

TE Verg Bescheid 2011/12/29 F/0011-BVA/13/2011-37

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.12.2011

Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 MR Mag. Thomas Gruber sowie Dr. Michael Fruhmann als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als Mitglied der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren betreffend das "Vergabeverfahren betreffend die Umsetzung des Systems e-Medikation" des Auftraggebers Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, Kundmanngasse 21-23, 1030 Wien, vertreten durch X***, aufgrund der Anträge der A***, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag vom 11. November 2011 "das Bundesvergabeamt möge gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens betreffend jeweils die Umsetzung des Systems e-Medikation mit der B***, der D*** und der C*** ohne vorherige Bekanntmachung beziehungsweise ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen

Dem Antrag vom 11. November 2011 "das Bundesvergabeamt möge gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens betreffend jeweils die Umsetzung des Systems e-Medikation mit der B***, der D*** und der C*** ohne vorherige Bekanntmachung beziehungsweise ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen

Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war" wird gemäß § 312 BVergG 2006 stattgegeben. Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war" wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 stattgegeben.

1. 2.Ziffer 2

Es wird gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG festgestellt, dass das vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger durchgeführte Vergabeverfahren betreffend die Umsetzung des Systems e-Medikation, welches mit dem Zustandekommen von 3 Rahmenverträgen mit den Arztsoftwareherstellern B***, D*** und C*** sowie den in der folgenden Tabelle genannten 71 Einzelverträgen mit der B*** und der D*** endete,

rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde. Eine Tabelle welche auch die Namen und Adressen der betreffenden Ärzte enthält und einenEs wird gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG festgestellt, dass das vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger durchgeführte Vergabeverfahren betreffend die Umsetzung des Systems e-Medikation, welches mit dem Zustandekommen von 3 Rahmenverträgen mit den Arztsoftwareherstellern B***, D*** und C*** sowie den in der folgenden Tabelle genannten 71 Einzelverträgen mit der B*** und der D*** endete, rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde. Eine Tabelle welche auch die Namen und Adressen der betreffenden Ärzte enthält und einen

integrierenden Bestandteil des Bescheides bildet liegt im Akt des Bundesvergabeamtes mit der GZ F/0011-BVA/13/2011- 29b.

Lauf=	Bezahlter Betrag	Datum der Rechnung	Datum der Zahlung	Arzt der	Arzt der	Zahlungssoftware= empfangen
ende	(inkl. USt)					hersteller A (=Arzt)
Nummer						

(ASWH) bzw.

ASWH bzw S
(=Sonstige)

1	452,00 €	09.06.2011	16.06.2011	N.N.	B***	
					(E***)	ASWH
2	452,00 €	09.06.2011	16.06.2011	N.N.	B***	
					(E***)	ASWH
3	452,00 €	09.06.2011	16.06.2011	N.N.	B***	
					(E***)	ASWH
4	452,00 €	09.06.2011	16.06.2011	N.N.	B***	
					(F***)	ASWH
5	452,00 €	09.06.2011	16.06.2011	N.N.	B***	
					(E***)	ASWH
6	452,00 €	09.06.2011	16.06.2011	N.N.	B***	
					(E***)	ASWH
7	452,00 €	09.06.2011	16.06.2011	N.N.	B***	
					(E***)	ASWH
8	452,00 €	09.06.2011	16.06.2011	N.N.	B***	
					(F***)	ASWH
9	452,00 €	09.06.2011	16.06.2011	N.N.	B***	
					(E***)	ASWH
10	452,00 €	09.06.2011	16.06.2011	N.N.	B***	
					(E***)	ASWH
11	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	B***	
					(E***)	ASWH
12	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	B***	
					(E***)	ASWH

13	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	D***
				(G***)	ASWH
14	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	B***
				(E***)	ASWH
15	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	B***
				(F***)	ASWH
16	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	D***
				(G***)	ASWH
17	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	B***
				(E***)	ASWH
18	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	B***
				(E***)	ASWH
19	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	B***
				(F***)	ASWH
20	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	B***
				(E***)	ASWH
21	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	B***
				(F***)	ASWH
22	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	D***
				(G***)	ASWH
23	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	D***
				(G***)	ASWH
24	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	D***
				(G***)	ASWH
25	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	B***
				(E***)	ASWH
26	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	B***
				(E***)	ASWH
27	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	D***
				(G***)	ASWH
28	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	B***
				(F***)	ASWH
29	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	B***
				(F***)	ASWH
30	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	D***
				(G***)	ASWH
31	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	D***
				(G***)	ASWH

32	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	B***
			(F***)	ASWH	
33	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	D***
			(G***)	ASWH	
34	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	B***
			(E***)	ASWH	
35	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	D***
			(G***)	ASWH	
36	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	B***
			(E***)	ASWH	
37	452,00 €	09.06.2011	20.06.2011	N.N.	B***
			(F***)	ASWH	
38	452,00 €	09.06.2011	21.06.2011	N.N.	D***
			(G***)	ASWH	
39	452,00 €	09.06.2011	21.06.2011	N.N.	D***
			(G***)	ASWH	
40	452,00 €	09.06.2011	21.06.2011	N.N.	B***
			(F***)	ASWH	
41	452,00 €	09.06.2011	21.06.2011	N.N.	D***
			(G***)	ASWH	
42	452,00 €	09.06.2011	21.06.2011	N.N.	D***
			(G***)	ASWH	
43	452,00 €	09.06.2011	21.06.2011	N.N.	B***
			(E***)	ASWH	
44	452,00 €	09.06.2011	22.06.2011	N.N.	B***
			(F***)	ASWH	
45	452,00 €	09.06.2011	22.06.2011	N.N.	D***
			(G***)	ASWH	
46	452,00 €	09.06.2011	22.06.2011	N.N.	B***
			(F***)	ASWH	
47	452,00 €	09.06.2011	22.06.2011	N.N.	B***
			(F***)	ASWH	
48	452,00 €	09.06.2011	22.06.2011	N.N.	D***
			(G***)	ASWH	
49	452,00 €	09.06.2011	22.06.2011	N.N.	B***
			(E***)	ASWH	
50	452,00 €	09.06.2011	22.06.2011	N.N.	B***
			(E***)	ASWH	

51	452,00 €	09.06.2011	28.06.2011	N.N.	D***
			(G***)	ASWH	
52	452,00 €	09.06.2011	28.06.2011	N.N.	B***
			(E***)	ASWH	
53	452,00 €	09.06.2011	28.06.2011	N.N.	B***
			(E***)	ASWH	
54	452,00 €	09.06.2011	28.06.2011	N.N.	B***
			(F***)	ASWH	
55	452,00 €	09.06.2011	28.06.2011	N.N.	B***
			(E***)	ASWH	
56	452,00 €	09.06.2011	28.06.2011	N.N.	D***
			(G***)	ASWH	
57	452,00 €	09.06.2011	30.06.2011	N.N.	B***
			(E***)	ASWH	
58	452,00 €	09.06.2011	30.06.2011	N.N.	D***
			(G***)	ASWH	
59	452,00 €	09.06.2011	30.06.2011	N.N.	B***
			(F***)	ASWH	
60	452,00 €	09.06.2011	30.06.2011	N.N.	B***
			(E***)	ASWH	
61	452,00 €	09.06.2011	30.06.2011	N.N.	D***
			(G***)	ASWH	
62	452,00 €	09.06.2011	05.07.2011	N.N.	B***
			(F***)	ASWH	
63	452,00 €	09.06.2011	08.07.2011	N.N.	D***
			(G***)	ASWH	
64	452,00 €	09.06.2011	08.07.2011	N.N.	D***
			(G***)	ASWH	
65	452,00 €	09.06.2011	22.07.2011	N.N.	B***
			(E***)	ASWH	
66	452,00 €	09.06.2011	29.08.2011	N.N.	B***
			(F***)	ASWH	
67	452,00 €	09.06.2011	06.10.2011	N.N.	B***
			(E***)	ASWH	
68	452,00 €	09.06.2011	12.10.2011	N.N.	B***
			(E***)	ASWH	
69	452,00 €	09.06.2011	12.10.2011	N.N.	D***
			(G***)	ASWH	

70 452,00 € 09.06.2011 12.10.2011 N.N. D***

(G***) ASWH

71 452,00 € 09.06.2011 12.10.2011 N.N. D***

(G***) ASWH

1. 3.Ziffer 3

Die 3 Rahmenverträge sowie 71 Einzelverträge gemäß Spruchpunkt I.2. werden gemäß § 334 BVergG 2006 nur soweit aufgehoben, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind. Die 3 Rahmenverträge sowie 71 Einzelverträge gemäß Spruchpunkt römisch eins.2. werden gemäß Paragraph 334, BVergG 2006 nur soweit aufgehoben, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

2. 4.Ziffer 4

Da unter Spruchpunkt I.3. von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages abgesehen wurde ist der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger gemäß § 334 BVergG 2006 verpflichtet, dem Bundesvergabeamt binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution eine Geldbuße in der Höhe von € 10.000,-- zu bezahlen. Da unter Spruchpunkt römisch eins.3. von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages abgesehen wurde ist der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger gemäß Paragraph 334, BVergG 2006 verpflichtet, dem Bundesvergabeamt binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution eine Geldbuße in der Höhe von € 10.000,-- zu bezahlen.

II.römisch zwei.

Dem Antrag vom 11. November 2011 "das Bundesvergabeamt möge dem Antragsgegner den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühr zu Handen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen" wird stattgegeben.

Der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger ist gemäß § 319 BVergG 2006 verpflichtet, der Antragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von € 1.971,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreterin zu bezahlen. Der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger ist gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 verpflichtet, der Antragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von € 1.971,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreterin zu bezahlen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 11. November 2011 (beim BVA am selben Tag eingelangt) die Anträge

- -Strichaufzählung
eine mündliche Verhandlung durchzuführen,
- -Strichaufzählung
auf Akteneinsicht
- -Strichaufzählung
"gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens betreffend jeweils die Umsetzung des Systems e-Medikation mit der B***, der D*** und der C*** ohne vorherige Bekanntmachung beziehungsweise ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen" gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens betreffend jeweils die Umsetzung des Systems e-Medikation mit der B***, der D*** und der C*** ohne vorherige Bekanntmachung beziehungsweise ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen

Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war

- -Strichaufzählung
im Anschluss an die Feststellung gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG die jeweils zwischen dem Antragsgegner und der

B***, der D*** und C*** abgeschlossenen Verträge betreffend die Umsetzung des Systems e-Medikation für absolut nichtig erklären beziehungsweise für den Fall, dass von der Nichtigerklärung der Verträge abgesehen wird, eine Geldstrafe über den Auftraggeber zu verhängen"im Anschluss an die Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG die jeweils zwischen dem Antragsgegner und der B***, der D*** und C*** abgeschlossenen Verträge betreffend die Umsetzung des Systems e-Medikation für absolut nichtig erklären beziehungsweise für den Fall, dass von der Nichtigerklärung der Verträge abgesehen wird, eine Geldstrafe über den Auftraggeber zu verhängen"

- -Strichaufzählung
auf Ersatz der Pauschalgebühren durch den Auftraggeber gestellt.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (im Folgenden kurz: Hauptverband) die bundesweite Einführung eines als e-Medikation bezeichneten Systems, welches eine Architekturkomponente der elektronischen Gesundheitsakte (ELGA) bilde, beabsichtige. Mit Bescheid des BVA vom 13.5.2011, F/0002-BVA/13/2011-69 ua, sei bereits

festgestellt worden, dass die Auftragsvergabe durch den Antragsgegner an die B***, der D*** und der C***

rechtswidrig erfolgt sei und seien die entsprechenden Verträge vom 2.12.2010 bzw 28.1.2011 teilweise aufgehoben worden. Ungeachtet der teilweisen Aufhebung dieser Verträge durch das BVA habe der Antragsgegner seine Zusammenarbeit mit den drei genannten Arztsoftwareherstellern offenbar unverändert fortgesetzt. Die drei Arztsoftwarehersteller (im Folgenden kurz: ASWH) würden für den Hauptverband weiterhin genau die Leistungen erbringen, die in dem für nichtig erklärten Teil der Verträge vom 2.12.2010 beziehungsweise 28.1.2011 vorgesehen gewesen wären. Ganz offensichtlich in der Absicht, vergaberechtliche Bindungen und insbesondere den Bescheid des BVA vom 13.5.2011 zu umgehen, hätten die dem Antragsgegner bereits als Teilnehmer genannten niedergelassenen Ärzte ein Schreiben des Hauptverbandes erhalten, in welchem diese darüber informiert worden seien, dass aufgrund der Entscheidung des BVA vom 13.5.2011 und der darin ausgesprochenen Aufhebung der mit den ASWH

geschlossenen Verträgen, die Betreuungsleistungen nicht mehr auf Grundlage dieser Verträge erbracht werden könnten. Um dennoch eine Teilnahme der ursprünglich vorgesehenen Anzahl an niedergelassenen Ärzten zu ermöglichen, hätte der Antragsgegner die Adressaten aufgefordert, gegen

Kostenerstattung durch den Antragsgegner nunmehr selbst Verträge mit den ASWH zu schließen. Daraus ergebe sich, dass die Leistungserbringung der ASWH gleich den ursprünglichen Verträgen in derselben Weise wie zuvor für den Hauptverband erfolgen solle. Die Geschehensabläufe im Zuge der Zusammenarbeit zwischen Antragsgegner und ASWH zeige deutlich, dass gegenständlich ein einheitlicher Beschaffungsvorgang vorliege. Der Auftragswert sei folglich im Einklang mit dem Bescheid des BVA vom 13.5.2011, F/0002- BVA/13/2011-69 ua, mit Euro 246.470,-- zu bestimmen.

Mit E-Mail der C*** vom 18. November 2011 teilte diese mit, dass sie nach dem 13. Mai 2011 mit dem Hauptverband / I*** keinerlei Verträge abgeschlossen habe. Leistungen im Zusammenhang mit der e-Medikation hätte sie ausschließlich im Auftrag der teilnehmenden Ärzte durchgeführt.

Der Auftraggeber brachte mit Schreiben vom 18. November 2011 im Wesentlichen vor, dass er kein Vergabeverfahren zur Vergabe von Dienstleistungen "betreffend die Anbindung von niedergelassenen Ärzten an die e-Medikationssoftware" durchführe und auch nicht als Auftraggeber in einem solchen Verfahren zu bezeichnen sei. Unrichtig sei die Behauptung der Antragstellerin, dass der Hauptverband ungeachtet der teilweisen Aufhebung der Verträge durch das BVA seine Zusammenarbeit mit den drei genannten ASWH offenbar unverändert fortsetze. Die drei von der Antragstellerin genannten ASWH würden für den Hauptverband keine Leistungen im Rahmen des Pilotbetriebs e-Medikation erbringen. Tatsächlich habe der Hauptverband an 12 der an der Teilnahme am Pilotbetrieb e-Medikation interessierten Ärzten am 30.5.2011 ein Schreiben versandt. Darin sei den Adressaten zugesagt worden, dass der Hauptverband gegen Vorlage einer Kopie einer Rechnung eines vom Arzt frei gewählten ASWH über die Softwareintegration eines die Teilnahme am Pilotbetrieb e- Medikation ermöglichenden Softwaremoduls in die

bestehende Arztsoftware des Arztes Kosten im Ausmaß von maximal € 790,- zuzüglich Ust insgesamt € 948,-- ersetzt werden würden. Der Hauptverband habe ebenfalls am 30.5.2011 an insgesamt 104 am Pilotprojekt teilnehmende Ärzte ein Schreiben gerichtet, in dem er diese darüber informiert habe, dass er diesen Ärzten gegen Vorlage einer Kopie einer Rechnung eines ASWH für Betreuungsleistungen im Rahmen der Installation des Moduls e-Medikation in die bestehende Arztsoftware Kosten in Höhe von € 376,67 zuzüglich Ust insgesamt € 452,-- ersetzen würde. Auch in

diesem Schreiben habe es der Hauptverband den angeschriebenen Ärzten freigestellt, ein von diesen gewähltes Softwareunternehmen mit der Erbringung von Betreuungsleistungen im Rahmen des Pilotbetriebs e-Medikation zu betrauen. Aus der Tatsache, dass die Rechnungslegung der ASWH an die Ärzte erfolge und der Hauptverband lediglich eine Kopie zur Bezahlung der Schuld der Ärzte benötige, gehe hervor, dass kein Vertragsverhältnis zwischen dem Hauptverband und den von den Ärzten ausgewählten ASWH begründet worden sei. Über die Anträge der Antragstellerin sei bereits mit Bescheid des BVA vom 13.5.2011, F/0002-BVA/13/2011-69 ua, entschieden worden, weshalb die Anträge der Antragstellerin wegen entschiedener Sache zurückzuweisen seien. Der Antragstellerin mangle es auch an der Antragslegitimation, da sie über eine Gewerbeberechtigung Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisation eingeschränkt auf die Beratung in Fragen des Gesundheitswesens und der Öffentlichkeitsarbeit, nicht aber über eine Gewerbeberechtigung zur Entwicklung und Installation von Software verfüge.

