in Verbindung mit dem Verweis auf den letzten Absatz in Punkt 1.3. (Bewerber-/Bieter- /Arbeitsgemeinschaft) davon ausgehen, dass eine Weitergabe von Teilen der Leistung an einen Subunternehmer grundsätzlich zulässig ist, dieser aber mit dem konkret zu bezeichnenden Leistungsteil im Formblatt A des Teilnahmeantrages zu bezeichnen ist. Die Berechtigung, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit muss jedenfalls vorhanden sein. Für die Überwachung, Leitung und Koordinierung der Subunternehmerleistung trägt der Bieter die volle

Verantwortung und Haftung. Ein Wechsel des Subunternehmers ist während des gesamten Vergabeverfahrens untersagt.

Eine weitere Klarstellung der genannten Bestimmungen zum Subunternehmer erfolgte im Rahmen der Bewerberfragebeantwortung am 18.10.2010, wonach eine Hinzunahme oder ein Wechsel eines Subunternehmers in der 2. Stufe des Verfahrens selbst dann nicht möglich ist, wenn durch eine Konkretisierung des Leistungsgegenstandes in der nächsten Stufe des Verfahrens die Hinzunahme eines neuen

Subunternehmers oder der Wechsel eines bereits

bekanntgegebenen Subunternehmers notwendig wäre. Es waren daher vom Bewerber sämtliche Subunternehmer auch im Fall der Ausweitung des Leistungsgegenstandes in der Angebotsphase bereits im Formblatt A des Teilnahmeantrages mit dem betreffenden vom Subunternehmer auszuführenden Leistungsteil anzuführen. Die einmal im Formblatt A im Teilnahmeantrag genannten Subunternehmer konnten daher auch vom Bieter im 1. Angebot bzw. im Letztangebot weder durch neu hinzutretende Subunternehmer ergänzt noch ausgetauscht werden.

Auch in den Ausschreibungsunterlagen zur Legung des 1. Angebotes bzw. Letztangebotes wurden diese bestandsfest gewordenen Vorgaben im Teilnahmeantrag beibehalten. Aus dem Verweis der Bestimmung zum Subunternehmer

unter Punkt 2.10 auf Punkt 2.9. (Arbeits- und Bietergemeinschaft) in den Ausschreibungsunterlagen zur Legung des 1. Angebotes ergibt sich nämlich auch, dass ein Wechsel eines Subunternehmers während des gesamten Vergabeverfahrens nicht möglich ist. Im Rahmen der Fragebeantwortung zur Legung eines 1. Angebotes am 18.4.2011 wurde bestätigt, dass ein Wechsel eines Subunternehmers während des Vergabeverfahrens nicht zulässig ist. Weiters wurde darauf hingewiesen, dass im Unterschied zur Bietergemeinschaft ein genannter Subunternehmer das Angebot weder zu fertigen hat, noch im Auftragsfall für die Leistung solidarisch haftet.

1.3. Teilnahmeantrag und Angebote des Antragstellers - Subunternehmer

Der Antragsteller hat im Formblatt A des Teilnahmeantrages als Subunternehmer die C*** und die D*** für die Unterstützungsleistungen bei Customizing und Schulungen angegeben. Dies wurde auch vom Antragsteller in der mündlichen Verhandlung am 5.9.2012 bestätigt. Da weitere Subunternehmer nicht benannt wurden, konnte der Antragsteller auch nicht auf solche für die Erfüllung der für das 1. Angebot ausgeschriebenen Leistungsvorgaben bzw. in der Folge beim Letztangebot zurückgreifen.

