

TE Verg Bescheid 2011/5/13 F/0002-BVA/13/2011-69

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.05.2011

Norm

BVergG 2006 §328

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 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 Mag. Wolfgang Pointner als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als Mitglied der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Vergabe 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.

Der Antrag vom 1. März 2011 geändert mit Antrag vom 4. April 2011 "das Bundesvergabeamt möge gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG feststellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens betreffend die Umsetzung des Systems e-Medikation mit der" B*** "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 zurückgewiesen. Der Antrag vom 1. März 2011 geändert mit Antrag vom 4. April 2011 "das Bundesvergabeamt möge gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG feststellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens betreffend die Umsetzung des Systems e-Medikation mit der" B*** "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 Paragraph 312, BVergG 2006 zurückgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag vom 23. März 2011 auf "Wiedereinsetzung in den vorigen Stand" wird gemäß § 71 AVG abgewiesen. Der Antrag vom 23. März 2011 auf "Wiedereinsetzung in den vorigen Stand" wird gemäß Paragraph 71, AVG abgewiesen.

III.römisch drei.

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag vom 4. April 2011 "das Bundesvergabeamt möge gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG feststellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens betreffend die Umsetzung des Systems e-Medikation mit 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. Dem Antrag vom 4. April 2011 "das Bundesvergabeamt möge gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG feststellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens betreffend die Umsetzung des Systems e-Medikation mit 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 Paragraph 312, BVergG 2006 stattgegeben.

2. 2.Ziffer 2

Es wird festgestellt, dass das vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger durchgeführte Vergabeverfahren, welches mit dem Zustandekommen des Vertrages vom 2.12.2010 mit der C*** endete, rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde.

3. 3.Ziffer 3

Der Vertrag des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger mit der C*** vom 2.12.2010 wird gemäß § 334 BVergG 2006 nur soweit aufgehoben, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind. Der Vertrag des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger mit der C*** vom 2.12.2010 wird gemäß Paragraph 334, BVergG 2006 nur soweit aufgehoben, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

4. 4.Ziffer 4

Da unter Spruchpunkt III. 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 drei. 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.

IV.römisch vier.

1. 1.Ziffer eins

Dem vom Antrag 4. April 2011 "das Bundesvergabeamt möge gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG feststellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens betreffend die Umsetzung des Systems e-Medikation mit der" D*** "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. Dem vom Antrag 4. April 2011 "das Bundesvergabeamt möge gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG feststellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens betreffend die Umsetzung des Systems e-Medikation mit der" D*** "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 Paragraph 312, BVergG 2006 stattgegeben.

2. 2.Ziffer 2

Es wird festgestellt, dass das vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger durchgeführte Vergabeverfahren, welches mit dem Zustandekommen des Vertrages vom 2.12.2010 mit der D*** endete, rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde.

3. 3.Ziffer 3

Der Vertrag des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger mit der D*** vom 2.12.2010 wird gemäß § 334 BVergG 2006 nur soweit aufgehoben, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte

Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind. Der Vertrag des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger mit der D*** vom 2.12.2010 wird gemäß Paragraph 334, BVergG 2006 nur soweit aufgehoben, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

4. 4.Ziffer 4

Da unter Spruchpunkt IV. 3. von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages abgesehen wurde ist der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger gemäß § 334 BVergG 2006 verpflichtet, dem Bundesvergabebeamten binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution eine Geldbuße in der Höhe von € 9.000,-- zu bezahlen. Da unter Spruchpunkt römisch vier. 3. von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages abgesehen wurde ist der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger gemäß Paragraph 334, BVergG 2006 verpflichtet, dem Bundesvergabebeamten binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution eine Geldbuße in der Höhe von € 9.000,-- zu bezahlen.

V.römisch fünf.

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag vom 4. April 2011 "das Bundesvergabeamt möge gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG feststellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens betreffend die Umsetzung des Systems e-Medikation mit der" E*** "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. Dem Antrag vom 4. April 2011 "das Bundesvergabeamt möge gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG feststellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens betreffend die Umsetzung des Systems e-Medikation mit der" E*** "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 Paragraph 312, BVergG 2006 stattgegeben.