Mit Schreiben der B*** und der D*** vom 21. November 2011 wandten sich diese mit den im Wesentlichen gleichen Argumenten wie der Hauptverband gegen den Antrag der Antragstellerin.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 23. November 2011 wurde unter anderem ein "Gutachten betreffend e-Medikation für die I***" der H*** vom 22. Juli 2011 samt "Ergänzungen zum Gutachten betreffend e-Medikation für die I***" vom 1. August 2011 übermittelt. Zusammengefasst kommt der Sachverständige (der wie er selbst im Gutachten schreibt die Motivation für die an ihn gestellte Frage nicht

nachvollziehen kann) darin zu dem Ergebnis, dass die konkrete Umsetzung des Pilotbetriebes e-Medikation sowohl die Kenntnis des Source Codes der konkreten ASWH als auch das Bearbeitungsrecht an dieser Software voraussetzt.

Mit E-Mail der Antragstellerin vom 25. November 2011 legte diese eine "Stellungnahme zur Frage, ob die Vorgangsweise des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger, mit der das Pilotprojekt e-Medikation trotz des Bescheides des BVA vom 13.5.2011 fortgeführt und zu Ende gebracht werden soll, (vergabe)rechtlich unbedenklich ist" erstattet von o. J*** vom 28. Juni 2011 sowie eine ergänzende Stellungnahme dazu vom 10. August 2011 vor.

Mit E-Mail der T*** vom 28. November 2011 legte diese eine "vergaberechtliche Beurteilung e-Medikation" vom 3. August 2011 vor.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 28.11.2011 erhob diese im Wesentlichen das Gutachten J*** zum Vorbringen ihrer eigenen Stellungnahme.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28. November 2011 brachte diese im Wesentlichen vor, dass der Feststellungsantrag verfristet sei. Dies deshalb, weil die subjektive Frist zur Einbringung des Feststellungsantrages sechs Wochen ab dem Zeitpunkt betrage, zu dem die Antragstellerin vom Zuschlag Kenntnis erlangt habe oder hätte erlangen können. Die Antragstellerin hätte daher frühestens am 30. September 2011 vom Zuschlag Kenntnis erlangen dürfen, damit der Antrag nicht verfristet sei. Tatsächlich habe die Antragstellerin jedoch bereits am 19. Juli 2011 bei einer Besprechung zwischen dem Geschäftsführer der Antragstellerin und K*** mit dem Vorsitzenden des Verbandsvorstandes des Hauptverbandes und dem

stellvertretenden Generaldirektor des Hauptverbandes von der Vorgangsweise des Hauptverbandes Kenntnis erlangt. Weiters sei in diversen Medien über die geplante Vorgangsweise des Hauptverbandes berichtet worden. Am 8.9.2011 habe eine Diskussionsveranstaltung zum Thema e-Medikation in der Urania in 1010 Wien stattgefunden. K*** habe dort rechtliche Bedenken gegen die Vorgangsweise des Hauptverbandes, die nun Gegenstand des Feststellungsantrages sei, geäußert. Der Auftraggeber habe beschlossen, zunächst an der Teilnahme am Pilotprojekt interessierte Ärzte zu finden und dann über die Förderung dieser Ärzte die Vertragspartner dieser Ärzte auf Seiten der ASWH für die Teilnahme am Pilotbetrieb zu interessieren. Der Auftraggeber habe allen bekannten ASWH über deren gesetzliche Standesvertretung die Teilnahme am Pilotbetrieb offen gestellt und habe auch über die den Ärzten zu gewährende Förderung für die Teilnahme informiert.

Am 29. November 2011 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Der Auftraggeber gab dabei im Wesentlichen an, dass die den Ärzten angebotene Summe von €

790,-- + Ust. die Installation der Software und Schulung abgelten solle und die den Ärzten angebotene Summe von €

376,67 + Ust. den Support der Ärzte abgelten solle. Somit sei bei den Ärzten, bei denen bis einschließlich 13.5.2011 die

Installation der Software durchgeführt worden sei, die Übernahme der Kosten des Supports angeboten worden. Den Ärzten, bei denen bis einschließlich 13.5.2011 die Installation nicht durchgeführt worden sei, seien sowohl die Übernahme der Kosten der Installation der Software und der Schulung (€ 790,-- + Ust.) als auch die Übernahme der Kosten für den Support (€ 376,67 + Ust.) gegen Vorlage einer Rechnungskopie angeboten worden. Die Frage des Senatsvorsitzenden: "Wie viel hat der Hauptverband an die drei verfahrensgegenständlichen Arztsoftwarehersteller insgesamt sowohl direkt als auch indirekt (z.B. im Wege der am Projekt teilnehmenden Ärzte) inklusive Ust. gezahlt und wie viele Zahlungen sind eventuell noch offen?" beantwortete der Hauptverband wie folgt:

Der Hauptverband gab zu dieser Frage weiters an, dass 33 der angeschriebenen Ärzte noch keine Rechnungskopien für Supportleistungen übersandt hätten und dafür ein Betrag von brutto € 14.916,-- zur Verfügung stehe. Weiters hätten 12 Ärzte ihre Installations- und Schulungsrechnung noch nicht übersandt, wofür ein Betrag von brutto € 11.376,-- zur Verfügung stehe. Die Gesamtsumme aus bereits bezahlten Leistungen (die bereits bis 13.5.2011 erbracht worden seien) und beglichenen Rechnungen (für Leistungen die nach dem 13.5.2011 erbracht worden seien) sowie noch allenfalls einlangende Rechnungen (für Leistungen nach dem 13.5.2011), betrage somit netto € 148.958,44 und brutto € 167.073,32. Weiters gab der Hauptverband an, dass in einem Projektleitungsausschuss, dem Vertreter des AA***, der AB***, der AC***, des AD***, des AE*** und des Hauptverbandes und ein Vertreter der AH*** angehören, der Beschluss gefasst worden sei, dass die AB*** die drei AF*** ersuchen werde, bis zum 22.10.2010, jeweils eine Liste der an der Teilnahme am Pilotbetrieb interessierten Ärzte zu erstellen und an den Hauptverband zu senden. Bis zum 22.10.2010 sei nur die Liste der AG*** eingelangt. Die Liste habe Angaben über den jeweiligen Arzt und die von ihm verwendete Arztsoftware enthalten. Daraus hätten sich 5 Produkte von 4 Arztsoftwareherstellern ergeben. Der Arztsoftwarehersteller L*** habe schon im Sommer 2010 abgelehnt an diesem Pilotprojekt teilzunehmen und zwar im Rahmen von Gesprächen nach der Präsentation des Projekts durch den Hauptverband in der M***. Somit seien 4 Produkte von 3 Herstellern verblieben, mit denen in weiterer Folge Verträge abgeschlossen worden seien. Ende November 2010 seien noch andere Listen von den AF*** dazugekommen. Die drei ASWH, die von der AG*** benannt worden seien, seien schließlich ausschlaggebend für die Wahl der ASWH auch für OÖ und Wien gewesen.

Der Hauptverband führte des weiteren aus, dass die I*** und der Hauptverband eine Gesamtliste aller in den Projektregionen angesiedelten Ärzten samt deren ASW hergestellt habe. Die auf wenige ASWH eingeschränkte Liste, die N*** an die AF*** am 7.10.2010 übersandt habe, sei von N*** selbst erstellt worden. Offensichtlich sei die Einschränkung auf wenige ASWH aufgrund der Vorgaben des Projektleitungsausschusses erfolgt.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 30. November 2011 brachte dieser im Wesentlichen vor, dass im Zeitraum 1.1.2011 bis 29.11.2011 insgesamt 141 Vertragsärzte des Antragsgegners von einem ASWH zu einem anderen ASWH gewechselt seien. 39 weitere Vertragsärzte des Antragsgegners seien von einem Produkt eines ASWH zu einem anderen Produkt desselben ASWH gewechselt. Keiner der am Pilotbetrieb teilnehmenden Ärzte habe nach dem 13.5.2011 von einem ASWH zu einem anderen ASWH gewechselt.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 6.12.2011 legte diese ua die Beilage ./15 vor.

Mit Schreiben des Bundesvergabebeamten vom 9.12.2011 wurde der Hauptverband ersucht, eine Auflistung der vom ihm geleisteten Zahlungen für nach dem 13.5.2011 im Rahmen des Pilotprojektes e-Medikation erbrachte Leistungen vorzulegen. Mit Schreiben des Hauptverbandes vom 13.12.2011 wurde die im Spruch unter Punkt I.2. abgedruckte Tabelle vorgelegt. geleisteten Zahlungen für nach dem 13.5.2011 im Rahmen des Pilotprojektes e-Medikation erbrachte Leistungen vorzulegen. Mit Schreiben des Hauptverbandes vom 13.12.2011 wurde die im Spruch unter Punkt römisch eins.2. abgedruckte Tabelle vorgelegt.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Mit Bescheid des BVA vom 13.5.2011, F/0002-BVA/13/2011-69, F/0007-BVA/13/2011-3, F/0008-BVA/13/2011-3, F/0009-BVA/13/2011-3, wurde festgestellt, dass das vom Hauptverband durchgeführte Vergabeverfahren, welches mit dem Zustandekommen des Vertrages vom 2.12.2010 mit der B***, des Vertrages vom 2.12.2010 mit der D*** sowie des Vertrages vom 28.1.2011 mit der C*** endete, rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne

vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde. Diese 3 Verträge wurden soweit aufgehoben, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind und es wurde über den Hauptverband eine Geldbuße von €

24.000,-- verhängt.

Beilage ./15 des Schreibens der Antragstellerin vom 6.12.2011 lautet:

"Von: O***

Gesendet: Dienstag, 31. Mai 2011 10:32

An: O***; P***

Betreff: AW: Installation Q***

Liebe Frau R***, liebe Frau P***,

S*** versichert mit hoch und heilig, dass die Fäden im Laufe des Tages entwirrt sein werden und auch für die zukünftige Vorgangsweise der "Vergaben" eine vernünftige Lösung gefunden wurde. Er wird mit Ihnen, Frau R***, noch Kontakt aufnehmen. Mit den Arztsoftwareherstellern dürfte die Sache geklärt sein..... Ich bleibe optimistisch, auch dass mit Frau Q*** eine Lösung gefunden wird (falls sie -hoffentlich - dabei bleibt... !)

Mit herzlichen Grüßen O***

O***

Der Hauptverband hat an 12 Ärzte das folgende Schreiben vom 30.5.2011 versendet:

"DR.

Betr.: e-Medikation; Pilotprojekt, Kostenübernahme für

Installation und Schulung

Sehr geehrter Herr Doktor!

Sie haben sich bereit erklärt, am Pilotbetrieb e-Medikation teilzunehmen, wir danken Ihnen dafür und informieren Sie über den weiteren Ablauf.

Der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger hat im vergangenen Jahr Verträge mit den Arztsoftware-Herstellern (ua auch mit Ihrem Arztsoftwarehersteller) geschlossen, die sicherstellen sollen, dass - entsprechend den Wünschen der AB*** - die teilnehmenden Ärztinnen und Ärzte die e-Medikation über ihre Arztsoftware bedienen können und ihnen dadurch keine Kosten für diese Software-Integration während des Pilotbetriebes erwachsen.

Wie Ihnen vielleicht aus den Medien bekannt ist, hat das Bundesvergabeamt diese Verträge aufgehoben, (im Ergebnis mit der Begründung dass die Leistung möglicherweise auch auf andere Weise hätte erbracht werden können und daher auch anderen Unternehmen Gelegenheit zum Wettbewerb zu geben gewesen wäre). Das hat zur Folge, dass die Installation von "e-Medikation" inklusive Schulung nicht mehr auf Basis des damals mit Ihrem Arztsoftwarehersteller geschlossenen Vertrages erbracht werden kann.

Es ist nach wie vor unser Ziel, Sie für den Probetrieb, dem Sie sich dankenswerter Weise angeschlossen haben, hinsichtlich dieser Kosten zu entlasten.

Wir sagen Ihnen deshalb hiermit zu, dass wir gegen Vorlage einer Kopie der entsprechenden Rechnung innerhalb von 5 Tagen den Betrag von € 790,-- zuzüglich 20%

Umsatzsteuer (somit € 948,--) an ein von Ihnen gewähltes Softwareunternehmen ersetzen werden, das für Sie in Ihrer

Arztsoftware die notwendigen Adaptierungen zur Nutzung von e-Medikation vornimmt und Sie bzw. Ihr Ordinationspersonal in der Verwendung dieser Softwareerweiterung geschult hat. Senden Sie uns daher bitte nach erfolgter Installation und Schulung eine Kopie der unbezahlten Rechnung dieses Softwareunternehmens an folgende Adresse zu (ein portofreies Kuvert liegt bei):

I***.

[...]" (Schreiben des Hauptverbandes vom 18.11.2011, Punkt 1.4; Beilage./A)

Der Hauptverband hat an 104 Ärzte das folgende Schreiben vom 30.5.2011 versendet:

"DR.

Betr.: e-Medikation; Pilotprojekt, Kostenübernahme für

Installation und Schulung

Sehr geehrte Frau Doktor!

Sie haben sich bereit erklärt, am Pilotbetrieb e-Medikation teilzunehmen, wir danken Ihnen dafür und informieren Sie über den weiteren Ablauf.

Der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger hat im vergangenen Jahr Verträge mit den Arztsoftware-Herstellern (ua auch mit Ihrem Arztsoftwarehersteller) geschlossen, die sicherstellen sollen, dass - entsprechend den Wünschen der AB*** - die teilnehmenden Ärztinnen und Ärzte die e-Medikation über ihre Arztsoftware bedienen können und ihnen dadurch keine Kosten für diese Software-Integration während des Pilotbetriebes erwachsen.

Wie Ihnen vielleicht aus den Medien bekannt ist, hat das Bundesvergabeamt diese Verträge aufgehoben, (im Ergebnis mit der Begründung dass die Leistung möglicherweise auch auf andere Weise hätte erbracht werden können und daher auch anderen Unternehmen Gelegenheit zum Wettbewerb zu geben gewesen wäre). Das hat zur Folge, dass die Installation von "e-Medikation" inklusive Schulung nicht mehr auf Basis des damals mit Ihrem Arztsoftwarehersteller geschlossenen Vertrages erbracht werden kann.

Es ist nach wie vor unser Ziel, Sie für den Probetrieb, dem Sie sich dankenswerter Weise angeschlossen haben, hinsichtlich dieser Kosten zu entlasten.

Wir sagen Ihnen deshalb hiermit zu, dass wir gegen Vorlage einer Kopie der entsprechenden Rechnung innerhalb von 5 Tagen den Betrag von € 376,67 zuzüglich 20%

Umsatzsteuer (somit € 452,-) an ein von Ihnen gewähltes Softwareunternehmen ersetzen werden, das die oben angeführten ITBetreuungsleistungen für Sie bis zum Ende des Pilotbetriebs (31.12.2011) erbringen wird.

Senden Sie uns daher bitte nach erfolgter Installation und Schulung eine Kopie der unbezahlten Rechnung dieses Softwareunternehmens an folgende Adresse zu (ein portofreies Kuvert liegt bei):

I***.

[...]" (Schreiben des Hauptverbandes vom 18.11.2011, Punkt 1.4; Beilage./D)

Mit Stand vom 29.11.2011 sind folgende Zahlungen vom Hauptverband im Zusammenhang mit dem Pilotprojekt e-Medikation geleistet worden:

(Verhandlungsschrift der mündlichen Verhandlung vom 29.11.2011)

71 der angeschriebenen 104 Ärzte haben bereits nach dem 13.5.2011 Supportleistungen in Höhe von jeweils € 452,- konsumiert und vom Hauptverband bezahlt erhalten. (Schreiben des Hauptverbandes vom 30.11.2011, Punkt 1.1; Beilage./U)

Der Sachverhalt ergibt sich aus den als schlüssig und nachvollziehbar beurteilten in Klammern genannten Quellen.