In den Ausschreibungsunterlagen für das 1. Angebot waren unter Punkt 8.3 für das der Bewertung unterliegende, vom Bieter zu erstellende Release- Weiterentwicklungs- und Supportkonzept (Konzept C5) Anforderungen vorgegeben. Danach war werktags zwischen 7:00 und 17:00 Uhr eine telefonisch erreichbare deutschsprachige Hotline bereitzustellen, um innerhalb der vorgegebenen Reaktionszeit die jeweiligen deutschsprachigen Spezialisten zu aktivieren, die dem Auftraggeber in Fragen der Inbetriebnahme sowie zwecks laufender Betreuung bei fachlichen und sonstigen Anwendungsproblemen bei der Software jede erforderliche Unterstützung angedeihen lassen. Die Softwarefehler waren vom Bieter innerhalb einer bestimmten vorgegebenen Reaktions- und Behebungszeit zu bearbeiten und zu beheben (8.4.). Es wurde dabei zwischen der Einrichtung einer Hotline für Störungsmeldungen im Bereich des 2nd Level- und 3rd Level-Supports differenziert, wobei der Support im 2nd Level und 3rd Level durch den Bieter zu erfolgen hat und sich der Auftraggeber vorbehält, in bestimmten Fällen selbst den 2nd Level- Support durchzuführen (8.5.). Anzubieten war ein Vor-Ort-Support (8.5.3.), der in Fällen, in denen weder der

1st-, 2nd- und 3rd Level-Support im Supportfall erfolgreich

war, die Möglichkeit der Vor-Ort-Servicierung des Softwareproblems an der nötigen Stelle innerhalb der vorgegebenen Reaktionszeit eröffnete. Es war aber auch die Möglichkeit einer Fernwartung als Garantie für den Auftraggeber vorzusehen, um die Reisezeiten des Bieters zu minimieren, bzw. für optimale Reaktions- und Behebungszeiten (8.5.).

Ebenso wie bei der Interpretation der Teilnahmeantragsunterlagen bzw. den Ausschreibungsunterlagen für das 1. und letzte Angebote ist für die Interpretation von Willenserklärungen des Bieters der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH 25.1.2011, 2006/04/0200; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.3.2012, N/0011-BVA/04/2012-15; 23.8.2011, N/0067-BVA/09/2011-21). Unter Zugrundelegung dieses Interpretationsmaßstabes hat der Antragsteller in seinem 1. Angebot und in seinem letzten Angebot die Software (apenio) der E*** in seinem "Release-, Weiterentwicklungs- und Supportkonzept" (C5, Punkt 3) angeboten. Unter den Punkten

3.2. (Fehlermanagement) bzw. 3.3. (Anforderungsprozeß) bezeichnet der Antragsteller zwar die E*** nur als Lieferant, räumt aber ein, dass der 3rd Level-Support durch die E*** erbracht wird. Unter den im 1. Angebot bzw. letzten Angebot des Antragstellers von der E*** zu leistenden 3rd Level-Support fallen unter anderem die Bereitstellung von Standard-Analyse- und Reparaturtools für den 1st- und 2nd Level-Support, die Bereinigung von Datenbank- bzw. Datenfehlern und -problemen, sofern diese nicht über Standard-Tools automatisierbar sind, in Einzelfällen Unterstützung des 2nd Level-Supports oder die Fehlerbehebung in der Software. Über den Zugang an das Hotlinesystem des Antragstellers werden zu bearbeitende Fälle an die E*** weitergegeben, wobei über email die Fehlereingangsinformation erfolgt. Die E*** bearbeitet diese weitergegebenen Fehlereingänge im Rahmen der vereinbarten Reaktionszeit und gibt Rückmeldungen per E-Mail an den Antragsteller weiter.

Wie sich aus den dargestellten Ausführungen in den Angeboten des Antragstellers ergibt, erbringt die E*** Leistungen im Sinne der Ausschreibung im Bereich des 3rd Level-Supports. Dass die E*** Leistungen im Sinn der Ausschreibung im Bereich des 3rd Level-Supports erbringt, wird selbst vom Antragsteller in seinem Schriftsatz vom 16.8.2012 und in der mündlichen Verhandlung am 5.9.2012 eingeräumt. Damit ist von einer Subunternehmerleistung der E*** auszugehen.

Daran vermag auch die Argumentation des Antragstellers nichts zu ändern, dass die E*** nur im Bereich der

Quellcodes für den 3rd Level Support herangezogen würde, zumal dies branchenüblicher Weise nur vom Softwarehersteller aus urheberrechtlichen Gründen erledigt werden könne. Diese Argumentation des Antragstellers ist auch insofern unglaublich, als die Beschränkung der Tätigkeit der E*** auf den Bereich der Quellcodes im 3rd Level Support weder im 1. noch im letzten Angebot des Antragstellers im Konzept C5 explizit aufscheint.