2. 2.Ziffer 2

Es wird festgestellt, dass das vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger durchgeführte Vergabeverfahren, welches mit dem Zustandekommen des Vertrages vom 28.1.2011 mit der E*** endete, rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde.

3. 3.Ziffer 3

Der Vertrag des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger mit der E*** vom 28.1.2011 wird gemäß § 334 BVergG 2006 nur soweit aufgehoben, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind. Der Vertrag des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger mit der E*** vom 28.1.2011 wird gemäß Paragraph 334, BVergG 2006 nur soweit aufgehoben, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

4. 4.Ziffer 4

Da unter Spruchpunkt V. 3. von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages abgesehen wurde ist der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger gemäß § 334 BVergG 2006 verpflichtet, dem Bundesvergabebeamten binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution eine Geldbuße in der Höhe von € 5.000,-- zu bezahlen. Da unter Spruchpunkt römisch fünf. 3. von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages abgesehen wurde ist der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger gemäß Paragraph 334, BVergG 2006 verpflichtet, dem Bundesvergabebeamten binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution eine Geldbuße in der Höhe von € 5.000,-- zu bezahlen.

VI.römisch sechs.

Den Anträgen vom 1. März 2011 sowie vom 4. April 2011 "das Bundesvergabeamt möge dem Antragsgegner den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühr zu Händen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen" wird teilweise stattgegeben.

Der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger ist gemäß § 319 BVergG 2006 verpflichtet, der Antragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von 3 x € 623,-- = gesamt € 1.869,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses

Bescheides bei sonstiger Exekution zu Händen der Antragstellervertreterin zu bezahlen. Der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger ist gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 verpflichtet, der Antragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von 3 x € 623,-- = gesamt € 1.869,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Händen der Antragstellervertreterin zu bezahlen.

Begründung

1. 1. Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 1. März 2011 (beim BVA am selben Tag eingelangt) die Anträge

- -Strichaufzählung
eine mündliche Verhandlung durchzuführen,
- -Strichaufzählung
dem Antragsgegner aufzutragen, den Vertrag vorzulegen, den er mit der B*** betreffend die Umsetzung des Systems e-Medikation abgeschlossen hat
- -Strichaufzählung
auf Akteneinsicht
- -Strichaufzählung
gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG festzustellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung beziehungsweise ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig wargemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG festzustellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens 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 den Vertrag zwischen dem Antragsgegner und der B*** betreffend die Umsetzung des Projekts e-Medikation für absolut nichtig erklären im Anschluss an die Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG den Vertrag zwischen dem Antragsgegner und der B*** betreffend die Umsetzung des Projekts e-Medikation für absolut nichtig erklären
- -Strichaufzählung
auf Ersatz der Pauschalgebühren durch den Auftraggeber.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger das System e-Medikation mit allen seinen zur Durchführung erforderlichen Einzelkomponenten von der B*** beschaffe. Zur Realisierung des Systems e-Medikation bedürfe es im Wesentlichen einer Arzneimitteldatenbank, einer Wechselwirkungsdatenbank und einer Wechselwirkungsprüflogik (Wechselwirkungsdatenbank und Wechselwirkungsprüflogik zusammen bilden die Prüfsoftware) sowie einer Software, die einerseits die Daten aus einem Warenkorb (dort finden sich die von einem Arzt in seine Praxissoftware eingegebenen, einem bestimmten Patienten zu verordnenden Arzneimittel sowie die von diesem Patienten bereits eingenommenen Arzneimittel) exportiere und der Prüfsoftware zuführe sowie die Kommunikation mit dem e-Card-System und dem zentralen Rechenzentrum ermögliche. Die Erbringung der vom Hauptverband nachgefragten Leistung sei keinem den Vorgaben des BVergG entsprechenden Wettbewerb unterzogen worden. Der Hauptverband müsse zum Zweck der Einführung des e-Medikationssystems einen entgeltlichen Vertrag mit der B*** abgeschlossen haben. Die Antragsgegnerin könne nicht mit Erfolg ins Treffen führen, dass der antragsgegenständlichen Leistung eine Zusammenarbeit im Rahmen interkommunaler Kooperation nach den Vorgaben der EuGH Entscheidung Stadtreinigung Hamburg zugrunde liege. Die Auftragsvergabe durch den Antragsgegner an die B*** sei zu Unrecht im Wege der Direktvergabe erfolgt. Der Feststellungsantrag der Antragstellerin könne auch nicht verfristet sein, weil gemäß dem Erkenntnis des EuGH vom 28.1.2010, C-406/08, Uniplex, die Fristen für die Einleitung der Nachprüfung erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnen würden, zu dem der Antragsteller vom geltend gemachten Verstoß gegen die genannten Vorschriften Kenntnis erlangt habe oder hätte erlangen müssen.