Zur Antragslegitimation

Zu dem Argument des Auftraggebers, es würde der Antragstellerin mangels Gewerbeberechtigung an der Antragslegitimation mangeln ist zu sagen, dass dieses Argument nur so gedeutet werden kann, dass der Auftraggeber der Antragstellerin das Interesse bzw den Schaden iSd § 331 Abs 1 BVergG 2006 absprechen will. Welche Eignungsanforderungen an die Antragstellerin im Fall eines Vergabeverfahrens zu stellen wären, kann mangels Ausschreibungsunterlagen nicht festgestellt werden. Im Übrigen kann sich ein Unternehmer gem § 76 BVergG 2006 zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden

Zu dem Argument des Auftraggebers, es würde der Antragstellerin mangels Gewerbeberechtigung an der Antragslegitimation mangeln ist zu sagen, dass dieses Argument nur so gedeutet werden kann, dass der Auftraggeber der Antragstellerin das Interesse bzw den Schaden iSd Paragraph 331, Absatz eins, BVergG 2006 absprechen will. Welche Eignungsanforderungen an die Antragstellerin im Fall eines Vergabeverfahrens zu stellen wären, kann mangels Ausschreibungsunterlagen nicht festgestellt werden. Im Übrigen kann sich ein Unternehmer gem Paragraph 76, BVergG 2006 zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden

Verbindungen stützen. Den Geschäftszweig der Antragstellerin bilden entsprechend dem glaubwürdigen Vorbringen in ihrem Schreiben vom 11. November 2011, Punkt 2.2., "die

strukturierten elektronischen Daten der offiziellen österreichischen Arzneimittelinformation inklusive des offiziellen Gesamttextes der österreichischen

Fachinformationen und deren internationale Verlinkung mit deutschsprachigen Softwarelösungen zur Evaluierung und Optimierung der Arzneimittelsicherheit". Daher ist es plausibel, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss der verfahrensgegenständlichen Arztsoftwarehersteller-Verträge hat sowie dass ein Schaden iSd § 331 Abs 1 BVergG 2006 gegeben ist. Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist somit zu bejahen. Fachinformationen und deren internationale Verlinkung mit deutschsprachigen Softwarelösungen zur Evaluierung und Optimierung der Arzneimittelsicherheit". Daher ist es plausibel, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss der verfahrensgegenständlichen Arztsoftwarehersteller-Verträge hat sowie dass ein Schaden iSd Paragraph 331, Absatz eins, BVergG 2006 gegeben ist. Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist somit zu bejahen.

1. 4.Ziffer 4

Zur vorgebrachten Verfristung des Feststellungsantrages

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28. November 2011 brachte diese im Wesentlichen vor, dass der Feststellungsantrag verfristet sei. Dies deshalb, weil die subjektive Frist zur Einbringung des Feststellungsantrages sechs Wochen ab dem Zeitpunkt betrage, zu dem die Antragstellerin vom Zuschlag Kenntnis erlangt habe oder hätte erlangen können.

Damit bezieht sich der Auftraggeber wegen der genannten Frist von 6 Wochen offensichtlich (eine Rechtsgrundlage wird im Vorbringen nicht zitiert) auf § 332 Abs. 2 BVergG 2006. Dieser ist jedoch nur für "Anträge gemäß § 331 Abs. 1 Z 1 und 5 sowie Abs. 4" anwendbar, nicht jedoch für den gegenständlichen Antrag gem. § 312 Abs 3 Z 3 bzw § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Gegenständlich anwendbar ist vielmehr die Frist von 6 Monaten gem. § 332 Abs. 3 BVergG 2006, wobei die Ziffern 1 und 2 nicht anwendbar sind, weil es sich beim Antragsteller nicht um einen im Vergabeverfahren

Damit bezieht sich der Auftraggeber wegen der genannten Frist von 6 Wochen offensichtlich (eine Rechtsgrundlage wird im Vorbringen nicht zitiert) auf Paragraph 332, Absatz 2, BVergG 2006. Dieser ist jedoch nur für "Anträge gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins und 5 sowie Absatz 4, anwendbar, nicht jedoch für den gegenständlichen Antrag gem. Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, bzw Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Gegenständlich anwendbar ist vielmehr die Frist von 6 Monaten gem. Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006, wobei die Ziffern 1 und 2 nicht anwendbar sind, weil es sich beim Antragsteller nicht um einen im Vergabeverfahren

verbliebenen Bieter handelt und keine Bekanntmachung gem Z 2 erfolgt ist. Die Frist von 6 Monaten gem. § 332 Abs. 3 BVergG 2006 wurde jedenfalls gewahrt, da der Feststellungsantrag am 11.11.2011 beim BVA eingelangt ist und die angefochtenen Verträge nach dem 13.5.2011 (Bescheid des BVA vom 13.5.2011, F/0002-BVA/13/2011-69, F/0007-BVA/13/2011-3, F/0008-BVA/13/2011-3, F/0009-BVA/13/2011-3) geschlossen wurden. Der Feststellungsantrag ist daher

fristgerecht eingebracht worden. verbliebenen Bieter handelt und keine Bekanntmachung gem Ziffer 2, erfolgt ist. Die Frist von 6 Monaten gem. Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006 wurde jedenfalls gewahrt, da der Feststellungsantrag am 11.11.2011 beim BVA eingelangt ist und die angefochtenen Verträge nach dem 13.5.2011 (Bescheid des BVA vom 13.5.2011, F/0002-BVA/13/2011-69, F/0007-BVA/13/2011-3, F/0008-BVA/13/2011-3, F/0009-BVA/13/2011-3) geschlossen wurden. Der Feststellungsantrag ist daher fristgerecht eingebracht worden.

1. 5. Ziffer 5

Zu dem Argument es handle sich bei den Arztsoftwarehersteller-Verträgen um Förderverträge

Der Auftraggeber hat vorgebracht, er habe beschlossen, zunächst an der Teilnahme am Pilotprojekt interessierte Ärzte zu finden und dann über die Förderung dieser Ärzte die Vertragspartner dieser Ärzte auf Seiten der ASWH für die Teilnahme am Pilotbetrieb zu interessieren. Der Auftraggeber habe allen bekannten ASWH über deren gesetzliche Ständesvertretung die Teilnahme am Pilotbetrieb offen gestellt und habe auch über die den Ärzten zu gewährende Förderung für die Teilnahme informiert.

Der Hauptverband als öffentlicher Auftraggeber hat zur Beschaffung von "Leistungen der Arzt-Software-Hersteller für die Durchführung des Pilotbetriebes "e-Medikation" seit dem 13.5.2011 3 Rahmenverträge mit den B***, D*** und C*** sowie 71 Einzelverträge mit der B*** und der D*** Verträge abgeschlossen.

Wenn der Auftraggeber vorbringt, es habe sich dabei lediglich um Förderungen gehandelt ist ihm entgegenzuhalten, dass der grundsätzliche Abgrenzungsfaktor zwischen Auftragsvergaben und Förderungen darin liegt, dass bei - auf vertraglicher Basis gewährten - Förderungen keine

unmittelbare angemessene, geldwerte Gegenleistung (kein marktkonformes Entgelt) des Empfängers gegenüber der öffentliche Stelle vorhanden ist (Katary in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 652). Ziel dieser oben genannten Verträge ist jedoch die Durchführung des Pilotbetriebes e-Medikation, wobei die Vertragspartner des Hauptverbandes für ihre Leistung eine angemessene geldwerte Gegenleistung, somit ein marktkonformes Entgelt, erhalten sollen. Es kann daher bei keinem der oben genannten Verträge von einem Förderungsvertrag ausgegangen werden. Vielmehr wurde durch den Auftraggeber mit dem Ziel des Abschlusses der oben genannten Verträge ein Verfahren zur Beschaffung von Leistungen iSd § 1 Abs 1 BVergG 2006 durchgeführt. Es handelt sich dabei um Dienstleistungsaufträge iSd § 6 BVergG. unmittelbare angemessene, geldwerte Gegenleistung (kein marktkonformes Entgelt) des Empfängers gegenüber der öffentliche Stelle vorhanden ist (Katary in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 652). Ziel dieser oben genannten Verträge ist jedoch die Durchführung des Pilotbetriebes e-Medikation, wobei die Vertragspartner des Hauptverbandes für ihre Leistung eine angemessene geldwerte Gegenleistung, somit ein marktkonformes Entgelt, erhalten sollen. Es kann daher bei keinem der oben genannten Verträge von einem Förderungsvertrag ausgegangen werden. Vielmehr wurde durch den Auftraggeber mit dem Ziel des Abschlusses der oben genannten Verträge ein Verfahren zur Beschaffung von Leistungen iSd Paragraph eins, Absatz eins, BVergG 2006 durchgeführt. Es handelt sich dabei um Dienstleistungsaufträge iSd Paragraph 6, BVergG.

1. 6. Ziffer 6

Zu der beantragten Feststellung gem § 312 Abs 3 Z 3 BVergG Zu der beantragten Feststellung gem Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG

Die Antragstellerin hat zusammengefasst beantragt gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG festzustellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens betreffend jeweils die Umsetzung des Systems e-Medikation mit der B***, der D*** und der C*** ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig war. Die drei ASWH würden für den Hauptverband weiterhin genau die Leistungen erbringen, die in dem für nichtig erklärten Teil der Verträge vom 2.12.2010 bzw 28.1.2011 vorgesehen gewesen wären; dies ganz offensichtlich in der Absicht, Die Antragstellerin hat zusammengefasst beantragt gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG festzustellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens betreffend jeweils die Umsetzung des Systems e-Medikation mit der B***, der D*** und der C*** ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig war. Die drei ASWH würden für den Hauptverband weiterhin genau die Leistungen erbringen, die in dem für nichtig erklärten Teil der Verträge vom 2.12.2010 bzw 28.1.2011 vorgesehen gewesen wären; dies ganz offensichtlich in der Absicht,

vergaberechtliche Bindungen und insbesondere den Bescheid des BVA vom 13.5.2011 zu umgehen.

Der Auftraggeber hat dem im Wesentlichen entgegengehalten, dass er kein Vergabeverfahren zur Vergabe von

Dienstleistungen "betreffend die Anbindung von

niedergelassenen Ärzten an die e-Medikationssoftware" durchführe. Die 3 von der Antragstellerin genannten ASWH würden für den Hauptverband keine Leistungen im Rahmen des Pilotbetriebs e-Medikation erbringen. In den Schreiben vom 30.5.2011 habe es der Hauptverband den angeschriebenen Ärzten freigestellt, ein von diesen gewähltes Softwareunternehmen mit der Erbringung von Betreuungsleistungen im Rahmen des Pilotbetriebs e-Medikation zu betrauen. Aus der Tatsache, dass die Rechnungslegung der ASWH an die Ärzte erfolge und der Hauptverband lediglich eine Kopie zur Bezahlung der Schuld der Ärzte benötige, gehe hervor, dass kein Vertragsverhältnis zwischen dem Hauptverband und den von den Ärzten ausgewählten ASWH begründet worden sei.

Es ist unstrittig, dass der Hauptverband ein öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 BVergG 2006 ist (vgl. BVA 9. April 2004, 05N-20/04-40). Es ist unstrittig, dass der Hauptverband ein öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, BVergG 2006 ist (vergleiche BVA 9. April 2004, 05N-20/04-40).

Die Antragstellerin hat eine von der AB*** beauftragte "Stellungnahme zur Frage, ob die Vorgangsweise des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger, mit der das Pilotprojekt e-Medikation trotz des Bescheides des BVA vom 13.05.2011 fortgeführt und zu Ende gebracht werden soll, (vergabe-)rechtlich unbedenklich ist erstattet von J***" vom 28.6.2011 (im Folgenden kurz: GA J***) sowie eine

"ergänzende Stellungnahme" dazu vom 10.8.2011 (im Folgenden kurz: Ergänzung GA J***), vorgelegt.

Die Rz (3) bis (5), (15) und (16) des GA J*** lauten wie folgt:

"(3) Die vom BVA ausgesprochene Aufhebung der Verträge zwischen dem Hauptverband und den drei Arztsoftware-Herstellern (im Folgenden: ASWH) bedeutet Unwirksamkeit der Verträge ex nunc. Daraus folgt, dass die noch ausstehenden Leistungen den projektbeteiligten Ärzten künftig nicht mehr auf der Grundlage dieser bislang zwischen dem Hauptverband und den ASWH bestehenden Verträge erbracht werden können.

(4) Das Bestreben des Hauptverbandes das gemeinsame, vom Hauptverband als Auftraggeber und von der AC*** sowie vom Bundesministerium für Gesundheit und den Ländern getragene Pilotprojekt e-Medikation zeitgerecht abzuschließen, um in die roll-out-Phase zu gelangen, lässt es verständlich erscheinen, dass der Hauptverband nach Mitteln und Wegen sinnt, um die durch die Vertragsaufhebung pro futuro entstandene missliche Lage zu beseitigen und den Fortgang des Projekts sicherzustellen.

(5) Dem entsprechend wurde den am Pilotprojekt teilnehmenden Ärzten (im Folgenden: Pilotärzte) eine Vorgangsweise vorgeschlagen, die aus Sicht des Hauptverbandes einen kontinuierlichen Fortgang des Projekts ermöglicht und die Pilotärzte von finanziellen Risiken und Belastungen freihält.

Von dieser Vorgangsweise wurden die Pilotärzte mit Schreiben des Hauptverbandes vom 30.5.2011 informiert. Darin wird den Ärzten mitgeteilt, dass die weiteren Betreuungsleistungen für den Pilotbetrieb bzw die Installation von e-Medikation und Schulung infolge der Aufhebung der bestehenden Verträge zwischen dem Hauptverband und den drei ASWH nicht mehr auf Basis dieser Verträge erbracht werden können.

Den Ärzten wird vorgeschlagen, mit den bis Ende 2011 erforderlichen Betreuungsleistungen und den noch erforderlichen Installationen und Schulungen ein von ihnen ausgewähltes Softwareunternehmen zu beauftragen. Der Hauptverband übernimmt dafür die Kosten in der Weise, dass die Ärzte eine Kopie der an sie adressierten Rechnungen, welche die schon jetzt mitgeteilten Rechnungsbeträge enthalten (werden), an die I*** übersenden. Die Rechnungen werden nicht vom Arzt bezahlt, dem sie dann vom Hauptverband refundiert werden. Vielmehr bezahlt der Hauptverband den betreffenden ASWH auf Grundlage der übersandten Kopie der unbezahlten Rechnung.

(15) Nach der den Pilotärzten zugegangenen Mitteilung des Hauptverbandes über die weitere Vorgangsweise vom 30.5.2011 (im Folgenden: Arztschreiben HV) erkennt auch der Hauptverband, dass die bis Projektende noch erforderlichen Leistungen der ASWH nicht mehr auf der Basis der von ihm mit dem jeweiligen ASWH (das ist der ASWH, von dem der Pilotarzt seine Ordinationssoftware "bezieht", in welche die e-Medikation zu implementieren ist) geschlossenen Vertrages möglich ist. Laut Arztschreiben stellt es der Hauptverband den Pilotärzten frei, für die Erbringung der projektnotwendigen "Restleistungen", die infolge der ex nunc-Aufhebung im Vertrag Hauptverband/ASWH keine Deckung mehr besitzen, ein Softwareunternehmen zu "wählen" und sagt zu, den vom Softwareunternehmen dafür dem Pilotarzt in Rechnung gestellten Betrag zu begleichen.

Im Klartext heißt das zunächst, dass der Pilotarzt selbst im eigenen Namen die erforderlichen und je nach Implementierungsstand unterschiedlichen Restleistungen (Adaptierung der Arztsoftware zur Nutzung der e-Medikation, Schulung, Wartung, Fehlerbehebung, Anwenderunterstützung) beauftragt.

(16) Der Hauptverband kann mit Sicherheit davon ausgehen, dass der Pilotarzt für die Erbringung der Restleistungen den ASWH "wählen" wird, der bisher schon auf der Grundlage des aufgehobenen Vertrages seine Ordinationssoftware für Zwecke der e-Medikation angepasst hat. Denn ein Pilotarzt hat nicht den geringsten Anlass dazu, "im Fluss die Pferde zu wechseln" und einen anderen Softwareunternehmer mit den Restleistungen zu betrauen. Denn zum einen ist "sein" e-Medikations-Betreuer auch sein Vertragspartner für die bestehende Ordinationssoftware, für die er, berechtigt oder nicht, Komplikationen befürchtet, wenn ein "fremdes" Softwareunternehmen in dieses "eingreift". Zum anderen kennt er aus der bisherigen e-Medikationszusammenarbeit "seinen" ASWH und den bisher gepflogenen Stil der Zusammenarbeit, was ihn scheuen lässt, für die Restleistungen mit einem anderen, erst "gewöhnungsbedürftigen" ASWH zusammenzuarbeiten."

Die Ausführungen der Rz (3) bis (5), (15) und (16) des GA J*** sind schlüssig und nachvollziehbar und geben den gegenständlichen Sachverhalt richtig wieder. Es ist ihnen daher zu folgen. Sie bilden einen integrierenden Bestandteil der Bescheidbegründung.

Tatsächlich hat - wie der Hauptverband selbst zugestanden hat - keiner der am Pilotbetrieb teilnehmenden Ärzte nach dem 13.5.2011 von einem ASWH zu einem anderen ASWH gewechselt.