Darüber hinaus vermag die Argumentation des Antragstellers insofern nicht zu überzeugen, als das Thema der vom Antragsteller behaupteten, branchenüblichen, auf den Quellcode aus urheberrechtlichen Gründen beschränkten Tätigkeit des Softwareherstellers E*** im 3rd Level-Bereich nicht im Rahmen der mit dem Auftraggeber geführten Verhandlung am 20.7.2011 vom Antragsteller angesprochen wurde. Bei dieser Verhandlung wurde nämlich auch die allfällige Subunternehmereigenschaft der E*** unter Punkt 12 besprochen. Das Protokoll zur Verhandlung am 20.7.2011 wurde auch vom Antragsteller unterzeichnet. Dies ist umso unverständlicher, als der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 5.9.2012 ausführte, dass sich das Problem der Subunternehmereigenschaft bei IT-Aufträgen nicht zum ersten Mal stelle, sondern bei IT-Aufträgen immer wieder Abgrenzungsfrage sei. Von der vom Antragsteller geforderten Bestellung eines Sachverständigen konnte daher bereits aus diesem Grund abgesehen werden.

Die von der E*** erbrachten Leistungen im 3rd Level Bereich werden vom Antragsteller in Punkt 3.2. (Fehlermanagement) seines Konzeptes C5 genau umschrieben. Die Leistungen der E*** beschränkten sich im Übrigen nicht nur auf den 3rd Level Bereich, sondern werden auch im 2nd Level-Support Bereich erbracht, zumal in einzelnen komplexen, speziellen Fällen eine Unterstützung des 2nd Level-Supports erfolgt [Punkt 3.2. (Fehlermanagement) im Konzept C5 des 1. und letzten Angebotes des Antragstellers].

Die an die E*** weitergeleiteten, zu bearbeitenden Fälle im 3rd Level-Support-Bereich sind innerhalb der vereinbarten Reaktionszeit zu bearbeiten.

Dass es sich dabei um eine spezielle, nur im Innenverhältnis zwischen dem Antragsteller und der E*** geltende Reaktionszeit handle - wie vom Antragsteller in der mündlichen Verhandlung am 5.9.2012 argumentiert wurde - lässt sich nicht aus dem 1. bzw. aus dem letzten Angebote des Antragstellers ablesen. Vielmehr spricht die im Letztangebot des Antragstellers durchgeführte Streichung von Ausführungen unter Punkt 3.2.1 (Support-Zeiten) und 3.2.2. (Mängelklassen und Reaktionszeiten) im ersten Angebot aus Gründen der Klarstellung - wie der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung am 5.9.2012 ausführte - für eine Reaktionszeit im Sinne der Ausschreibung [Punkt 8.4(Durchführung der Wartungsleistungen) in der Ausschreibung zur Legung des 1. Angebotes].

In der mündlichen Verhandlung am 5.9.2012 vor dem Bundesvergabeamt bestätigt der Antragsteller, dass es sich bei der von der E*** zu erbringenden Leistung im 3rd Level-Support-Bereich um eine Form der Fernwartung handelt. Eine solche Fernwartung musste der Bieter laut Bestimmungen in der Ausschreibung zur Legung des 1. Angebotes bzw. des letzten Angebotes anbieten [8.5.4.(Fernwartung)]. Danach sollte die anzubietende Fernwartung dem Auftraggeber als Garantie für optimale Reaktions- und Behebungszeiten dienen. Die entsprechenden Anforderungen waren dazu im Angebot zu detaillieren. Damit wird weiter bestätigt, dass die E*** einen Teil der zu vergebenden Dienstleistung gemäß der Ausschreibung zur Legung des 1. Angebotes bzw. des letzten Angebotes erbringt und damit als Subunternehmer einzustufen ist.