Die Auftraggeber brachte mit Schreiben vom 7. März 2011 im Wesentlichen vor, dass er kein Vergabeverfahren

"Vergabe des Systems e-Medikation" durchführe und auch nicht als Auftraggeber in einem solchen Verfahren zu bezeichnen sei. Die primären Projektpartner des Projektes e-Medikation, das in Umsetzung des Beschlusses der Bundesgesundheitskommission vom 6. März 2009 ausgeführt werde, seien unter anderem der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, die F*** und die G***. Die Antragsgegnerin habe mit der B***, einer Körperschaft öffentlichen Rechts mit Wirkungsgebiet im gesamten Bundesgebiet am 10. August 2010 eine Projektvereinbarung zur Umsetzung des Probetriebes e-Medikation in drei Pilotregionen abgeschlossen. Dabei handle es sich um eine interkommunale Zusammenarbeit im Sinne der Judikatur des EuGH, welche nicht nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes auszuschreiben gewesen sei. Dies deshalb, weil es sich bei dem Projekt e-Medikation um ein Projekt zweier gesetzlich eingerichteter Körperschaften, die Aufgaben im allgemeinen Interesse wahrnehmen würden (Gesundheit und Gesundheitsschutz) handle und weil private Personen an der Projektvereinbarung nicht beteiligt seien und auch kein Finanztransfer stattfinde. Der Feststellungsantrag der Antragstellerin sei jedoch jedenfalls verfristet.

Mit Schreiben in der B*** vom 18. März 2011 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die Feststellungsanträge verfristet seien.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 23. März 2011 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die vom österreichischen Gesetzgeber vorgeschriebene Frist von maximal sechs Monaten ab Vertragsschluss zur Einbringung von Feststellungsanträgen den Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität widersprechen würde, weil nach den Bestimmungen des ABGB Schadenersatzansprüche frühestens nach drei Jahren ab Kenntnis von Schädiger und Schaden verjähren würden, während im Fall einer unzulässigen Direktvergabe eine Schadenersatzklage nach Ablauf von sechs Monaten nach Vertragsabschluss unzulässig sei. Deshalb könne die von der Antragstellerin begehrte Feststellung nicht verfristet sein. Weiters stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, um einem etwaigen Versäumen der sechsmonatigen Antragsfrist vorzubeugen. Die Antragstellerin sei durch ein unvorhersehbares Ereignis - nämlich durch den heimlichen Vertragsabschlusses mit der B*** am 10.8.2010 - daran gehindert worden, fristgerecht einen Feststellungsantrag zu stellen.

Am 23. März 2011 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Die Auftraggeber gab dabei im Wesentlichen an, dass betreffend das Projekt e-Medikation Verträge vom Hauptverband mit folgenden Unternehmen abgeschlossen worden seien:

1. 1.Ziffer eins
mit der B*** am 10.8.2010
2. 2.Ziffer 2
mit der C*** am 2.12.2010; Auftragswert: € 69.010,--
3. 3.Ziffer 3
mit der D*** am 2.12.2010; Auftragswert: € 48.330,--
4. 4.Ziffer 4
mit der E*** am 28.1.2011; Auftragswert: € 30.550,--.