Die Rz (17) bis (19) des GA J*** lauten wie folgt:

"(17) In Wahrheit wird es gar nicht dazu kommen, dass der Pilotarzt ein Softwareunternehmen eigeninitiativ "wählen" und mit den Restleistungen beauftragen wird. Denn dazu müsste er detaillierte Kenntnisse über den Ablauf des Projekts e-Medikation besitzen, um den nächsten Schritt zu beauftragen. Er müsste also zB wissen, welcher Adaptierungsschritt in seiner Arztsoftware noch erforderlich ist bzw welcher zu behebender Fehler aufgetreten ist und ob der für die Schulung seines Ordinationspersonales beste Zeitpunkt gekommen ist.

In Wahrheit ist schon nach dem Arztschreiben ein solcher Ablauf direkter Beauftragung durch den Pilotarzt gar nicht angedacht. Denn danach soll der Pilotarzt zwei grob umschriebene Leistungspakete (Betreuungsleistungen für den Pilotbetrieb bis 31.12.2011, notwendige Adaptierung der Arztsoftware zur Nutzung von e-Medikation und Schulung in der Verwendung dieser Softwareerweiterung) bei "seinem gewählten" (will heißen: bei dem bisher bei ihm auf der Grundlage des aufgehobenen Vertrages tätigen) ASWH im eigenen Namen um einen schon jetzt vom Hauptverband mitgeteilten Gesamtpreis bestellen.

(18) Das kann nichts anderes bedeuten, als dass der für den betreffenden Pilotarzt bisher zuständige ASWH die nach dem, dem aufgehobenen Vertrag zugrundeliegenden Projektablaufplan erforderlichen inhaltlichen Leistungen erbringt und dies zu einem Preis, der aus den dem aufgehobenen Vertrag zugrundeliegenden Preisen abgeleitet sein muss. Dem entspricht auch der tatsächliche Ablauf der

"Eigenbestellung" durch die Pilotärzte. Der Pilotarzt erhält von dem für ihn zuständigen ASWH ein Bestellformular mit Begleitbrief übermittelt, in dem das für "den Arzt

kostenfreie" Procedere geschildert wird. Mit der

unterfertigten Rücksendung des Bestellformulars erteilt der Pilotarzt den Auftrag zur bereits ausgepreisten jeweiligen "Paketleistung". Dem übermittelten Bestellformular liegt schon die an den Pilotarzt adressierte "Paketrechnung" (Rechnungskopie) bei, die er laut Begleitschreiben an die I*** übermitteln soll, damit der Rechnungsbetrag direkt vom Hauptverband an den ASWH überwiesen werden kann. Denn es darf angenommen werden, dass die drei ASWH auch unter den geänderten Bedingungen des vertragslosen Zustandes für die noch ausstehenden Leistungen "auf ihre Rechnung " kommen wollen.

(19) Die im Arztschreiben mitgeteilte weitere Vorgangsweise kann vom Hauptverband nicht ohne Abstimmung mit den drei ASWH vorgeschlagen worden sein. Anderenfalls müsste man - sehr hoch im Elfenbeinturm sitzend - annehmen, die drei ASWH wären auf der Grundlage autonomer Kalkulation für die Preise der Restpakete von sich aus mit dem Vorschlag direkter Beauftragung durch die Pilotärzte zu diesen Preisen nur informationshalber an den Hauptverband

herangetreten, um als Erklärungsbote ihrer eigenen Offerte an die Pilotärzte oder zumindest (aber gleichzeitig auch nur) als Informationsüberbringer für eine den Pilotärzten von den ASWH zu offerierende Abschlussgelegenheit im eigenen Namen ohne jegliche finanzielle Belastung zu fungieren. Bei ernsthafter, dh realistischer Betrachtung liegt der den Pilotärzten jetzt von Hauptverband vorgeschlagenen

Vorgangsweise eine intensive Kontaktaufnahme zwischen dem Hauptverband und den drei ASWH zugrunde, die auch den konsentierten Pauschalpreis für die beiden Leistungspakete umfasst. In Wahrheit führt der Hauptverband bei der neuen Vorgangsweise Regie."

Die Ausführungen der Rz (17) bis (19) des GA J*** sind schlüssig und nachvollziehbar und geben den gegenständlichen Sachverhalt richtig wieder. Es ist ihnen daher zu folgen. Sie bilden einen integrierenden Bestandteil der Bescheidbegründung.

Die von J*** angenommene "intensive Kontaktaufnahme zwischen dem Hauptverband und den drei ASWH" hat offenbar

stattgefunden. Dies zeigt auch das vom Antragsteller in seinem Schreiben vom 6.12.2011 mit Beilage ./15 vorgelegte Email vom 31.5.2011 (siehe dazu unter 2. Sachverhalt). Bezeichnend ist dabei, dass der Hauptverband dazu in seinem Schreiben vom 13.12.2011, Punkt 3.3.3 lediglich vorbringt, dieses Email belege nicht die rechtswidrige Vorgangsweise des Antragsgegners.

Die Rz (25) und (26) und (30) bis (33) des GA J*** lauten wie folgt:

"(25) Denn das vergaberechtliche Umgehungsverbot beansprucht überall dort Geltung, wo mit vorgeschobenen Konstruktionen die Anwendung des BVergG vermieden oder die Geltung von für den Auftraggeber günstigeren Vorschriften des BVergG bewirkt werden soll. Dass Vertragsparteien mit der von ihnen gewählten (nicht selten: zivilrechtlichen) Konstruktion die Anwendung vergaberechtlicher Bestimmungen nicht umgehen dürfen, ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass es sich beim BVergG um ein Gesetz zum Schutz von Bewerbern und Bietern handelt.

Das vergaberechtliche Umgehungsverbot ist in einer Mehrzahl von Bestimmungen des BVergG positiviert. So darf gemäß § 1 Abs 3 BVergG die Wahl zwischen der Vergabe eines einzigen Auftrages und der Vergabe mehrerer getrennter Aufträge nicht mit der Zielsetzung erfolgen, die Anwendung des BVergG zu umgehen. Gemäß § 13 Abs 4 BVergG darf ein Vergabevorhaben nicht zu dem Zweck aufgeteilt werden, die Anwendung der Vorschriften des BVergG zu umgehen. § 13 Abs 5 BVergG verbietet, für die Bemessung des für die Schwellenwerte maßgeblichen Auftragswertes eine bestimmte Berechnungsmethode zum Zweck der Umgehung des BVergG zu wählen. Das vergaberechtliche Umgehungsverbot ist in einer Mehrzahl von Bestimmungen des BVergG positiviert. So darf gemäß Paragraph eins, Absatz 3, BVergG die Wahl zwischen der Vergabe eines einzigen Auftrages und der Vergabe mehrerer getrennter Aufträge nicht mit der Zielsetzung erfolgen, die Anwendung des BVergG zu umgehen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 4, BVergG darf ein Vergabevorhaben nicht zu dem Zweck aufgeteilt werden, die Anwendung der Vorschriften des BVergG zu umgehen. Paragraph 13, Absatz 5, BVergG verbietet, für die Bemessung des für die Schwellenwerte maßgeblichen Auftragswertes eine bestimmte Berechnungsmethode zum Zweck der Umgehung des BVergG zu wählen.

Deutliche Züge eines Umgehungsverbotes trägt schließlich auch § 4 Z 3 BVergG, wenn er die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte dann als Bauauftrag qualifiziert, wenn der Auftragnehmer, also der "Zweite" (sohin ein Privater), die Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen durch einen Dritten erbringen lässt, gleichgültig mit welchen (finanziellen) Mitteln dies geschieht. Die Regelung führt nämlich dazu, dass die "Suche" nach einem Unternehmer, der selbst keine Bauleistung erbringt, sondern dem nur das "Entstehenlassen" eines Bauwerkes (durch Auftragsvergabe an den Dritten) obliegt (Bauleasinggeber, Baubetreuer), dem Vergaberecht unterworfen wird. Deutliche Züge eines Umgehungsverbotes trägt schließlich auch Paragraph 4, Ziffer 3, BVergG, wenn er die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte dann als Bauauftrag qualifiziert, wenn der Auftragnehmer, also der "Zweite" (sohin ein Privater), die Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen durch einen Dritten erbringen lässt, gleichgültig mit welchen (finanziellen) Mitteln dies geschieht. Die Regelung führt nämlich dazu, dass die "Suche" nach einem Unternehmer, der selbst keine Bauleistung erbringt, sondern dem nur das "Entstehenlassen" eines Bauwerkes (durch Auftragsvergabe an den Dritten) obliegt (Bauleasinggeber, Baubetreuer), dem Vergaberecht unterworfen wird.

Gerade letzteres Beispiel zeigt, zumindest in Bezug auf den sachlichen Geltungsbereich, dass Vergaberecht durch die

Einschaltung Privater nicht sollte umgangen werden können. § 4 Z 3 BVergG verhindert dies dadurch, dass er die Begründung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Auftraggeber und dem Privaten (dem "Zweiten") dadurch dem Vergaberecht gerade letzteres Beispiel zeigt, zumindest in Bezug auf den sachlichen Geltungsbereich, dass Vergaberecht durch die Einschaltung Privater nicht sollte umgangen werden können. Paragraph 4, Ziffer 3, BVergG verhindert dies dadurch, dass er die Begründung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Auftraggeber und dem Privaten (dem "Zweiten") dadurch dem Vergaberecht

unterwirft, dass er dieses Rechtsverhältnis als Bauauftrag qualifiziert, obwohl der Private (der "Zweite") selbst keine Bauleistung erbringt.

(26) Es ist daher aus diesen Vorschriften die Existenz eines (allgemeinen) vergaberechtlichen Umgehungsverbotes ohne Weiteres begründbar. Es verhindert auch Gestaltungen, die darauf hinauslaufen, einen Beschaffungsvorgang dem persönlichen Geltungsbereich des BVergG zu entziehen.

(30) In einer viel beachteten Entscheidung vom 28. 3. 2000 (OGH1 Ob 201/99m, ecolex 2000, 646 mit Bespr v Heid, Umnehmungsgeschäfte im Vergaberecht, ecolex

2000, 640f Ja 2000, 519) hat der OGH in einem geradezu klassischen Umgehungsfall folgende Feststellung getroffen:

"Überträgt...ein Rechtsträger..., der für sich öffentlicher Auftraggeber ist, die Durchführung eines Bauvorhabens, mit welchem eine im allgemeinen Interesse wahrzunehmende Aufgabe nicht gewerblicher Art erfüllt werden soll, einem Dritten in welcher vertraglichen Gestaltung immer, so gilt dieser Rechtsträger selbst, mag auch das BVergG (etwa weil der Schwellenwert nicht erreicht ist) nicht anzuwenden sein, als der (öffentliche) Auftraggeber."

Nach dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt wurde ein Architekt von der Republik beauftragt, ein Schulbauvorhaben zu einem bestimmten Pauschalbetrag, in dem auch ein Pauschalbetrag für seine Mühewaltung inkludiert war, im eigenen Namen abzuwickeln. In der vom Architekten durchgeführten Ausschreibung wurde dieser selbst als ausschreibende Stelle genannt. Zwar war mangels Erreichen des Bauschwellenwertes das BVergG nicht anwendbar, doch ging der OGH von einer Bindung an die ÖNORM A 2050 aus. Gegen diese hatte der Architekt verstoßen, weil er nach Preisverhandlungen dem Zweitbieter den Zuschlag erteilt hat, nachdem der Bestbieter einen Preisnachlass verweigert hatte. Der OGH bejahte für den Schadenersatzanspruch (auf das Erfüllungsinteresse), den der Bestbieter geltend machte, die Passivlegitimation des Bundes, indem er die Vergabe nach den Grundsätzen der Beurteilung von Umnehmungsgeschäften dem Bund zugerechnet hat. Bezugnehmend auf seine (zutreffende) Judikatur, wonach die Vergaberegeln dann einzuhalten sind, wenn ein öffentlicher Auftraggeber die Vergabe von einem direkten Stellvertreter, also im Namen des öffentlichen Auftraggebers, vornehmen lässt (was hier nicht der Fall war), hielt der OGH dafür, dass der Vertrag des Architekten mit dem Bund, nach welchem der Architekt die Vergabe gerade nicht namens des Bundes vornehmen sollte, als

Umnehmungsgeschäft zu verstehen ist, das nach den Rechtsnormen zu beurteilen sei, die auf das in Wahrheit beabsichtigte Geschäft anzuwenden sind. Danach sei aber der Architekt als Vertreter des Bundes mit der Folge zu qualifizieren, dass Auftraggeber des Bauauftrages die an Vergabevorschriften gebundene Republik und deshalb die Vergabe und die Verletzung der Vergabevorschriften dieser und nicht dem privaten Auftraggeber Architekt zuzurechnen sei. [...]

(31) Trotz der viel aufwändigeren Umnehmungskonstruktion im Fall der OGH-E (30) ist die Ähnlichkeit zur hier zu beurteilenden Konstellation frappant.

Die zivilrechtliche Umnehmungskonstruktion ist gegenständlich deshalb um vieles einfacher, weil es im Kern dazu nur einer privaten Schuldübernahme (§ 1405 ABGB) durch den Hauptverband bedarf, durch die er in die rechnungsmäßig ausgewiesene Verbindlichkeit des Pilotarztes gegenüber dem "zuständigen" ASWH eintritt. Die zivilrechtliche Umnehmungskonstruktion ist gegenständlich deshalb um vieles einfacher, weil es im Kern dazu nur einer privaten Schuldübernahme (Paragraph 1405, ABGB) durch den Hauptverband bedarf, durch die er in die rechnungsmäßig ausgewiesene Verbindlichkeit des Pilotarztes gegenüber dem "zuständigen" ASWH eintritt.

Mit dem an jeden Pilotarzt adressierten Arztschreiben hat der Hauptverband einen solchen Schuleintritt bereits offeriert (Bezahlung der unbezahlten Rechnung durch den Hauptverband bei Einreichung der Rechnungskopie). Mit Einreichung der Rechnungskopie nimmt der Pilotarzt diese Offerte an. Die private Schuldübernahme bedarf der Zustimmung der Gläubiger (hier ASWH) bzw kann zwischen dem Eintretenden (hier: Hauptverband) und Gläubiger

(ASWH) zugunsten des Altschuldners (hier: Pilotarzt) vereinbart werden.

Es ist mit Sicherheit davon auszugehen, dass die drei ASWH der Schuldübernahme zugestimmt haben bzw eine solche zwischen Hauptverband und ASWH vereinbart wurde. Denn der Hauptverband kann es im Zuge der avisierten Vorgangsweise schon aus Gründen der von ihm erhofften Mitarbeit der Pilotärzte angesichts der kritischen Haltung der ÖAK nicht riskieren, dass ein ASWH von "seinen" Pilotärzten die ausgestellten Rechnungsbeträge einfordert.

Das zeigt aber in einem, dass all das zwischen Hauptverband und ASWH (rechtsgeschäftlich), wenn auch möglicherweise formlos, abgesprochen sein muss, was gut in das Gesamtbild eines Umgehungsgeschäftes passt.

Das gilt auch für das Verhältnis zwischen ASWH und Pilotärzten. Durch die unterfertigte Retournierung des an die Pilotärzte ergangenen Bestellschreibens wird eine durch die an die Pilotärzte adressierte Rechnung dokumentierte Forderung des ASWH gegen die Pilotärzte begründet, die dann der Hauptverband - wie dargestellt - zur Zahlung übernimmt. Dem liegt die Suggestion zugrunde, dass der Pilotarzt den zuständigen ASWH, wovon der Hauptverband ausgehen kann, in eigenen Namen beauftragt. Das setzt freilich voraus, dass jeder Pilotarzt den nach seinem Status erforderlichen nächsten Schritt kennt, mit dem er den ASWH (beim eigenen Namen) beauftragt. Das wäre freilich viel zu kompliziert und hinge von der Eigeninitiative des Pilotarztes ab. Deshalb wurde die Zwei-Pakete-Lösung mit den schon jetzt den Pilotärzten mitgeteilten Preisen ersonnen. Die Beauftragung durch den Pilotarzt kann dann ganz einfach dadurch vonstattengehen, dass der zuständige ASWH "seinen"

Pilotärzten ein auf das jeweilige Paket bezogenes

Bestellformular übermittelt, mit dem diese bei ihrem ASWH die noch ausstehenden Restarbeiten (sprich: das jeweilige Leistungspaket) bestellen. Dann kommt zwischen dem Pilotarzt und dem ASWH ein Werkvertrag zustande. Den daraus resultierenden Werklohnanspruch (die Paketpreise) übernimmt - wie dargestellt - der Hauptverband zur Zahlung. Dass der Inhalt der beiden Restleistungspakete und deren Preise ohne vorgängige Abstimmung zwischen dem Hauptverband und den ASWH festgelegt wurden, ist gewiss nicht anzunehmen. Vielmehr führt der Hauptverband in besagtem Abwicklungsszenario Regie.

(32) Ungeachtet der unterschiedlichen rechtstechnischen Konstruktion, die beim Umgehungsgeschäft immer davon abhängig ist, von welcher Ausgangslage aus welche Norm umgangen werden soll, weisen die dem OGH-Urteil zugrunde liegende Konstruktion und der hier zu beurteilende

Sachverhalt deutliche Parallelen auf.