Das Argument, dass nur das Innenverhältnis zwischen dem Antragsteller und der E*** im Angebot des Antragstellers aus Gründen der besonderen Gewissenhaftigkeit dargestellt werden würde (Punkt 3.2. ff im Angebot des Antragstellers zu Konzept C5), wobei eine solche für das Innenverhältnis geltende Hotline von anderen nicht aufgezeigt werden würde, - wie vom Antragsteller in der mündlichen Verhandlung am 5.9.2012 argumentiert - vermag in diesem Zusammenhang nicht zu überzeugen. Vielmehr stellt der Antragsteller die laut Ausschreibung anzubietende Fernwartung im Bereich des 3rd Level-Supports in seinem Angebot unter Punkt 3.2. im Konzept C5 dar.

Auch wenn der Antragsteller die E*** im Angebot als Lieferant einstuft, handelt es sich bei den oben geschilderten, im 1. Angebot und im Letztangebot des Antragstellers aufscheinenden Leistungen der E*** weder um Zulieferleistungen, noch um Leistungen eines Hilfsunternehmers, sondern vielmehr um solche Leistungen, die einen Teil der ausgeschriebenen Leistung darstellen, sodass die E*** als Subunternehmer iSv § 83 BVergG idGF zu qualifizieren ist. Auch wenn die Leistung bereits mit dem Erwerb der Software bzw. der Lizenz miterworben würde - wie der Antragsteller in seinem Schriftsatz vom 16.8.2012 und in der mündlichen Verhandlung am 5.9.2012 argumentiert - so handelt es sich in der gegenständlichen Fallkonstellation um Leistungen, die vom gegenständlichen

Dienstleistungsauftrag in der Ausschreibung zur Angebotslegung erfasst sind, und als Leistungsgegenstand laut Angebotskonzept des Antragstellers von der E*** innerhalb der vereinbarten Reaktionszeit durchgeführt werden. Für die Erbringung dieser Auch wenn der Antragsteller die E*** im Angebot als Lieferant einstuft, handelt es sich bei den oben geschilderten, im 1. Angebot und im Letztangebot des Antragstellers aufscheinenden Leistungen der E*** weder um Zulieferleistungen, noch um Leistungen eines Hilfsunternehmers, sondern vielmehr um solche Leistungen, die einen Teil der ausgeschriebenen Leistung darstellen, sodass die E*** als Subunternehmer iSv Paragraph 83, BVergG idgF zu qualifizieren ist. Auch wenn die Leistung bereits mit dem Erwerb der Software bzw. der Lizenz miterworben würde - wie der Antragsteller in seinem Schriftsatz vom 16.8.2012 und in der mündlichen Verhandlung am 5.9.2012 argumentiert - so handelt es sich in der gegenständlichen Fallkonstellation um Leistungen, die vom gegenständlichen Dienstleistungsauftrag in der Ausschreibung zur Angebotslegung erfasst sind, und als Leistungsgegenstand laut Angebotskonzept des Antragstellers von der E*** innerhalb der vereinbarten Reaktionszeit durchgeführt werden. Für die Erbringung dieser

ausgeschriebenen Dienstleistungen zieht der Antragsteller die E*** gemäß den oben angeführten Angaben in seinem Konzept C5 für die gesamte Dauer des ausgeschriebenen Auftrages heran. Die im Schriftsatz vom 3.9.2012 vorgebrachten Argumente zur Abgrenzung zwischen Kaufvertrag, Werkvertrag und Mischverträgen sowie zur Überwiegensprinzipregelung in § 9 Abs. 1 BVergG idgF können daher dahingestellt bleiben. ausgeschriebenen Dienstleistungen zieht der Antragsteller die E*** gemäß den oben angeführten Angaben in seinem Konzept C5 für die gesamte Dauer des ausgeschriebenen Auftrages heran. Die im Schriftsatz vom 3.9.2012 vorgebrachten Argumente zur Abgrenzung zwischen Kaufvertrag, Werkvertrag und Mischverträgen sowie zur Überwiegensprinzipregelung in Paragraph 9, Absatz eins, BVergG idgF können daher dahingestellt bleiben.