Der Auftraggeber brachte mit 2 Schreiben vom 28. März 2011 im Wesentlichen vor, dass es kein Vergabeverfahren im Sinne des Bundesvergabegesetzes gegeben habe und dass sich sämtliche von ihm abgeschlossenen Verträge (die Projektvereinbarung mit der B*** und die drei Vereinbarungen mit Arztsoftwareherstellern) auf den Probetrieb e-Medikation beziehen würden. Dabei würde es sich nicht um die Beschaffung einer Dienstleistung, sondern um eine Förderung der Ärzte handeln. Die Antragstellerin würde die Leistungen die Gegenstand der drei Vereinbarungen mit Arztsoftwareherstellern seien nicht anbieten. Die Antragstellerin würde nicht über die Gewerbeberechtigung zur Entwicklung und Installation von Software verfügen. Es mangle ihr daher an der Antragslegitimation.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 30. März 2011 brachte dieser im Wesentlichen vor, dass er zwar öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Bundesvergabegesetzes 2006 sei, aber nicht Auftraggeber in einem Vergabeverfahren e-Medikation, da die Zusammenarbeit mit der B*** nach den Grundsätzen der interkommunalen Zusammenarbeit im Sinne der Judikatur des EuGH in der Rechtssache C-480/06 erfolge. Es sei daher keine Bekanntmachung erfolgt. Er habe keinen Auftrag erteilt. Wollte man die von ihm geschlossenen Verträge jedoch entsprechend der Klassifizierung der Auftragsarten im Bundesvergabegesetz benennen, handle es sich am ehesten um Dienstleistungsaufträge. Der geschätzte Aufwand für die Systemadaptionen bei der B*** betrage 864.938 € ohne Ust. Die geschätzten