In beiden Fällen wird ein Privater zwischengeschaltet (dort ein Architekt, hier die Pilotärzte), für den Vergaberecht keine Anwendung findet.

In beiden Fällen handelt es sich um einen dem Vergaberecht unterliegenden öffentlichen Auftrag, der von Anfang bis zum Ende ein Vertragsinteresse des öffentlichen Auftraggebers (dort Al***, hier Hauptverband) und nicht ein eigenes des Privaten befriedigen sollte. Das ist im gegenständlichen Fall besonders deutlich, bestand doch zunächst ein Vertragsverhältnis zwischen dem Hauptverband und den drei ASWH und ergab sich die "Ersetzung" des Hauptverbandes durch die Pilotärzte für die Restleistungen erst, nachdem das BVA den Vertrag mit dem Hauptverband pro futuro aufgehoben hat. In beiden Fällen agiert der als Auftraggeber zwischengeschaltete Private an der kurzen Leine des wahren (öffentlichen) Auftraggebers (dort der weisungsgebundene Architekt). Das ist im gegenständlichen Fall besonders deutlich, weil die Pilotärzte in ein Korsett eintreten, das der Hauptverband und die drei ASWH (im Klartext: die drei rechtswidrig bekanntmachungslos beauftragten ASWH) gemeinsam geschnürt haben. Sie bestellen bei ihrem bisherigen ASWH Leistungspakete zu schon festgelegten Preisen, was letzteres sie nicht stören wird, weil diese ohnedies vom Hauptverband bezahlt wird.

In beiden Fällen wird dem zwischengeschalteten Privaten der Aufwand vom wahren (öffentlichen) Auftraggeber refundiert (dem Architekten die Baukosten und sein Honorar). Das ist im gegenständlichen Fall besonders deutlich, weil die den Pilotärzten ausgestellten Rechnungen direkt vom Hauptverband bezahlt werden.

(33) Nach den zum vergaberechtlichen Umgehungsverbot judizierten Grundsätzen stellt die vom Hauptverband avisierte Vorgangsweise eine Umgehung des BVA-Bescheides vom 13.5.2011 dar."

Die Ausführungen der Rz (25) und (26) und (30) bis (33) des GA J*** sind schlüssig und nachvollziehbar. Es ist ihnen daher zu folgen. Sie bilden einen integrierenden Bestandteil der Bescheidbegründung.

Es ist insbesondere auch den Ausführungen von J*** im 4. und 5. Absatz der Rz (31) zu folgen, wonach "mit Sicherheit davon auszugehen [ist], dass die drei ASWH der Schuldübernahme zugestimmt haben bzw eine solche zwischen Hauptverband und ASWH vereinbart wurde". Dies wird auch durch das vom Antragsteller in seinem Schreiben vom 6.12.2011 mit Beilage ./15 vorgelegte Email vom 31.5.2011 (siehe dazu unter 2. Sachverhalt) bestätigt. Da der Auftraggeber seine Verfahrensunterlagen bereits im Vorverfahren (F/0002-BVA/13/2011 ua) und auch in diesem Verfahren nur zögerlich und keinesfalls von Anfang an vollständig dem BVA übermittelt hat, kann nicht festgestellt werden, ob solche Verträge zwischen dem Hauptverband und den drei ASWH nun schriftlich oder (bloß) mündlich abgeschlossen worden sind. Es ist jedoch jedenfalls davon auszugehen, dass solche Verträge abgeschlossen worden sind. Der Inhalt dieser mit jedem der 3 ASWH geschlossenen Rahmenverträge über die Kostenübernahme für Installation und Schulung betreffend das Pilotprojekt e-Medikation ergibt sich aus den beiden Schreiben des Hauptverbandes vom 30.5.2011 an die Ärzte des Pilotprojektes (siehe dazu unter 2. Sachverhalt).

J*** setzt sich weiters in seinem Gutachten mit den Folgen eines Umgehungsgeschäftes auseinander und führt dazu in den Rz (36) bis (39) aus:

"(36) Beim Umgehungsgeschäft streben die Beteiligten an, den Tatbestand einer bestimmten Norm zu vermeiden bzw den einer anderen Norm zu erfüllen, deren Anwendung jedoch nach dem gesetzlichen Wertungssystem als untragbarer Widerspruch zur Sach- oder Systemgerechtigkeit der Rechtsordnung erscheint. Das Umgehungsgeschäft verstößt zwar nicht "dem Buchstaben des Gesetzes nach" gegen ein gesetzliches Verbot, vereitelt indes im Ergebnis doch den Zweck, den das Gesetz mit diesem Verbot anstrebt. Ein solches Geschäft ist nicht schlechthin nichtig, unterliegt jedoch jener Rechtsnorm, die auf das in Wahrheit beabsichtigte Rechtsgeschäft anzuwenden wäre. Auf eine besondere Umgehungsabsicht der Parteien kommt es dagegen nicht an. Es genügt somit, dass das Umgehungsgeschäft objektiv Sinn und Zweck der umgangenen Norm vereitelt. Vielmehr ist stets zu fragen, ob die Parteien ihre rechtlichen Beziehungen zueinander so gestalten, dass sie den vom Gesetz verpönten Erfolg (weitgehend) erreichen.

(37) Es ist nicht zweifelhaft, dass im gegenständlichen Fall die vorgeschlagene Vorgangsweise auf die Einschaltung der Pilotärzte als private Auftraggeber hinausläuft und damit der durch die Aufhebung des Vertrages pro futuro verpönte Erfolg, dass der bekanntmachungslos vergebene Auftrag hinsichtlich der Restleistungen, die ihre vertragliche Deckung verloren haben, dem Markt entzogen bleibt, erreicht wird.

(38) Daher unterliegt die vorgeschlagene Vorgangsweise jener Rechtsnorm, die auf das in Wahrheit beabsichtigte Rechtsgeschäft anzuwenden wäre. Was das bei einer Einschaltung von Privaten, die zur Nichtanwendung des BVergG führen würde, bedeutet, hat der OGH im Urteil vom 28.3.2000 methodisch korrekt vorexerziert und bedeutet für den gegenständlichen Sachverhalt: Wenn die Pilotärzte, um für die Erbringung der Restleistungen eine vertragliche Grundlage zu schaffen, in die Rolle des Auftraggebers schlüpfen, indem sie zwar im eigenen Namen die Restaufträge vergeben sollen, so tun sie das nach dem wahren Gehalt ihrer Stellung jedoch für den öffentlichen Auftraggeber

Hauptverband, der auf diese Weise sein Auftragsverhältnis mit den ASWH fortsetzen will. Die Pilotärzte werden daher, ohne es im Rechtssinne zu sein, für dessen Stellvertreter gehalten. Als solche unterliegen sie für die Zurechnung an den Hauptverband hinsichtlich ihres rechtsgeschäftlichen Handelns (hier: Beauftragung mit den Restleistungen in Form der zwei Pakete) dem Vergaberegime, dem der Hauptverband unterliegt.

(39) Sind die Pilotärzte als Folge des vom Hauptverband intendierten Umgehungsgeschäfts aber als dessen Stellvertreter zu fingieren, was ihr rechtsgeschäftliches "Vertretungsverhalten", weil von der öffentlichen Auftraggeberschaft des Hauptverbandes "infiziert", dem BVergG unterwirft, ist die Beauftragung "ihres" ASWH durch die Pilotärzte ihrerseits eine BVergG-widrige "Direktbeauftragung", gegen die wiederum ein Feststellungsverfahren vor dem BVA mit der Folge der Nichtigkeitserklärung bzw Aufhebung des Vertrages bezüglich der Restleistungen mit Erfolg eingeleitet werden könnte. Weil die Pilotärzte als Folge des Umgehungsgeschäfts ihrer Einschaltung "nur" als Stellvertreter des Hauptverbandes gelten, wäre in einem solchen nur der Hauptverband

(wiederum) passiv legitimiert."

Die Ausführungen der Rz (36) bis (39) des GA J*** sind schlüssig und nachvollziehbar. Es ist ihnen daher zu folgen. Sie bilden einen integrierenden Bestandteil der Bescheidbegründung.

Es kann somit festgehalten werden, dass die vom Hauptverband

mit seinen Schreiben vom 30.5.2011 den Pilotärzten

angebotene und dann entsprechend auch umgesetzte

Vorgangsweise der Beauftragung der noch ausstehenden Restleistungen durch die Pilotärzte bei Bezahlung der Rechnungen der ASWH durch den Hauptverband als Umgehungsgeschäfte zu werten sind, bei welchen die Pilotärzte als Stellvertreter des Hauptverbandes anzusehen sind und daher solche Verträge vergaberechtlich als zwischen dem Hauptverband und den ASWH abgeschlossen zu werten sind.

In Punkt 1.2.5 seines Schreibens vom 28.11.2011 erhob der Auftraggeber das Gutachten der T*** vom 3.8.2011, V/329.253, zu seinem Vorbringen. In diesem Gutachten werden die folgenden zwei Fragen beantwortet:

1. "1.Ziffer eins

Wie hoch ist der geschätzte Auftragswert gemäß §§ 13 iVm 16 BVergG 2006 unter Berücksichtigung der "ex nunc " - Wirkung des Bescheides des BVA vom 13.5.2011? Wie hoch ist der geschätzte Auftragswert gemäß Paragraphen 13, in Verbindung mit 16 BVergG 2006 unter Berücksichtigung der "ex nunc " - Wirkung des Bescheides des BVA vom 13.5.2011?

2. 2.Ziffer 2

bestehen technische Gründe oder Ausschließlichkeitsrechte, die die Anwendung der Ausnahmebestimmung des § 30 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 bestehen technische Gründe oder Ausschließlichkeitsrechte, die die Anwendung der Ausnahmebestimmung des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006

rechtfertigen, und wenn ja welche?"

Die Frage 1. hat die T*** wie folgt beantwortet:

"[...]

11 Softwareinstallationen nach dem 13.5.2011 x € 790,-- =

€ 8.690,--

104 Supportleistungen nach dem 13.5.2011 x € 376,67 =

€ 39.173,68 gesamter Auftragswert sohin

€

47.863,68

Unterstellt man, dass bei ihnen zwei Ärzten, die sich erst nachträglich beim Hauptverband gemeldet haben, die Software ebenfalls noch zu installieren ist, so ist der

vorgezeichnete Wert noch um € 1.580,-- (€ 790,-- x 2) zu erhöhen. In keiner der beiden Varianten wäre jedoch - rein rechnerisch - der Wert von € 100.000,-- erreicht. [...]

Nach Ansicht der T*** kann rechtlich vertretbar damit argumentiert werden, dass der Auftragswert unter dem Schwellenwert von € 100.000 liegt und somit eine Direktvergabe gemäß § 41 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 zulässig ist." Nach Ansicht der T*** kann rechtlich vertretbar damit argumentiert werden, dass der Auftragswert unter dem Schwellenwert von € 100.000 liegt und somit eine Direktvergabe gemäß Paragraph 41, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 zulässig ist."

Die Frage 2. hat die T*** wie folgt beantwortet:

"Nachdem die konkrete Umsetzung des Pilotprojektes e-Medikation aus technischer Sicht sowohl die Kenntnis des Source Codes, als auch das Bearbeitungsrecht an dieser Software vorausgesetzt, kann rechtlich vertretbar von der Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 ausgegangen werden." "Nachdem die konkrete Umsetzung des Pilotprojektes e-Medikation aus technischer Sicht sowohl die Kenntnis des Source Codes, als auch das Bearbeitungsrecht an dieser Software vorausgesetzt, kann rechtlich vertretbar von der Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 ausgegangen werden."

J*** führt ua zu dem Gutachten der T*** vom 3.8.2011 (bezeichnet als U***) und zur Frage des für die Direktvergabe der Restleistungen relevanten Auftragswertes in der Ergänzung GA J*** in den Rz (11) bis (20) aus:

"(11) Die U***, S 5-7 ist der Ansicht, dass eine Direktvergabe der Restleistungen zulässig wäre, weil es für die Bestimmung des dafür maßgeblichen Auftragswerts nicht auf den Wert der Gesamtleistung (wie vom BVA zutreffend ermittelt), sondern auf den geschätzten Auftragswert der Restleistungen ankomme und diese mit € 47.863,68 weit unter dem für die Direktvergabe maßgeblichen Schwellenwert liege.

(12) Festzuhalten ist, dass sich weder Lehre noch Judikatur mit der Frage des Einflusses einer ex nunc-Vertragsaufhebung auf die (nachträgliche) Auftragswertberechnung auseinandergesetzt haben. Es ist nicht zuletzt deshalb der T*** zuzugeben, dass ihre Sichtweise rechtlich vertretbar erscheint.

(13) Dennoch teile ich - wie ich in der Besprechung im BMG schon geäußert habe - nicht die Rechtsauffassung der U***. Sie stützt sich im Wesentlichen auf die Erl zur RV BVergG 2006 zu § 334, in denen zur ex nunc-Wirkung festgehalten wird, dass der Vertrag hinsichtlich des bereits konsumierten oder nicht rückstellbaren Leistungsteils (samt den diesbezüglichen vertraglichen Rechten) bestehen bleibt. Daraus leitet die U*** ab, dass als Auftragswert "jener Betrag anzusehen ist, der zum Zeitpunkt der Wahl des Vergabeverfahrens' voraussichtlich vom HV zu bezahlen ist und deshalb die bereits erbrachten Leistungen als iSd Erl „konsumiert angesehen werden könnten und nicht in den Auftragswert einzurechnen wären." (13) Dennoch teile ich - wie ich in der Besprechung im BMG schon geäußert habe - nicht die Rechtsauffassung der U***. Sie stützt sich im Wesentlichen auf die Erl zur Regierungsvorlage BVergG 2006 zu Paragraph 334,, in denen zur ex nunc-Wirkung festgehalten wird, dass der Vertrag hinsichtlich des bereits konsumierten oder nicht rückstellbaren Leistungsteils (samt den diesbezüglichen vertraglichen Rechten) bestehen bleibt. Daraus leitet die U*** ab, dass als Auftragswert "jener Betrag anzusehen ist, der zum Zeitpunkt der Wahl des Vergabeverfahrens' voraussichtlich vom HV zu bezahlen ist und deshalb die bereits erbrachten Leistungen als iSd Erl „konsumiert angesehen werden könnten und nicht in den Auftragswert einzurechnen wären."