Ob - wie der Antragsteller in seinem Schriftsatz vom 16.8.2012 und in der mündlichen Verhandlung am 5.9.2012 vorbringt - bei jedem Microsoft Produkt tagtäglich im Hintergrund Leistungen erbracht werden, Leistungen beim Software- bzw. Lizenzerwerb bereits erworben werden oder die Oracle-Datenbanksoftware ebenso aktualisiert, weiterentwickelt oder upgraded werden würden - kann dabei in der gegenständlichen Fallkonstellation ebenso dahingestellt bleiben. Dies gilt auch für das Argument des Antragstellers, dass die von der E*** erbrachte ausschreibungsgegenständliche Leistung im eigenen Interesse zur Steigerung der Verkaufszahlen und für alle Kunden erbracht werde.

Dem Antragsteller wäre es auch offen gestanden, auf Grund der Einbindung der E*** in die ausgeschriebene Leistung eine entsprechende Anfrage zur Benennung von Subunternehmern an den Auftraggeber zu stellen. Der Problematik hinsichtlich einer allfälligen Subunternehmereigenschaft der E*** war sich der

Antragsteller offensichtlich bewusst - wie er auch in der

Verhandlung am 20.7.2011 mit dem Auftraggeber einräumte und zusicherte, dass die Dienstleistungen durch ihn erbracht werden würden. Diese nachträgliche Zusicherung an den Auftraggeber im Rahmen der Verhandlung am 20.7.2011 zum 1. Angebot vermag an der Einstufung der E*** als Subunternehmer im 1. Angebot nichts zu ändern.

Dies gilt auch für die diesbezüglich nachgereichte Bestätigung der E*** vom 25.7.2011. Auch wenn die E*** eine Zulieferrolle bestätigte und versicherte, dass der Antragsteller die Zusatzprogrammierung und Wartung als Dienstleister erbringen könne und über die dafür notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen würde, hätte der Antragsteller die E*** auf Grund der von ihr im Angebot des Antragstellers vorgesehenen, vom Ausschreibungsumfang erfassten Leistung innerhalb der Reaktionszeit als Subunternehmer bereits im Teilnahmeantrag bekannt geben müssen. Weder in den Teilnahmeantrags- noch in den Ausschreibungsunterlagen ist die Bekanntgabe der Subunternehmer auf "eignungsrelevante Subunternehmer" eingeschränkt, die zum Nachweis der Eignung des Bieters relevant sind.

Ob der Leistungsanteil der E*** nur geringfügig ist - wie der Antragsteller vorbringt - oder nicht, kann in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation dahingestellt bleiben, da der Auftraggeber weder im Teilnahmeantrag noch in der Ausschreibung bei der Bekanntgabe des Subunternehmers auf die Wesentlichkeit des durch den Subunternehmer zu

erbringenden Auftragsteils abstimmt. Daher hatte der Antragsteller sämtliche auch nicht eignungsrelevanten Subunternehmer, an die er Leistungsteile weiterzugeben beabsichtigt, bekanntzugeben und nachzuweisen, dass diese für die Erbringung des jeweils zugewiesenen Leistungsteils geeignet sind (vgl. G.Zellhofer/J.Schramm in

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 83 Rz 9 und 29).erbringenden Auftragsteils abstimmt. Daher hatte der Antragsteller sämtliche auch nicht eignungsrelevanten Subunternehmer, an die er Leistungsteile weiterzugeben beabsichtigt, bekanntzugeben und nachzuweisen, dass diese für die Erbringung des jeweils zugewiesenen Leistungsteils geeignet sind vergleiche G.Zellhofer/J.Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 83, Rz 9 und 29).