Gesamtkosten des Pilotbetriebes e-Medikation samt dem internen Aufwand der Antragsgegnerin würden 3.149.016 € ohne Ust betragen. Es sei keine Unterteilung in Lose erfolgt. Die Antragsgegnerin würde jedoch mit verschiedenen Einrichtungen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts im Rahmen der Projektvereinbarung zusammenarbeiten. Die Beziehungen mit den Softwareherstellern würden darauf beruhen, dass es sich um jene Unternehmen handle, die von den Ärzten als deren Partner genannt worden seien. Die Antragstellerin erfülle nicht jene Voraussetzungen für die Leistung von Beiträgen zur Umsetzung des Pilotbetriebes e-Medikation, die die B*** erfülle. Die Antragstellerin könne "höchstens als Zulieferant für Datenbank-Inhalte (Warenverzeichnis der Arzneispezialitäten und Wechselwirkungsdatenbank) einen Teil dieser Leistungen erbringen". Auch die Verträge mit den Arztsoftwareherstellern seien nicht im Rahmen eines Vergabeverfahrens abgeschlossen worden. Wolle man hier von Vergabeverfahren ausgehen, handle es sich um Direktvergaben.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 1. April 2011 brachte diese im Wesentlichen vor, dass sie erst bei der mündlichen Verhandlung vom 23. März 2011 von den drei Verträgen mit Arztsoftwareherstellern Kenntnis erlangt habe. Diese seien vom Feststellungsantrag miterfasst und daher auch Gegenstand des Verfahrens, weil gemäß § 332 Abs 1 Z 3 BVergG ein Antragsteller den allfälligen Zuschlagsempfänger nur soweit ihm dies zumutbar sei genau zu bezeichnen habe. Mangels Kenntnis der drei Verträge mit den Arztsoftwareherstellern sei es der Antragstellerin nicht zumutbar gewesen, diese bereits im Feststellungsantrag zu bezeichnen. Die Verträge mit der B***, der C***, der D*** und der E*** seien als einheitlicher Beschaffungsvorgang zu qualifizieren. Aus dem zwischen Antragsgegnerin und B*** geschlossenen Vertrag vom 10. August 2010 ergebe sich, dass die niedergelassenen Ärzte wie auch die Krankenanstalten in das Projekt einzubeziehen seien. Die zur Umsetzung dieser vertraglich gegenüber der B*** eingegangenen Verpflichtungen hätte die Antragsgegnerin aber nicht ohne die dazu notwendigen vertraglichen Vereinbarungen mit der Ärzteschaft und insbesondere auch den Arztsoftwareherstellern erfüllen können. Die Vereinbarung zwischen Antragsgegnerin und der B*** vom 10. August 2010 sowie die Verträge zwischen Antragsgegnerin und den drei Arztsoftwareherstellern seien als für die Umsetzung des Projekts e-Medikation unumgänglich notwendige und insoweit zusammenhängende Projektverträge zu sehen. Zu dem Vorbringen des Auftraggebers, wonach die Antragstellerin nicht jene Voraussetzungen für die Leistung von Beiträgen für die Umsetzung des Projektes e-Medikation erfülle, gibt die Antragstellerin an, dass sie sehr wohl in der Lage wäre, die zur Umsetzung des Projektes e-Medikation erforderlichen Leistungen abzudecken; sie würde sich, wie dies auch die B*** tue, dazu Projektpartner für die von ihr nicht abgedeckten Leistungsteile bedienen. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 1. April 2011 brachte diese im Wesentlichen vor, dass sie erst bei der mündlichen Verhandlung vom 23. März 2011 von den drei Verträgen mit Arztsoftwareherstellern Kenntnis erlangt habe. Diese seien vom Feststellungsantrag miterfasst und daher auch Gegenstand des Verfahrens, weil gemäß Paragraph 332, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG ein Antragsteller den allfälligen Zuschlagsempfänger nur soweit ihm dies zumutbar sei genau zu bezeichnen habe. Mangels Kenntnis der drei Verträge mit den Arztsoftwareherstellern sei es der Antragstellerin nicht zumutbar gewesen, diese bereits im Feststellungsantrag zu bezeichnen. Die Verträge mit der B***, der C***, der D*** und der E*** seien als einheitlicher Beschaffungsvorgang zu qualifizieren. Aus dem zwischen Antragsgegnerin und B*** geschlossenen Vertrag vom 10. August 2010 ergebe sich, dass die niedergelassenen Ärzte wie auch die Krankenanstalten in das Projekt einzubeziehen seien. Die zur Umsetzung dieser vertraglich gegenüber der B*** eingegangenen Verpflichtungen hätte die Antragsgegnerin aber nicht ohne die dazu notwendigen vertraglichen Vereinbarungen mit der Ärzteschaft und insbesondere auch den Arztsoftwareherstellern erfüllen können. Die Vereinbarung zwischen Antragsgegnerin und der B*** vom 10. August 2010 sowie die Verträge zwischen Antragsgegnerin und den drei Arztsoftwareherstellern seien als für die Umsetzung des Projekts e-Medikation unumgänglich notwendige und insoweit zusammenhängende Projektverträge zu sehen. Zu dem Vorbringen des Auftraggebers, wonach die Antragstellerin nicht jene Voraussetzungen für die Leistung von Beiträgen für die Umsetzung des Projektes e-Medikation erfülle, gibt die Antragstellerin an, dass sie sehr wohl in der Lage wäre, die zur Umsetzung des Projektes e-Medikation erforderlichen Leistungen abzudecken; sie würde sich, wie dies auch die B*** tue, dazu Projektpartner für die von ihr nicht abgedeckten Leistungsteile bedienen.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 1. April 2011 brachte dieser im Wesentlichen vor, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation mangle, weil sie im Rahmen des Probetriebes e-Medikation nur das Warenverzeichnis und die Interaktionsdatenbank und nicht alle anderen notwendigen Beiträge zum Probetrieb anbieten könne. Die 3 Verträge mit den Arztsoftwareherstellern und der Vertrag mit der B*** stünden nicht notwendigerweise im Zusammenhang miteinander, weshalb eine Verknüpfung dieser Verträge sowohl hinsichtlich der Antragslegitimation