Das überzeugt nicht. Die zit Erläuterung besagt zur Frage des relevanten Auftrageswertes bei einer ex nunc-Aufhebung gar nichts. Aus dem Kontext, in dem die zit Aussage erfolgt, ergibt sich, dass der bekanntmachungslos vergebene, bereits in Vollzug gesetzte Vertrag zu zwei Situationen führen kann, die eine unterschiedliche Regelung gebieten. Die eine ist dadurch gekennzeichnet, dass die erbrachte Leistung beim AG noch zur Gänze vorhanden ist. Dann hat es bei der Regelsanktion des § 334 Abs 2 bzw 3 (ex tunc-Nichtigerklärung) zu bleiben. Die andere ist dadurch gekennzeichnet, dass die Leistung oder ein Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückstellbar ist (weil die Leistung bereits ganz oder teilweise "konsumiert" oder gebraucht wurde). Diesfalls hat das BVA den Vertrag nur teilweise und zwar hinsichtlich des noch ausständigen oder des noch ohne Wertverminderung rückstellbaren Das überzeugt nicht. Die zit Erläuterung besagt zur Frage des relevanten Auftrageswertes bei einer ex nunc-Aufhebung gar nichts. Aus dem Kontext, in dem die zit Aussage erfolgt, ergibt sich, dass der bekanntmachungslos vergebene, bereits in Vollzug gesetzte Vertrag zu zwei Situationen führen kann, die eine unterschiedliche Regelung gebieten. Die eine ist dadurch gekennzeichnet, dass die erbrachte Leistung beim AG noch zur Gänze vorhanden ist. Dann hat es bei der Regelsanktion des Paragraph 334, Absatz 2, bzw 3 (ex tunc-Nichtigerklärung) zu bleiben. Die andere ist dadurch gekennzeichnet, dass die Leistung oder ein Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückstellbar ist (weil die Leistung bereits ganz oder teilweise "konsumiert" oder gebraucht wurde). Diesfalls hat das BVA den Vertrag nur teilweise und zwar hinsichtlich des noch ausständigen oder des noch ohne Wertverminderung rückstellbaren

Leistungsteiles aufzuheben. Jetzt folgt der Satz, auf den sich die U*** beruft, der aber nur die (notwendige) Folge der in § 334 Abs 4 angeordneten ex nunc-Aufhebung erläutert: Leistungsteiles aufzuheben. Jetzt folgt der Satz, auf den sich die U*** beruft, der aber nur die (notwendige) Folge der in Paragraph 334, Absatz 4, angeordneten ex nunc-Aufhebung erläutert:

Der Vertrag bleibt somit hinsichtlich des bereits

konsumierten oder nicht rückstellbaren Leistungsteiles bestehen (samt den diesbezüglichen vertraglichen Rechten). Damit wird nur die zivilrechtliche Folge der für diese Situation sehr vernünftigen Regelung des § 334 Abs 4 verdeutlicht, mit der der Gesetzgeber erkennt, dass eine ex tunc-Aufhebung dort unsinnig ist, wo durch eine Nichtigerklärung deren Zweck, den Auftrag auf den Markt zurückzubringen, nicht mehr erreicht werden kann, weil durch "Konsumation" der erbrachten Leistung der Beschaffungsbedarf befriedigt ist, sodass es nur noch darum gehen kann, allenfalls noch nicht erbrachte Leistungsteile auf den Markt zurückzubringen und dem AG, aber auch dem AN hinsichtlich der erbrachten, aber nicht mehr rückstellbaren konsumierten oder nicht rückstellbaren Leistungsteiles bestehen (samt den diesbezüglichen vertraglichen Rechten). Damit wird nur die zivilrechtliche Folge der für diese Situation sehr vernünftigen Regelung des Paragraph 334, Absatz 4, verdeutlicht, mit der der Gesetzgeber erkennt, dass eine ex tunc-Aufhebung dort unsinnig ist, wo durch eine Nichtigerklärung deren Zweck, den Auftrag auf den Markt zurückzubringen, nicht mehr erreicht werden kann, weil durch "Konsumation" der erbrachten Leistung der Beschaffungsbedarf befriedigt ist, sodass es nur noch darum gehen kann, allenfalls noch nicht erbrachte Leistungsteile auf den Markt zurückzubringen und dem AG, aber auch dem AN hinsichtlich der erbrachten, aber nicht mehr

rückstellbaren

Leistungsteile (was bei erbrachten Dienstleistungen immer der Fall ist), die vertraglichen Rechte zu wahren; dies eben in Form der ex nunc-Aufhebung des Vertrages. In welchem (schwellenwertabhängigen) Vergabeverfahren die noch nicht erbrachten Leistungen wieder auf den Markt gebracht werden, regelt § 334 Abs 4 nicht, sodass auch die Erl nicht den geringsten Anlass haben, dazu eine Aussage zu treffen; insb auch nicht dazu, ob für die Wahl des Verfahrens, mit dem die noch nicht erbrachten Leistungen wieder dem Markt zugeführt werden, der Gesamtleistungswert (einschließlich der konsumierten, daher nicht rückstellbaren und vom AG zu bezahlenden Leistungen) oder der Restleistungswert Leistungsteile (was bei erbrachten Dienstleistungen immer der Fall ist), die vertraglichen Rechte zu wahren; dies eben in Form der ex nunc-Aufhebung des Vertrages. In welchem (schwellenwertabhängigen) Vergabeverfahren die noch nicht erbrachten Leistungen wieder auf den Markt gebracht werden, regelt Paragraph 334, Absatz 4, nicht, sodass auch die Erl nicht den geringsten Anlass haben, dazu eine Aussage zu treffen; insb auch nicht dazu, ob für die Wahl des Verfahrens, mit dem die noch nicht erbrachten Leistungen wieder dem Markt zugeführt werden, der Gesamtleistungswert (einschließlich der konsumierten, daher nicht rückstellbaren und vom AG zu bezahlenden Leistungen) oder der Restleistungswert

maßgeblich ist.

(14) Trägt aber die von U*** zitierte Aussage in den Erl die daraus abgeleitete Schlussfolgerung nicht, weil sie ein ganz anderes Aussageziel hat, muss das noch nicht heißen, dass die Sichtweise der U*** im Ergebnis verfehlt ist. Für sie könnte sprechen, dass hinsichtlich der Restleistungen, die infolge der ex nunc-Aufhebung ihre vertragliche Deckung verloren haben, ein neues Vergabeverfahren einzuleiten ist und als Auftragswert daher nur der Wert dessen in Anschlag zu bringen ist, "was noch zu vergeben" ist.

(15) Dem ist jedoch Folgendes entgegenzuhalten: Mit der ex nunc-Aufhebung gem § 334 Abs 4 reagiert der Gesetzgeber auf die Tatsache, dass - wie für bereits erbrachte (15) Dem ist jedoch Folgendes entgegenzuhalten: Mit der ex nunc-Aufhebung gem Paragraph 334, Absatz 4, reagiert der Gesetzgeber auf die Tatsache, dass - wie für bereits erbrachte

Dienstleistungen typisch - eine ex tunc-Nichtigkeit als Sanktion auf eine bekanntmachungslos vergebene, nicht mehr rückstellbare Leistung ihren legitimen Zweck verfehlen würde. Sie könnte die Leistung nicht mehr, was bei rückstellungsfähigen Leistungen die Folge der Vertragsunwirksamkeit wäre (Rückstellungspflicht des AG an den AN gemäß §§ 877, 1435 ABGB gegen Rückerstattung der Zahlung, was neuen Beschaffungsbedarf erzeugt), auf den Markt zurückführen, weil insoweit der Beschaffungsbedarf unwiederbringlich befriedigt ist, und eine ex tunc-Nichtigkeit nur zu einem sinnlosen bereicherungsrechtlichen Nullsummenspiel nach Wertersatz führen würde. Dienstleistungen typisch - eine ex tunc-Nichtigkeit als Sanktion auf eine bekanntmachungslos vergebene, nicht mehr rückstellbare Leistung ihren legitimen Zweck verfehlen würde. Sie könnte die Leistung nicht mehr, was bei rückstellungsfähigen Leistungen die Folge der Vertragsunwirksamkeit wäre (Rückstellungspflicht des AG an den AN gemäß Paragraphen 877, 1435, ABGB gegen Rückerstattung der Zahlung, was neuen Beschaffungsbedarf erzeugt), auf den Markt zurückführen, weil insoweit der Beschaffungsbedarf unwiederbringlich befriedigt ist, und eine ex tunc-Nichtigkeit nur zu einem sinnlosen bereicherungsrechtlichen Nullsummenspiel nach Wertersatz führen würde.

(16) Die ex nunc-Aufhebung gemäß § 334 Abs 4 BVergG, die das BVA ohne Antrag des AG von amtswegen auszusprechen hat, ist also lediglich eine Konsequenz des Faktums, dass bei nicht mehr in natura rückstellbaren Leistungen eine ex tunc-Nichtigkeit ihren Zweck verfehlen würde. (16) Die ex nunc-Aufhebung gemäß Paragraph 334, Absatz 4, BVergG, die das BVA ohne Antrag des AG von amtswegen auszusprechen hat, ist also lediglich eine Konsequenz des Faktums, dass bei nicht mehr in natura rückstellbaren Leistungen eine ex tunc-Nichtigkeit ihren Zweck verfehlen würde.

Dass demzufolge der Vertrag hinsichtlich der nicht (oder nur mehr wertvermindert) rückstellbaren Leistungen der Vertrag aufrecht bleibt (so zutr die Erl, auf welche U*** Bezug nimmt), bedeutet jedoch keinesfalls, dass damit der erfolgte Leistungsaustausch auf der Grundlage des insoweit bestehen bleibenden Vertrages gebilligt wird. Ganz im Gegenteil ist und bleibt der wirksam bleibende Vertragsteil rechtswidrig vergeben, was das BVA in casu ja auch für die ganzen Verträge festgestellt hat (siehe zB Spruchpunkt III.2) und nicht zuletzt daraus erhellt, dass das BVA, weil es von der Grundregel der ex tunc-Nichtigkeit Abstand nehmen musste (§ 334 Abs 4), eine alternative Sanktion in Form einer Geldbuße verhängen musste (§ 334 Abs 7 BVergG). Dass demzufolge der Vertrag hinsichtlich der nicht (oder nur mehr

wertvermindert) rückstellbaren Leistungen der Vertrag aufrecht bleibt (so zutr die Erl, auf welche U*** Bezug nimmt), bedeutet jedoch keinesfalls, dass damit der erfolgte Leistungsaustausch auf der Grundlage des insoweit bestehen bleibenden Vertrages gebilligt wird. Ganz im Gegenteil ist und bleibt der wirksam bleibende Vertragsteil rechtswidrig vergeben, was das BVA in casu ja auch für die ganzen Verträge festgestellt hat (siehe zB Spruchpunkt römisch drei.2) und nicht zuletzt daraus erhellt, dass das BVA, weil es von der Grundregel der ex tunc-Nichtigkeit Abstand nehmen musste (Paragraph 334, Absatz 4,), eine alternative Sanktion in Form einer Geldbuße verhängen musste (Paragraph 334, Absatz 7, BVergG).

(17) In diesem System der Sanktionen, das dem Prinzip folgt:

die schwerste Sanktion (der ex tunc-Nichtigkeit) auf den schwersten Verlust (der bekanntnachtslosen Direktvergabe) muss es als systemwidrig erscheinen, dem Auftraggeber die Rechtswohlthat zukommen zu lassen, sich für die Vergabe der Restleistung auf deren geschätzten Auftragswert berufen und damit die Direktvergabe nutzen zu können. Eine solche Möglichkeit wäre umso befremdlicher, als es der AG im Zusammenwirken mit dem rechtswidrig beauftragten AN in der Hand hätte, den dann letztlich maßgebenden Auftragswert der Restleistungen "nach unten" zu drücken: Je mehr (nicht rückstellbare) Dienstleistungen vor dem (drohenden) Feststellungs- und Aufhebungsbescheid erbracht werden, desto geringer wäre der Restauftragswert und umso näher rückte die (vermeintlich zulässige) Direktvergabe (in casu: 91 Installationen von 102 (bzw 104) vor dem 13.5.2011 (Datum des Feststellungs- und Aufhebungsbescheides)).

(18) Wollte man mit der U*** annehmen, dass es für die Neuvergabe auf den Wert der Restleistung ankommt, führte dies zu ähnlicher Vereitelung der Normfunktion des § 334 für die noch ausstehenden Restleistungen, die ihre vertragliche Deckung verloren haben, wie sie für die Umgehungs konstruktion des HV zu konstatieren war (GA Al (34) - (37)): Leistungserbringer bleiben die drei ASWH; die Restleistungen kommen nicht auf den Markt.(18) Wollte man mit der U*** annehmen, dass es für die Neuvergabe auf den Wert der Restleistung ankommt, führte dies zu ähnlicher Vereitelung der Normfunktion des Paragraph 334, für die noch ausstehenden Restleistungen, die ihre vertragliche Deckung verloren haben, wie sie für die Umgehungs konstruktion des HV zu konstatieren war (GA Al (34) - (37)): Leistungserbringer bleiben die drei ASWH; die Restleistungen kommen nicht auf den Markt.

(19) Zusammengefasst ist festzuhalten, dass es für die Vergabe der Restleistungen nach ex tunc-Aufhebung [Anmerkung des BVA: gemeint wohl ex nunc-Aufhebung] auf den Gesamtauftragswert ankommt, der für das Projekt geschätzt worden oder bei korrekter Auftragswertschätzung hätte zugrunde gelegt werden müssen. Es kann hier dahinstehen, ob für die Gesamtwertschätzung von der ursprünglichen Annahme des Gesamtleistungsvolumens auszugehen ist oder von der tatsächlichen Projektgröße in der Durchführungsphase. Auch bei letzterem Ansatz, der noch näher zu hinterfragen wäre, dürfte der so berechnete Gesamtwert des Auftrags über €

100.000,- liegen. Es ist daher unerheblich, dass der Wert der Restleistung (für sich genommen) nur € 47.863,68 beträgt. Die Direktvergabe kann daher nicht darauf gestützt werden.

(20) Daraus folgt, dass die Qualifikation des HV-Procederes (Vorschieben der Pilotärzte als AG) als dem HV zurechenbares Umgehungs geschäft nicht damit entkräftet werden kann, dass es hinsichtlich der Restleistungen an einer umgangenen Norm fehlen würde, weil die drei ASWH ohnedies auch im Wege der Direktvergabe (§ 41 Abs 2 Z 1 BVergG) hätten vom HV beauftragt werden können."(20) Daraus folgt, dass die Qualifikation des HV-Procederes (Vorschieben der Pilotärzte als AG) als dem HV zurechenbares Umgehungs geschäft nicht damit entkräftet werden kann, dass es hinsichtlich der Restleistungen an einer umgangenen Norm fehlen würde, weil die drei ASWH ohnedies auch im Wege der Direktvergabe (Paragraph 41, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG) hätten vom HV beauftragt werden können."

Die Ausführungen der Rz (11) bis (20) der Ergänzung GA J*** sind schlüssig und nachvollziehbar. Es ist ihnen daher zu folgen. Sie bilden einen integrierenden Bestandteil der Bescheidbegründung.

Es kann somit festgehalten werden, dass es bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes in der

gegenständlichen Sache auf den Gesamtauftragswert ankommt, der bereits im Bescheid des BVA vom 13.5.2011, F/0002- BVA/13/2011-69 ua, mit € 246.470,-- bestimmt wurde und nach wie vor gilt. Auch die tatsächliche Projektgröße in der Durchführungsphase beläuft sich entsprechend den Angaben des Hauptverbandes auf einen Betrag von über € 100.000,-- nämlich auf € 148.958,44 ohne Ust. Es wäre systemwidrig und ist daher nicht zulässig dem Auftraggeber der

rechtswidrig gehandelt hat die Rechtswohlthat zukommen zu lassen, sich für die Vergabe der Restleistung nach einer ex nunc Aufhebung auf den geschätzten oder tatsächlichen Auftragswert der Restleistung berufen (und damit möglicherweise die Direktvergabe nutzen) zu können. Der Hauptverband konnte daher nicht zu Recht die Restleistungen im Wege einer Direktvergabe gemäß § 41 Abs 2 Z 1 BVergG vergeben. Gegenständlichen Sache auf den Gesamtauftragswert ankommt, der bereits im Bescheid des BVA vom 13.5.2011, F/0002- BVA/13/2011-69 ua, mit € 246.470,-- bestimmt wurde und nach wie vor gilt. Auch die tatsächliche Projektgröße in der Durchführungsphase beläuft sich entsprechend den Angaben des Hauptverbandes auf einen Betrag von über € 100.000,-- nämlich auf € 148.958,44 ohne Ust. Es wäre systemwidrig und ist daher nicht zulässig dem Auftraggeber der rechtswidrig gehandelt hat die Rechtswohlthat zukommen zu lassen, sich für die Vergabe der Restleistung nach einer ex nunc Aufhebung auf den geschätzten oder tatsächlichen Auftragswert der Restleistung berufen (und damit möglicherweise die Direktvergabe nutzen) zu können. Der Hauptverband konnte daher nicht zu Recht die Restleistungen im Wege einer Direktvergabe gemäß Paragraph 41, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG vergeben.

J*** führt zur Frage des für das Verhandlungsverfahren mit jeweils nur einem Unternehmer notwendige Ausschließlichkeitsrecht in der Ergänzung GA J*** in den Rz

(21) bis (32) aus:

"(21) Ganz anders verhält es sich jedoch mit der geltend gemachten Ausnahmebestimmung des § 30 Abs 2 Z 2 BVergG, für deren Anwendbarkeit jetzt auch ein beweiskräftiges SV- GA vorliegt, wonach nur die drei ASWH Kenntnis des Source Codes der (von ihnen gelieferten) Ordinationssoftware haben, die für die Implementierung der e-Medikation erforderlich ist und Dritten, selbst wenn sie den Source Code mit all den damit verbundenen Schwierigkeiten rekonstruieren könnten, aus Gründen des Urheberrechtsschutzes kein Bearbeitungsrecht daran zustünde, sohin die Leistung der Implementierung der e-Medikation nur von den (drei) Inhabern des Source Codes vorgenommen werden kann. Daraus schließt U*** S 12 zusammenfassend, dass aufgrund dieses Ausschließlichkeitsrechts der drei ASWH am Source Code rechtlich vertretbar der Ausnahmetatbestand des § 30 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 herangezogen werden kann."(21) Ganz anders verhält es sich jedoch mit der geltend gemachten Ausnahmebestimmung des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG, für deren Anwendbarkeit jetzt auch ein beweiskräftiges SV- GA vorliegt, wonach nur die drei ASWH Kenntnis des Source Codes der (von ihnen gelieferten) Ordinationssoftware haben, die für die Implementierung der e-Medikation erforderlich ist und Dritten, selbst wenn sie den Source Code mit all den damit verbundenen Schwierigkeiten rekonstruieren könnten, aus Gründen des Urheberrechtsschutzes kein Bearbeitungsrecht daran zustünde, sohin die Leistung der Implementierung der e-Medikation nur von den (drei) Inhabern des Source Codes vorgenommen werden kann. Daraus schließt U*** S 12 zusammenfassend, dass aufgrund dieses Ausschließlichkeitsrechts der drei ASWH am Source Code rechtlich vertretbar der Ausnahmetatbestand des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 herangezogen werden kann.