Bei der E*** handelt es sich auch nicht um einen Hilfsunternehmer, zumal im Unterschied zum Subunternehmer der Hilfsunternehmer selbst keinen Teil der ausgeschriebenen Leistung erbringt (vgl. G.Zellhofer/J.Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 83 Rz 10). Gerade die vom Antragsteller im Schriftsatz vom 16.8.2012 zitierte Judikatur des BVA (9.8.2011, N/0055-BVA/14/2011) spricht für die Qualifikation der E*** als Subunternehmer, zumal sie - wie oben aufgezeigt - einen Teil der ausgeschriebenen Leistung erbringt.Bei der E*** handelt es sich auch nicht um einen Hilfsunternehmer, zumal im Unterschied zum Subunternehmer der Hilfsunternehmer selbst keinen Teil der ausgeschriebenen Leistung erbringt vergleiche G.Zellhofer/J.Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 83, Rz 10). Gerade die vom Antragsteller im Schriftsatz vom 16.8.2012 zitierte Judikatur des BVA (9.8.2011, N/0055-BVA/14/2011) spricht für die Qualifikation der E*** als Subunternehmer, zumal sie - wie oben aufgezeigt - einen Teil der ausgeschriebenen Leistung erbringt.

Ungeachtet der vom Antragsteller unterlassenen Nennung der E*** im Teilnahmeantrag und Besprechung der Problematik in der Verhandlung mit dem Auftraggeber am 20.7.2012 scheint - ebenso wie im Konzept C5 des 1. Angebot - auch im Letztangebot des Antragstellers im Konzept C5 die von der E*** zu erbringende Leistung, die in der Ausschreibung vorgegeben ist, wieder auf, wobei eine Streichung der Punkte 3.2.1 (Support-Zeiten) und 3.2.2. (Mängelklassen und Reaktionszeiten) erfolgte.

Bei der unterlassenen Nennung der E*** als Subunternehmer im Teilnahmeantrag durch den Antragsteller handelt es sich auch nicht um einen verbesserungsfähigen Mangel im Sinne der Judikatur. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarer und unbehebbarer Mangel ist darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde (vgl. VwGH 25.3.2010, 2005/04/0144; 12.5.2011, 2008/04/0087; 28.2.2012, 2009/04/0120). In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024; 10.12.2009, 2005/04/0201), als behebbarer Mängel, ein Angebot mit einer kürzeren als der von den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel gewertet (VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; 30.9.2008, 2007/04/0017). Von einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Antragstellers gegenüber den anderen Bietern bei Einräumung der Verbesserungsmöglichkeit wäre aber in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation auszugehen, zumal das Konzept C5 des Antragstellers, in dem der Subunternehmer E*** aufscheint, der Bewertung unterliegt [Punkt 3 der Ausschreibungsunterlagen Preis (40%), Qualität (60%) - Subkriterium Block B - Konzept (25%) - Release-, Weiterentwicklungs- und Supportkonzept (15%)].Bei der unterlassenen Nennung der E*** als Subunternehmer im Teilnahmeantrag durch den Antragsteller handelt es sich auch nicht um einen verbesserungsfähigen Mangel im Sinne der Judikatur. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarer und unbehebbarer Mangel ist darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde vergleiche VwGH 25.3.2010, 2005/04/0144; 12.5.2011, 2008/04/0087; 28.2.2012, 2009/04/0120). In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024; 10.12.2009, 2005/04/0201), als behebbarer Mängel, ein Angebot mit einer kürzeren als der von den Ausschreibungsunterlagen geforderten

Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel gewertet (VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; 30.9.2008, 2007/04/0017). Von einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Antragstellers gegenüber den anderen Bietern bei Einräumung der Verbesserungsmöglichkeit wäre aber in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation auszugehen, zumal das Konzept C5 des Antragstellers, in dem der Subunternehmer E*** aufscheint, der Bewertung unterliegt [Punkt 3 der Ausschreibungsunterlagen Preis (40%), Qualität (60%) - Subkriterium Block B - Konzept (25%) - Release-, Weiterentwicklungs- und Supportkonzept (15%)].