als auch der Rechtzeitigkeit des Feststellungsantrags unzulässig sei. Weiters beantragte der Auftraggeber gemäß § 334 BVergG, das Bundesvergabeamt wolle von der beantragten Aufhebung des Vertrages beziehungsweise aller nach Ansicht des Bundesvergabeamtes von diesem Antrag umfasster Verträge absehen. Zwingende Gründe eines Allgemeininteresses würden die rasche Umsetzung des Projekts e-Medikation rechtfertigen, wobei für die Fortführung des Pilotbetriebs e-Medikation die Aufrechterhaltung der in diesem Zusammenhang abgeschlossenen Verträge notwendig sei. Im Zentrum der Überlegungen von e-Medikation stehe nämlich die Erhöhung der Patientensicherheit. Durch Vernetzung von Arzt, Krankenanstalten, Apotheken etc. könnten Medikationsinformationen allen Beteiligten zentral und standardisiert zur Verfügung gestellt werden. Dies verhindere in vielen Fällen gesundheitliche Beeinträchtigungen von Patienten, in zahlreichen Fällen aber auch Todesfälle. Erst jüngst seien wegen des Todes einer 82 jährigen Patientin durch Überdosierung eines Medikaments zwei Ärzte des Krankenhauses H*** zu Geldstrafe verurteilt worden. Durch die e-Medikation hätte die Überdosierung dieser Medikamente verhindert werden können, zumindest wäre das Risiko der Überdosierung erheblich reduziert worden. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 1. April 2011 brachte dieser im Wesentlichen vor, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation mangle, weil sie im Rahmen des Probetriebes e-Medikation nur das Warenverzeichnis und die Interaktionsdatenbank und nicht alle anderen notwendigen Beiträge zum Probetrieb anbieten könne. Die 3 Verträge mit den Arztsoftwareherstellern und der Vertrag mit der B*** stünden nicht notwendigerweise im Zusammenhang miteinander, weshalb eine Verknüpfung dieser Verträge sowohl hinsichtlich der Antragslegitimation als auch der Rechtzeitigkeit des Feststellungsantrags unzulässig sei. Weiters beantragte der Auftraggeber gemäß Paragraph 334, BVergG, das Bundesvergabeamt wolle von der beantragten Aufhebung des Vertrages beziehungsweise aller nach Ansicht des Bundesvergabeamtes von diesem Antrag umfasster Verträge absehen. Zwingende Gründe eines Allgemeininteresses würden die rasche Umsetzung des Projekts e-Medikation rechtfertigen, wobei für die Fortführung des Pilotbetriebs e-Medikation die Aufrechterhaltung der in diesem Zusammenhang abgeschlossenen Verträge notwendig sei. Im Zentrum der Überlegungen von e-Medikation stehe nämlich die Erhöhung der Patientensicherheit. Durch Vernetzung von Arzt, Krankenanstalten, Apotheken etc. könnten Medikationsinformationen allen Beteiligten zentral und standardisiert zur Verfügung gestellt werden. Dies verhindere in vielen Fällen gesundheitliche Beeinträchtigungen von Patienten, in zahlreichen Fällen aber auch Todesfälle. Erst jüngst seien wegen des Todes einer 82 jährigen Patientin durch Überdosierung eines Medikaments zwei Ärzte des Krankenhauses H*** zu Geldstrafe verurteilt worden. Durch die e-Medikation hätte die Überdosierung dieser Medikamente verhindert werden können, zumindest wäre das Risiko der Überdosierung erheblich reduziert worden.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 4. April 2011 hat diese Feststellungsanträge gem § 312 Abs 3 Z 3 BVergG 2006 auch bezüglich der Verträge mit der C***, der D*** und der E*** gestellt. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 4. April 2011 hat diese Feststellungsanträge gem Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006 auch bezüglich der Verträge mit der C***, der D*** und der E*** gestellt.