(22) Bei dieser Argumentationslinie geht es nicht darum, dass die Resterfüllung einer vom Anfang an rechtswidrig bekanntmachungslos vergebenen Gesamtleistung wiederum - dank eines bestimmten Verständnisses des maßgeblichen Auftragswertes (siehe dazu ablehnend St (13) - (18)) - der Direktvergabemöglichkeit zugeführt wird. Vielmehr wird hier dargetan, dass bereits der Gesamtauftrag von Anfang an in einem Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer vergeben werden konnte (§ 30 Abs 2 Z 2 BVergG) und dies daher auch für die Restleistungen(22) Bei dieser Argumentationslinie geht es nicht darum, dass die Resterfüllung einer vom Anfang an rechtswidrig bekanntmachungslos vergebenen Gesamtleistung wiederum - dank eines bestimmten Verständnisses des maßgeblichen Auftragswertes (siehe dazu ablehnend St (13) - (18)) - der Direktvergabemöglichkeit zugeführt wird. Vielmehr wird hier dargetan, dass bereits der Gesamtauftrag von Anfang an in einem Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer vergeben werden konnte (Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG) und dies daher auch für die Restleistungen

gelten muss. Wenn das Ausschließlichkeitsrecht wirklich besteht, entkräftet dies auch mein Argument, die Vorgangsweise des HV konterkariere den Zweck des § 334 BVergG, zumindest die Restleistungen wieder dem Markt zuzuführen (St J*** (34ff)). Denn wenn der Gesamtauftrag schon ursprünglich nicht "auf den Markt" musste (§ 31 Abs 2 Z 2 BVergG), muss das auch für die noch ausstehenden Restleistungen gelten, für deren Erbringung durch die Aufhebung der Verträge ex nunc die vertragliche Basis weggefallen ist.gelten muss. Wenn das Ausschließlichkeitsrecht wirklich besteht, entkräftet dies auch mein Argument, die Vorgangsweise des HV konterkariere den Zweck des Paragraph 334, BVergG, zumindest die Restleistungen wieder dem Markt zuzuführen (St J*** (34ff)). Denn wenn der

Gesamtauftrag schon ursprünglich nicht "auf den Markt" musste (Paragraph 31, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG), muss das auch für die noch ausstehenden Restleistungen gelten, für deren Erbringung durch die Aufhebung der Verträge ex nunc die vertragliche Basis weggefallen ist.

(23) Des Weiteren bedeutet das jetzt (erst) nachgewiesene Bestehen eines Ausschließlichkeitsrechts der drei ASWH, dass die vom HV ins Werk gesetzte Vorgangsweise des

"Vorschiebens" der Pilotärzte als AG kein Umgehungsgeschäft ist, weil es an der umgangenen Norm fehlt, die verlangt hätte, die Restleistungen wieder dem Markt zuzuführen. Denn der Gesamtauftrag dürfte dank § 30 Abs 2 Z 2 BVergG dem Markt entzogen werden, sodass eine Vorgangsweise, welche die Restleistungen dem Markt entzieht, keine Umgehung des Vergaberechts darstellen kann. "Vorschiebens" der Pilotärzte als AG kein Umgehungsgeschäft ist, weil es an der umgangenen Norm fehlt, die verlangt hätte, die Restleistungen wieder dem Markt zuzuführen. Denn der Gesamtauftrag dürfte dank Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG dem Markt entzogen werden, sodass eine Vorgangsweise, welche die Restleistungen dem Markt entzieht, keine Umgehung des Vergaberechts darstellen kann.

(23) Erklärungsbedürftig ist freilich, warum das Argument des Ausschließlichkeitsrechts jetzt ziehen sollte, nachdem das BVA dieses im Feststellungs- und Aufhebungsbescheid verworfen hat. Die U*** (S 8) differenziert subtil, aber nachvollziehbar: Das BVA habe das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes nicht definitiv verneint, sondern dessen Anwendbarkeit nur verneint, weil der HV seiner Beweislast für das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes nicht nachgekommen sei.

Anders gesagt: Der HV hat im Feststellungsverfahren verkannt, dass es für die Heranziehung des Ausnahmetatbestandes nicht genügt, das Ausschließlichkeitsrecht mehr oder minder substantiiert zu behaupten, sondern - wie es der auch vom EuGH für diesen Ausnahmetatbestand judizierten - Beweislast des AG

entspricht, der AG den Beweis für dessen Vorliegen zu erbringen hat, was wiederum ständ Judikatur und - wie ich aus eigener Beratungstätigkeit für öffentliche Auftraggeber weiß - auch ständiger (guter) Praxis entspricht, ein darauf bezügliches SV-GA einzuholen hat. "Good practice"- Postulat:

Keine Berufung auf § 30 Abs 2 Z 2 BVergG, wenn sie nicht durch ein SV-GA abgesichert ist (was mitunter dazu führt, dass der AG von der Anwendung dieser Ausnahme absieht - und ausschreibt). Keine Berufung auf Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG, wenn sie nicht durch ein SV-GA abgesichert ist (was mitunter dazu führt, dass der AG von der Anwendung dieser Ausnahme absieht - und ausschreibt).

(25) Jetzt liegt ein solches SV-GA vor. Die U*** (S 8) meint nun, dass man in dem nach Aufhebung der drei ASWH-Verträge (ex nunc) vom HV nunmehr gewählten Weg einen "neuen Vergabevorgang" sehen wird müssen, für den die Möglichkeit bestehen muss, den - ehemals vermissten - Beweis des Vorliegens eines Ausnahmetatbestandes zu erbringen. Diese Rechtsansicht teile ich und halte sie im Ergebnis auch für den vorliegenden Fall für rechtlich vertretbar. Nur: Der HV hat überhaupt keinen "neuen Vergabevorgang" eingeleitet, sondern sogleich die Flucht aus dem Vergaberecht angetreten (durch "Einschaltung" der Pilotärzte als Auftraggeber).

Richtig müsste die Argumentation lauten: Der HV hat zwar für die Restleistungen zwecks Umgehung des BVergG ein Procedere initiiert, das die Pilotärzte als formale Auftraggeber fungieren lässt. Das führt zur Zurechnung der von den Pilotärzten mit den ASWH abgeschlossenen Verträge an den HV aus umgehungsrechtlicher Sicht. Die vom HV auf Umgehung des BVergG angelegte Vorgangsweise kann aber einem neuen Vergabevorgang insofern gleichgehalten werden, als der Umgehungsweg des HV bei Beweisbarkeit des Ausschließlichkeitsrechts gar nicht erforderlich gewesen wäre, um die Restleistungen direkt an die drei ASWH zu vergeben.

(26) Anders gesagt: Gesetzt den Fall, ein an den Restleistungen interessierter Unternehmer (zB der Antragsteller im erfolgreichen Feststellungsverfahren Bescheid 13.5.2001 - A***) würde die Feststellung begehren, die im Umgehungsweg für die Restleistungen mit den drei ASWH zustande gekommenen Verträgen wären dem HV zuzurechnen und stellen wiederum unzulässige Direktvergaben dar (s St J*** (39)), würde der HV unter Vorlage des SV-GA erfolgreich geltend machen, dass mangels einer umgehungsfähigen Norm kein Umgehungsgeschäft vorliegt, weil er sich auf § 30 Abs 2 Z 2 BVergG stützen und darlegen kann, dass die Verträge - ebenso bekanntmachungslos - durch ihn selbst (HV) hätten vergeben werden können. (26) Anders gesagt: Gesetzt den Fall, ein an den Restleistungen interessierter Unternehmer (zB der Antragsteller im erfolgreichen Feststellungsverfahren Bescheid 13.5.2001 - A***) würde die Feststellung begehren, die im Umgehungsweg für die Restleistungen mit den drei ASWH zustande

gekommenen Verträgen wären dem HV zuzurechnen und stellen wiederum unzulässige Direktvergaben dar (s St J*** (39)), würde der HV unter Vorlage des SV-GA erfolgreich geltend machen, dass mangels einer umgehungsfähigen Norm kein Umgehungsgeschäft vorliegt, weil er sich auf Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG stützen und darlegen kann, dass die Verträge - ebenso bekanntmachungslos - durch ihn selbst (HV) hätten vergeben werden können.

(27) Zusammenfassend ist daher zunächst festzustellen, dass die zweite Argumentationslinie der U***/HV, wonach sich die "Direktvergabe" der Restleistungen an die drei ASWH auf den Ausnahmetatbestand des § 30 Abs 2 Z 2 BVergG stützen lässt, gut begründbar und insbesondere nicht dem Einwand ausgesetzt ist, sie würde den Normzweck des § 334 BVergG im Falle der ex nunc-Aufhebung konterkarieren: Denn Leistungen, die von Anfang an nicht dem Markt zugänglich gemacht werden mussten, müssen auch nicht über den Markt beschafft werden, wenn nach Aufhebung des Vertrages ex nunc noch Restleistungen offen sind, für die gilt, dass sie in ihrer Erbringung durch ein Ausschließlichkeitsrecht des bisherigen Leistungserbringers dem Markt entzogen sind. (27) Zusammenfassend ist daher zunächst festzustellen, dass die zweite Argumentationslinie der U***/HV, wonach sich die "Direktvergabe" der Restleistungen an die drei ASWH auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG stützen lässt, gut begründbar und insbesondere nicht dem Einwand ausgesetzt ist, sie würde den Normzweck des Paragraph 334, BVergG im Falle der ex nunc-Aufhebung konterkarieren: Denn Leistungen, die von Anfang an nicht dem Markt zugänglich gemacht werden mussten, müssen auch nicht über den Markt beschafft werden, wenn nach Aufhebung des Vertrages ex nunc noch Restleistungen offen sind, für die gilt, dass sie in ihrer Erbringung durch ein Ausschließlichkeitsrecht des bisherigen Leistungserbringers dem Markt entzogen sind.

(28) Dem mail V*** vom 8.8.2011 ist jedoch eine Information zu entnehmen, die uU geeignet sein könnte, das vorstehend gefundene Ergebnis, wonach eine Beauftragung der drei ASWH auf der Grundlage des § 30 Abs 2 Z 2 BVergG zulässig ist, in Frage zu stellen. (28) Dem mail V*** vom 8.8.2011 ist jedoch eine Information zu entnehmen, die uU geeignet sein könnte, das vorstehend gefundene Ergebnis, wonach eine Beauftragung der drei ASWH auf der Grundlage des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zulässig ist, in Frage zu stellen.

Zusammengefasst wird mitgeteilt, dass die technische Ausschließlichkeit der drei ASWH vom HV gleichsam "selbst hergestellt" wurde.

Die drei involvierten AF*** hätten Ärzte dazu motiviert, sich als Pilotärzte zur Verfügung zu stellen. Etliche Ärzte hätten sich daraufhin auch gemeldet und ihre ziemlich unterschiedlichen SWF bekanntgeben. Daraufhin habe zB in Wien der HV eine erste Selektion von acht Softwarefirmen (und damit den dazugehörigen Ärzten) vorgenommen. Nachdem die Kalkulation einer Auftragserteilung an diese acht Softwarefirmen dem HV zu teuer erschienen war, sei eine nochmalige Selektion auf die drei nunmehr involvierten SWF durch den HV durchgeführt worden (wovon zwei Firmen, nämlich die B*** und D*** noch dazu zusammen gehören). Damit seien auch nur solche Pilotärzte akzeptiert worden, die diese drei SWF auch tatsächlich hatten oder bereit waren, eine solche SW auf eigene Kosten anzuschaffen.

Daher sei die Ausschließlichkeit der drei ASWH nicht in ihrer technischen Exklusivität gegründet gewesen, sondern sei deshalb entstanden, weil sie nach der Vorselektion dem HV für das Pilotprojekt als die preisgünstigsten SWH erschienen seien. Auch andere SWH (zB aus dem Kreis jener acht, die in die Vorselektion einbezogen gewesen seien) hätten entsprechende Programme zur Implementierung der e-Medikation entwickeln können. Diese seien aus Kostengründen von vornherein ausgeschieden worden, was sich bei korrekter Vorgangsweise erst in einem bekanntzumachenden

Vergabeverfahren ergeben hätte müssen.

(29) Der mitgeteilte Einwand lenkt den Blick auf eine ganz andere Ebene. Das GA W*** vom 22.7.2011 und das die präzisierende Fragestellung der T*** beantwortende Ergänzungsgutachten W*** vom 1.8.2011 kommt - auch für mich überzeugend - zu dem Ergebnis, dass die Integration der ecard SOAP Schnittstelle in die konkrete (bestehende) Arztsoftware (Ordinationssoftware) die Kenntnis dieses Source Codes und das Bearbeitungsrecht an diesem Source Code voraussetzt, weil der Verordnungsablauf der ASW dahin abgeändert werden muss, dass die Schnittstelle e-Medikation sinnvoll mit Daten "beschickt" werden kann. Die Kenntnis des Source Codes der jeweiligen Arztsoftware und das Bearbeitungsrecht daran hat aber nur der Lieferant der jeweiligen Arztsoftware, sodass nur er dank seines Ausschließlichkeitsrechts auch mit der Implementierung der e-Medikation beauftragt werden kann (§ 30 Abs 2 Z 2 BVergG). Eine Ausschreibung der Installations- und Supportleistung für die e-Medikation in der Arztsoftware der drei ASWH, die vom HV ausgewählt wurden, wäre sinnlos, weil sie infolge des Ausschließlichkeitsrechts von dritten (29) Der

mitgeteilte Einwand lenkt den Blick auf eine ganz andere Ebene. Das GA W*** vom 22.7.2011 und das die präzisierende Fragestellung der T*** beantwortende Ergänzungsgutachten W*** vom 1.8.2011 kommt - auch für mich überzeugend - zu dem Ergebnis, dass die Integration der ecard SOAP Schnittstelle in die konkrete (bestehende) Arztsoftware (Ordnationssoftware) die Kenntnis dieses Source Codes und das Bearbeitungsrecht an diesem Source Code voraussetzt, weil der Verordnungsablauf der ASW dahin abgeändert werden muss, dass die Schnittstelle e-Medikation sinnvoll mit Daten "beschickt" werden kann. Die Kenntnis des Source Codes der jeweiligen Arztsoftware und das Bearbeitungsrecht daran hat aber nur der Lieferant der jeweiligen Arztsoftware, sodass nur er dank seines Ausschließlichkeitsrechts auch mit der Implementierung der e-Medikation beauftragt werden kann (Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG). Eine Ausschreibung der Installations- und Supportleistung für die e-Medikation in der Arztsoftware der drei ASWH, die vom HV ausgewählt wurden, wäre sinnlos, weil sie infolge des Ausschließlichkeitsrechts von dritten

Unternehmern gar nicht erbracht werden können (§ 30 Abs 2 Z 2 BVergG). Unternehmern gar nicht erbracht werden können (Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG).

(30) Man kann es auch so sagen: Mit der Auswahl der drei ASWH sind die Würfel bereits gefallen. Jetzt kommen für die Beauftragung nur mehr - für "ihre" jeweilige Arztsoftware - die drei ASWH in Frage (§ 30 Abs 2 Z 2 BVergG). Das hat das GA W*** schlüssig nachgewiesen. (30) Man kann es auch so sagen: Mit der Auswahl der drei ASWH sind die Würfel bereits gefallen. Jetzt kommen für die Beauftragung nur mehr - für "ihre" jeweilige Arztsoftware - die drei ASWH in Frage (Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG). Das hat das GA W*** schlüssig nachgewiesen.

(31) In Wahrheit muss man aber eine Stufe früher ansetzen. Die Auswahl der drei ASWH im Rahmen der Vorselektion ist in keinem bekanntzumachenden Vergabeverfahren erfolgt. Eben das war die Problematik, mit der das BVA im Feststellungs- und Aufhebungsbescheid konfrontiert war (siehe Bescheid S 29 f).

Wenn es also richtig ist, dass die teilnahmewilligen Ärzte ihre ziemlich unterschiedlichen Softwarefirmen (von denen sie ihre Arztsoftware bezogen haben) angegeben haben und dass der HV daraus die drei ASWH aus Kostengründen ausgewählt hat, dafür also nicht zwingende technische Gründe oder Ausschließlichkeitsrechte iSd § 30 Abs 2 Z 2 BVergG maßgeblich waren, hätte dieser Auswahlprozess, mit dem über jene Arten von Arztsoftware entschieden wurde, mit denen das Pilotprojekt durchgeführt werden sollte, in einem Verfahren mit entsprechender Transparenz erfolgen müssen. Wenn es also richtig ist, dass die teilnahmewilligen Ärzte ihre ziemlich unterschiedlichen Softwarefirmen (von denen sie ihre Arztsoftware bezogen haben) angegeben haben und dass der HV daraus die drei ASWH aus Kostengründen ausgewählt hat, dafür also nicht zwingende technische Gründe oder Ausschließlichkeitsrechte iSd Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG maßgeblich waren, hätte dieser Auswahlprozess, mit dem über jene Arten von Arztsoftware entschieden wurde, mit denen das Pilotprojekt durchgeführt werden sollte, in einem Verfahren mit entsprechender Transparenz erfolgen müssen.