Da es der Antragsteller verabsäumt hat, die E*** als Subunternehmer bereits im Teilnahmeantrag zu nennen, und dieses Unternehmen ungeachtet dessen im 1. Angebot wie im Letztangebot im Konzept C 5 zu einer laut Ausschreibung zu erbringenden Leistung herangezogen hat, wäre das Angebot des Antragstellers gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG idgF da es der Antragsteller verabsäumt hat, die E*** als Subunternehmer bereits im Teilnahmeantrag zu nennen, und dieses Unternehmen ungeachtet dessen im 1. Angebot wie im Letztangebot im Konzept C 5 zu einer laut Ausschreibung zu erbringenden Leistung herangezogen hat, wäre das Angebot des Antragstellers gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG idgF

auszuscheiden gewesen. Es liegt nicht in der Disposition des Auftraggebers, von Ausscheidenstatbeständen gemäß § 129 Abs. 1 BVergG nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter entscheidend [vgl dazu EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009; 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N- 64/03-22, 28.1.2005, 04N-131/04-38 u.a.). auszuscheiden gewesen. Es liegt nicht in der Disposition des Auftraggebers, von Ausscheidenstatbeständen gemäß Paragraph 129, Absatz eins, BVergG nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter entscheidend [vgl dazu EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009; 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N- 64/03-22, 28.1.2005, 04N-131/04-38 u.a.).

1.4. Schlussfolgerungen

Der Verwaltungsgerichtshof hat wiederholt ausgesprochen, dass für einen Bieter, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, kein Schaden dadurch entsteht, dass dieser Bieter am weiteren Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann (vgl. zB. VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200). In den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntnis wurde nicht nur auf die Vorjudikatur verwiesen, sondern auch darauf, dass diese Rechtsansicht nicht zuletzt mit den Ausführungen des Generalanwaltes in den Schlussanträgen in der Rechtssache C-249/01 im Einklang steht, nach denen ein Bieter den Zuschlag nicht erhalten könne, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat (VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232). Der Verwaltungsgerichtshof hat wiederholt ausgesprochen, dass für einen Bieter, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, kein Schaden dadurch entsteht, dass dieser Bieter am weiteren Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann vergleiche zB. VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200). In den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntnis wurde nicht nur auf die Vorjudikatur verwiesen, sondern auch darauf, dass diese Rechtsansicht nicht zuletzt mit den Ausführungen des Generalanwaltes in den Schlussanträgen in der Rechtssache C-249/01 im Einklang steht, nach denen ein Bieter den Zuschlag nicht erhalten könne, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat (VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232).

Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv § 320 Abs. 1 BVergG idgF zu

verneinen (vgl. VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 28.3.2011, N/0002-BVA/04/2011-13). Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv Paragraph 320, Absatz eins, BVergG idgF zu verneinen vergleiche VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 28.3.2011, N/0002-BVA/04/2011-13).

Dem Antragsteller wurde auch mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 27.8.2012 der vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidungsgrund vorgehalten (VwGH 12.5.2011, 2007/04/0012) und ihm damit - sowie weiters in der mündlichen Verhandlung am 5.9.2012 - ausreichend Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidungsgrundes, Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Gelegenheit, sich zum herangezogenen Ausscheidungsgrund zu äußern, hatte der Antragsteller auch bereits mit Übermittlung des mit 26.7.2012 datierten Schriftsatzes des Auftraggebers im Rahmen des Parteiengehörs ab 27.7.2012, in welchem der herangezogene Ausscheidungsgrund angeführt worden ist.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Zu Spruchpunkt II.römisch vier. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG idgF hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit zu entrichtenden Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs. 2 leg.cit besteht auch, wenn dem Nachprüfungsantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. dieser nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG idgF hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit zu entrichtenden Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg.cit besteht auch, wenn dem Nachprüfungsantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. dieser nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Wie sich aus den oben angeführten Spruchpunkt I. ergibt, hat der Antragsteller auch nicht teilweise im Sinne von § 319 Abs. 1 BVergG idgF obsiegt, sodass der Auftraggeber auch nicht im ordnungsgemäß vorgesehenen Ausmaß zum Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten war und der diesbezügliche Antrag des Antragstellers abzuweisen war. Wie sich aus den oben angeführten Spruchpunkt römisch eins. ergibt, hat der Antragsteller auch nicht teilweise im Sinne von Paragraph 319, Absatz eins, BVergG idgF obsiegt, sodass der Auftraggeber auch nicht im ordnungsgemäß vorgesehenen Ausmaß zum Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten war und der diesbezügliche Antrag des Antragstellers abzuweisen war.

Zuletzt aktualisiert am

05.11.2012

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