Am 4. April 2011 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Dabei gab der Auftraggeber an, dass die in § 10 Z 7 BVergG vorgesehenen Inhouse Kriterien bei keinem der durch den Hauptverband abgeschlossenen 4 gegenständlichen Verträge (mit der B***, mit der C***, mit der E***, mit der D***) vorliegen würden und diese Verträge daher nicht als Inhouse Verträge zu werten seien. Weiters gab er an, dass aufgrund eines Beschlusses der Österreichischen Ärztekammer "eine Teilnahme der Ärzte am Pilotbetrieb voraussetzt, dass diese die e-Medikation mit ihrer bestehenden Arztsoftware verwenden können. Es hätte zwar auch die technische Möglichkeit gegeben, die e-Medikation über einen Webbrowser (zB Internet Explorer, so ähnlich wie bei dem Programm FinanzOnline des BMF) zu bedienen. Dies wurde jedoch von der Ärztekammer aus Gründen der leichteren und komfortableren Bedienbarkeit abgelehnt. Die Ärztekammer und damit ihre Mitglieder hätten sich ansonsten nicht an dem Projekt e-Medikation beteiligt, im Wesentlichen mit dem Argument, dass sie bei einer Webbrowserlösung zwischen 2 Bildschirmen bzw. Computerfenstern hin und her hätten switchen müssen, was nicht so nutzerfreundlich andererseits auch fehleranfälliger gewesen wäre. Die Ärzte verwenden Arztsoftwareprodukte, die von der Patientendatenverwaltung über die Ausstellung von Rezepten bis hin zur Abrechnung der Leistung mit den Krankenkassen reichen. Die Integration der e-Medikation geht in die Kernbereiche der Arztsoftware hinein und wäre von keinem anderen als den Arztsoftwareherstellern selbst zu erledigen gewesen, weil dafür die Nutzung des Quellcodes des jeweiligen Softwareherstellers erforderlich wäre. Dieser wird von den Arztsoftwareherstellerfirmen niemandem offengelegt. Aus diesem Grund können somit nur die Arztsoftwarehersteller ihre eigene Software entsprechend bearbeiten. Die Auswahl der Arztsoftwareprodukte und Arztsoftwareherstellerfirmen hat bereits vor Jahren der jeweilige Arzt getroffen

und durch diese Wahl war vorbestimmt mit welchen Arztsoftwareherstellerfirmen die Verträge zu schließen waren. Die technische Machbarkeit wurde von uns geprüft mit dem oben genannten Ergebnis. Ein Sachverständigengutachten zur Frage welche anderen technischen Integrationsmöglichkeiten es gegeben hätte wurde nicht beauftragt."Am 4. April 2011 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Dabei gab der Auftraggeber an, dass die in Paragraph 10, Ziffer 7, BVergG vorgesehenen Inhouse Kriterien bei keinem der durch den Hauptverband abgeschlossenen 4 gegenständlichen Verträge (mit der B***, mit der C***, mit der E***, mit der D***) vorliegen würden und diese Verträge daher nicht als Inhouse Verträge zu werten seien. Weiters gab er an, dass aufgrund eines Beschlusses der Österreichischen Ärztekammer "eine Teilnahme der Ärzte am Pilotbetrieb voraussetzt, dass diese die e-Medikation mit ihrer bestehenden Arztsoftware verwenden können. Es hätte zwar auch die technische Möglichkeit gegeben, die e-Medikation über einen Webbrowser (zB Internet Explorer, so ähnlich wie bei dem Programm FinanzOnline des BMF) zu bedienen. Dies wurde jedoch von der Ärztekammer aus Gründen der leichten und komfortableren Bedienbarkeit abgelehnt. Die Ärztekammer und damit ihre Mitglieder hätten sich ansonsten nicht an dem Projekt e-Medikation beteiligt, im Wesentlichen mit dem Argument, dass sie bei einer Webbrowserlösung zwischen 2 Bildschirmen bzw. Computerfenstern hin und her hätten switchen müssen, was nicht so nutzerfreundlich andererseits auch fehleranfälliger gewesen wäre. Die Ärzte verwenden Arztsoftwareprodukte, die von der Patientendatenverwaltung über die Ausstellung von Rezepten bis hin zur Abrechnung der Leistung mit den Krankenkassen reichen. Die Integration der e-Medikation geht in die Kernbereiche der Arztsoftware hinein und wäre von keinem anderen als den Arztsoftwareherstellern selbst zu erledigen gewesen, weil dafür die Nutzung des Quellcodes des jeweiligen Softwareherstellers erforderlich wäre. Dieser wird von den Arztsoftwareherstellerfirmen niemandem offengelegt. Aus diesem Grund können somit nur die Arztsoftwarehersteller ihre eigene Software entsprechend bearbeiten. Die Auswahl der Arztsoftwareprodukte und Arztsoftwareherstellerfirmen hat bereits vor Jahren der jeweilige Arzt getroffen und durch diese Wahl war vorbestimmt mit welchen Arztsoftwareherstellerfirmen die Verträge zu schließen waren. Die technische Machbarkeit wurde von uns geprüft mit dem oben genannten Ergebnis. Ein Sachverständigengutachten zur Frage welche anderen technischen Integrationsmöglichkeiten es gegeben hätte wurde nicht beauftragt."