An einem solchen Verfahren hätten sich dann alle ASWH beteiligen können, die in den Pilotregionen Arztsoftware geliefert haben und an der Teilnahme am Pilotprojekt interessiert gewesen wären. Aus den geeigneten Unternehmen hätte der HV durchaus - unter Kostenaspekten jene drei Arztsoftwareunternehmen auswählen können, die dann - gestützt auf § 30 Abs 2 Z 2 BVergG - mit den konkreten Installations- und Supportleistungen an ihrer Arztsoftware hätten beauftragt werden dürfen. An einem solchen Verfahren hätten sich dann alle ASWH beteiligen können, die in den Pilotregionen Arztsoftware geliefert haben und an der Teilnahme am Pilotprojekt interessiert gewesen wären. Aus den geeigneten Unternehmen hätte der HV durchaus - unter Kostenaspekten jene drei Arztsoftwareunternehmen auswählen können, die dann - gestützt auf Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG - mit den konkreten Installations- und Supportleistungen an ihrer Arztsoftware hätten beauftragt werden dürfen.

(32) An diesem Punkt angelangt, muss der Gutachter zugeben, dass er in der Besprechung im BMG noch nicht gesehen hat, dass das wahre Problem der Vorgangsweise des HV in der Selektion der Arztsoftware liegt, mit denen das Pilotprojekt durchgeführt werden sollte. Dieser bekanntmachungslose Selektionsprozess hat über das für die drei ASWH sprechende Kostenargument zur Auswahl deren Arztsoftware geführt (und damit auch den Kreis der Pilotärzte bestimmt) und es erst ermöglicht, dass mit den betreffenden Leistungen die drei ASWH "direkt" (§ 30 Abs 2 Z 2 BVergG) beauftragt werden dürften. Insofern wurde die "Exklusivität" durch den HV erst geschaffen. (32) An diesem Punkt angelangt, muss der Gutachter zugeben, dass er in der Besprechung im BMG noch nicht gesehen hat, dass das wahre Problem der Vorgangsweise des HV in der Selektion der Arztsoftware liegt, mit denen das Pilotprojekt

durchgeführt werden sollte. Dieser bekanntmachungslose Selektionsprozess hat über das für die drei ASWH sprechende Kostenargument zur Auswahl deren Arztsoftware geführt (und damit auch den Kreis der Pilotärzte bestimmt) und es erst ermöglicht, dass mit den betreffenden Leistungen die drei ASWH "direkt" (Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG) beauftragt werden dürften. Insofern wurde die "Exklusivität" durch den HV erst geschaffen."

Die Ausführungen der Rz (21) bis (32) der Ergänzung GA J*** sind schlüssig und nachvollziehbar. Es ist ihnen daher zu folgen. Sie bilden einen integrierenden Bestandteil der Bescheidbegründung.

Es kann somit festgehalten werden, dass die Auswahl der drei ASWH im Rahmen der Vorselektion in keinem bekanntzumachenden Vergabeverfahren erfolgt ist. Diese Vorselektion erfolgte, wie sich aus den Angaben des Hauptverbandes in der

mündlichen Verhandlung und in Punkt 3.1 seines Schreibens vom 30.11.2011 ergibt, im Wesentlichen durch ein Zusammenwirken des Hauptverbandes mit dem Projektleitungsausschuss (dem Vertreter des Bundesministerium für Gesundheit, der AB***, der AC***, des AD***, des AE***, der AG***, des Hauptverbandes und ein Vertreter der AH*** angehören) sowie der I*** und den drei AF***, bei welchem aus einer großen Anzahl von

Vertragsärzten des Hauptverbandes in den Pilotregionen welche eine Vielzahl an Arztsoftwareprodukten einer großen Anzahl an verschiedenen ASWH verwenden, eine Vorselektion und schließlich die Auswahl der drei ASWH erfolgte. Diese Vorselektion und die anschließende Auswahl der drei ASWH ist nicht im Rahmen eines bekanntzumachenden Vergabeverfahrens erfolgt, obwohl ein solches geboten gewesen wäre. Insofern wurde die "Exklusivität" durch den Hauptverband erst geschaffen, weshalb die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 im gegenständlichen Fall nicht zulässig ist. Vertragsärzten des Hauptverbandes in den Pilotregionen welche eine Vielzahl an Arztsoftwareprodukten einer großen Anzahl an verschiedenen ASWH verwenden, eine Vorselektion und schließlich die Auswahl der drei ASWH erfolgte. Diese Vorselektion und die anschließende Auswahl der drei ASWH ist nicht im Rahmen eines bekanntzumachenden Vergabeverfahrens erfolgt, obwohl ein solches geboten gewesen wäre. Insofern wurde die "Exklusivität" durch den Hauptverband erst geschaffen, weshalb die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 im gegenständlichen Fall nicht zulässig ist.

Der Einwand des Hauptverbandes, dass jedes Vergabeverfahren

darauf angelegt sei, einen einzigen Best- oder

Billigstbieter zu ermitteln, um mit diesem den Leistungsvertrag abzuschließen, mehrere Best- oder

Billigstbieter (wie hier: drei) ein Vergabeverfahren aber nicht generieren könne geht ins Leere, da gem. § 16 Abs 4 BVergG 2006 auch eine Unterteilung in mehrere Lose möglich ist. Billigstbieter (wie hier: drei) ein Vergabeverfahren aber nicht generieren könne geht ins Leere, da gem. Paragraph 16, Absatz 4, BVergG 2006 auch eine Unterteilung in mehrere Lose möglich ist.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass der Hauptverband zur Umgehung des Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 13.5.2011, F/0002-BVA/13/2011-69 ua, mit den ASWH B***, D*** und C*** jeweils einen Rahmenvertrag über die Kostenübernahme für Installation und Schulung betreffend das Pilotprojekt e-Medikation abgeschlossen hat. Die Auswahl dieser drei ASWH erfolgte durch eine Vorselektion, die nicht im Rahmen eines bekanntzumachenden Vergabeverfahrens erfolgte, obwohl ein solches geboten gewesen wäre. Der Inhalt dieser 3 Rahmenverträge ergibt sich aus den beiden Schreiben des Hauptverbandes vom 30.5.2011 an die Ärzte des Pilotprojektes. Auf Grundlage dieser Rahmenverträge bzw der beiden Schreiben des Hauptverbandes vom 30.5.2011 wurden sodann für den Hauptverband durch die Pilotärzte als dessen Stellvertreter mit den 3 ASWH die in Spruchpunkt I.2. aufgelisteten 71 Einzelverträge Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass der Hauptverband zur Umgehung des Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 13.5.2011, F/0002-BVA/13/2011-69 ua, mit den ASWH B***, D*** und C*** jeweils einen Rahmenvertrag über die Kostenübernahme für Installation und Schulung betreffend das Pilotprojekt e-Medikation abgeschlossen hat. Die Auswahl dieser drei ASWH erfolgte durch eine Vorselektion, die nicht im Rahmen eines bekanntzumachenden Vergabeverfahrens erfolgte, obwohl ein solches geboten gewesen wäre. Der Inhalt dieser 3 Rahmenverträge ergibt sich aus den beiden Schreiben des Hauptverbandes

vom 30.5.2011 an die Ärzte des Pilotprojektes. Auf Grundlage dieser Rahmenverträge bzw der beiden Schreiben des Hauptverbandes vom 30.5.2011 wurden sodann für den Hauptverband durch die Pilotärzte als dessen Stellvertreter mit den 3 ASWH die in Spruchpunkt römisch eins.2. aufgelisteten 71 Einzelverträge

abgeschlossen. Sowohl die Rahmenverträge als auch die Einzelverträge hätten vom Hauptverband als öffentlichen Auftraggeber einem bekanntzumachenden Vergabeverfahren unterzogen werden müssen, was vom Auftraggeber in

rechtswidriger Weise entgegen den Vorschriften des BVergG unterlassen wurde. Der Hauptverband konnte auch nicht zu Recht die Restleistungen im Wege einer Direktvergabe gemäß § 41 Abs 2 Z 1 BVergG vergeben, da es bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes in der gegenständlichen Sache auf den Gesamtauftragswert ankommt, der bereits im Bescheid des BVA vom 13.5.2011, F/0002-BVA/13/2011-69 ua, mit € 246.470,- rechtswidriger Weise entgegen den Vorschriften des BVergG unterlassen wurde. Der Hauptverband konnte auch nicht zu Recht die Restleistungen im Wege einer Direktvergabe gemäß Paragraph 41, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG vergeben, da es bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes in der gegenständlichen Sache auf den Gesamtauftragswert ankommt, der bereits im Bescheid des BVA vom 13.5.2011, F/0002-BVA/13/2011-69 ua, mit € 246.470,-

- bestimmt worden ist und nach wie vor gilt. Es wäre systemwidrig und ist daher nicht zulässig dem Auftraggeber der rechtswidrig gehandelt hat die Rechtswohltat zukommen zu lassen, sich für die Vergabe der Restleistung nach einer ex nunc Aufhebung auf den geschätzten oder tatsächlichen Auftragswert der Restleistung berufen (und damit möglicherweise die Direktvergabe nutzen) zu können. Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 ist im gegenständlichen Fall ebenfalls nicht zulässig, da die dafür erforderliche "Exklusivität" durch den Hauptverband selbst erst geschaffen worden ist.- bestimmt worden ist und nach wie vor gilt. Es wäre systemwidrig und ist daher nicht zulässig dem Auftraggeber der rechtswidrig gehandelt hat die Rechtswohltat zukommen zu lassen, sich für die Vergabe der Restleistung nach einer ex nunc Aufhebung auf den geschätzten oder tatsächlichen Auftragswert der Restleistung berufen (und damit möglicherweise die Direktvergabe nutzen) zu können. Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 ist im gegenständlichen Fall ebenfalls nicht zulässig, da die dafür erforderliche "Exklusivität" durch den Hauptverband selbst erst geschaffen worden ist.

Die Tabelle in Spruchpunkt I.2. enthält zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen (Schutz der Kundendaten wegen der Gefahr der Abwerbung durch die Konkurrenz) die Daten der betreffenden Ärzte die für den Hauptverband diese Verträge abgeschlossen haben nicht. Im konkreten Fall erachtete der Senat den Schutz dieser Daten im Hinblick auf die Funktion des Projektes als Pilotprojekt (zukünftige Folgebeauftragungen) für schutzwürdiger als dieDie Tabelle in Spruchpunkt römisch eins.2. enthält zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen (Schutz der Kundendaten wegen der Gefahr der Abwerbung durch die Konkurrenz) die Daten der betreffenden Ärzte die für den Hauptverband diese Verträge abgeschlossen haben nicht. Im konkreten Fall erachtete der Senat den Schutz dieser Daten im Hinblick auf die Funktion des Projektes als Pilotprojekt (zukünftige Folgebeauftragungen) für schutzwürdiger als die

grundsätzlich gebotene Offenlegung der Daten der Ärzte im Rahmen des Bescheidspruches. Eine Tabelle welche auch die Namen und Adressen der betreffenden Ärzte enthält und einen integrierenden Bestandteil des Bescheides bildet liegt im Akt des Bundesvergabeamtes mit der GZ F/0011-BVA/13/2011- 29b.

Somit waren die spruchgemäßen Feststellungen zu treffen.

7. Zur Geldbuße

§ 334 Abs 7 und 8 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 73/2010, lauten: Paragraph 334, Absatz 7 und 8 BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 73 aus 2010,, lauten:

"(7) Wenn das Bundesvergabeamt von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages gemäß den Abs. 2 erster Satz oder 3 abgesehen hat, dann ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20vH, im Unterschwellenbereich 10vH, der Auftragssumme. Geldbußen fließen dem ERP-Fonds zu."(7) Wenn das Bundesvergabeamt von der Nichtigkeitserklärung des

Vertrages gemäß den Absatz 2, erster Satz oder 3 abgesehen hat, dann ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20vH, im Unterschwellenbereich 10vH, der Auftragssumme. Geldbußen fließen dem ERP-Fonds zu.

(8) Das Bundesvergabeamt hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), BGBl. I Nr. 151/2005, heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird."(8) Das Bundesvergabeamt hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß Paragraph 5, des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 151 aus 2005,, heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird."

Wie die Tabelle im Spruchpunkt I.2. zeigt, sind die Verträge des Auftraggebers mit den Arztsoftwareherstellern bereits in Vollzug gesetzt, ausgeführt und abgerechnet worden.Wie die Tabelle im Spruchpunkt römisch eins.2. zeigt, sind die Verträge des Auftraggebers mit den Arztsoftwareherstellern bereits in Vollzug gesetzt, ausgeführt und abgerechnet worden.

Gemäß den Spruchpunkten I.3. wurden die Verträge soweit aufgehoben, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind. Bei den genannten Verträgen wurde somit iSd § 334 Abs 7 BVergG 2006 von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages gemäß den Abs. 2 erster Satz oder 3 abgesehen, weshalb eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen ist, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Dabei ist gemäß § 334 Abs 8 BVergG 2006 die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 VbVG heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird.Gemäß den Spruchpunkten römisch eins.3. wurden die Verträge soweit aufgehoben, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind. Bei den genannten Verträgen wurde somit iSd Paragraph 334, Absatz 7, BVergG 2006 von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages gemäß den Absatz 2, erster Satz oder 3 abgesehen, weshalb eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen ist, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Dabei ist gemäß Paragraph 334, Absatz 8, BVergG 2006 die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß Paragraph 5, VbVG heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird.

Erschwerend ist zu berücksichtigen, dass der Hauptverband seine Verfahrensunterlagen nur zögerlich und keinesfalls von Anfang an vollständig dem BVA übermittelt hat sowie dass die aufgehobenen 71 Einzelverträge de facto zur Gänze aufrecht erhalten werden. Der Hauptverband hatte weiters durch sein Handeln den Vorteil, dass er sich - ohne sich den Mühen eines Vergabeverfahrens unterziehen zu müssen - seine Vertragspartner frei aussuchen konnte. Es handelte sich beim Vorgehen des Hauptverbandes um eine Umgehung der

vergaberechtlich gebotenen Vorgangsweise deren rechtliche Zulässigkeit durch Gutachten belegt werden sollte, die jedoch erst nach Entscheidung und Durchführung der verpönten Vorgangsweise "nachgeschossen" wurden (siehe Datum der Schreiben des Hauptverbandes vom 30.5.2011 sowie der Rechnungen laut Tabelle Spruchpunkt I.2.: 9.6.2011; dagegen Datum Gutachten der T***: 3.8.2011 und Gutachten W*** 22.7.2011 und 1.8.2011).vergaberechtlich gebotenen Vorgangsweise deren rechtliche Zulässigkeit durch Gutachten belegt werden sollte, die jedoch erst nach Entscheidung und Durchführung der verpönten Vorgangsweise "nachgeschossen" wurden (siehe Datum der Schreiben des Hauptverbandes vom 30.5.2011 sowie der Rechnungen laut Tabelle Spruchpunkt römisch eins.2.: 9.6.2011; dagegen Datum Gutachten der T***: 3.8.2011 und Gutachten W*** 22.7.2011 und 1.8.2011).

Mildernd ist zu berücksichtigen, dass sich bislang weder Lehre noch Judikatur mit der Frage des Einflusses einer ex nunc-Vertragsaufhebung auf die (nachträgliche) Auftragswertberechnung auseinandergesetzt haben.

Im Sinne einer Verhängung einer wirksamen, angemessen und abschreckenden Geldbuße war daher im Oberschwellenbereich bei einer Auftragssumme von € 140.781,32 eine Geldbuße von €

10.000,-- zu verhängen.

8. Gebührenersatz durch den Auftraggeber

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 73/2010, lautet: Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 73 aus 2010,, lautet:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabebeamten wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird." § 319. (1) Der vor dem Bundesvergabebeamten wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. 1. Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag)

stattgegeben wird und

1. 2. Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung

stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Die Antragstellerin hat an Pauschalgebühren für jeden der 3 Feststellungsanträge € 657,-- somit $3 \times € 657,-- = \text{gesamt € } 1.971,--$ entrichtet. Da den Anträgen stattgegeben wurde, hat die Antragstellerin gem. § 319 Abs 1 BVergG 2006 Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber somit auf Ersatz von $3 \times € 657,-- = \text{gesamt € } 1.971,--$ entrichtet. Da den Anträgen stattgegeben wurde, hat die Antragstellerin gem. Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber somit auf Ersatz von $3 \times € 657,-- = \text{gesamt € } 1.971,--$.

Zuletzt aktualisiert am

11.04.2012

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at