Zum geschätzten Auftragswert machte der Auftraggeber folgende Angaben in €:

	E***	C***	D***
KundInnen	11	53	12
Vertrag "e-Medikation"	8690	41870	9480
Punkt 6a			
Vertrag "e-Medikation"	14360	28720	14360
Punkt 6b			
Vertrag "e-Medikation"	7500	--	--
Punkt 6c			
Vertrag "e-Medikation"	--	--	--
Punkt 8			
Summe	30550	70590	23840

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 7. April 2011 brachte dieser im Wesentlichen vor, dass es den österreichischen Kassenvertragsärzten freistehe, eine Software ihrer Wahl für die Organisation des Ordinationsbetriebes zu verwenden und diese im Rahmen des e-Card-Systems für die Abrechnung ihrer Leistungen mit den Sozialversicherungsträgern einzusetzen. Allerdings setze die Teilnahme am e-Card-Verrechnungssystem (was wiederum Grundlage und technische Basis für das Pilotprojekt e-Medikation sei) des Hauptverbandes die Verwendung eines Arztsoftwareproduktes voraus, das mit der verwendeten Schnittstelle zum Antragsgegner kompatibel sei. Die Teilnahme am Projekt e-Medikation

setze somit die Nutzung des e-Card-Systems voraus. Maßstab dafür sei eine Prüfung (Zertifizierung) über die Entsprechung der technischen Vorgaben und Anforderungen des Hauptverbandes. Es gebe derzeit 197 zertifizierte Arztsoftwareprodukte von zahlreichen in Beilage .18 aufgezählten Arztsoftwareprodukteherstellern. Die Teilnahme am Pilotprojekt setze nicht nur eine integrierte Lösung (Nutzung eines vom am Pilotbetrieb teilnehmenden Arztes bereits genutzten Arztsoftwareprodukts) voraus, sondern auch, dass das vom Arzt eingesetzte Produkt auf der oben genannten Liste der vom Antragsgegner zertifizierten Produkte (Beilage .18) geführt sei und die e-Card-Nutzung integriert habe. Durch die Festlegung der Pilotregionen, die in Abhängigkeit von den Krankenanstalten, die sich zur Teilnahme bereit erklärt hätten, festgesetzt worden sei, seien als Arztsoftwareprodukte, die beim Pilotbetrieb e-Medikation eingesetzt würden, nicht alle europaweit angebotenen oder alle von österreichischen Ärzten genutzten Arztsoftwareprodukte in Betracht gekommen, sondern nur jene, die von den niedergelassenen Vertragsärzten der Sozialversicherungsträger in den Pilotregionen (bestimmte Versorgungsregionen in Wien, Tirol und Oberösterreich) eingesetzt würden. Auch die Auswahl der Ärzte sei nicht durch die Antragsgegnerin erfolgt, sondern habe sich aus den freiwilligen Meldungen der Ärzte in den Pilotregionen ergeben, die von deren örtlich zuständigen Ärztekammern gesammelt worden seien. Diese Ärzte würden insgesamt fünf verschiedene Arztsoftwareprodukte verwenden. Letztlich seien als Ansprechpartner der Antragsgegnerin lediglich drei Arztsoftwarehersteller geblieben, da der Arztsoftwarehersteller I*** angegeben habe, am Probetrieb nicht teilnehmen zu wollen.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 5. Mai 2011 brachte dieser im Wesentlichen vor, dass sämtliche 3 Verträge des Antragsgegners mit den Arztsoftwareherstellern im gegenständlichen Zusammenhang bereits in Vollzug gesetzt worden seien. Die C*** habe das von ihr erzeugte Softwaremodul an 47 ihrer Vertragsärzte, also über 92 % dieser Ärzte, installiert. Darüber hinaus habe sie bereits einen Monat lang die im Vertrag angeführten Supportleistungen für die Ärzte erbracht. Die D*** habe gleichfalls die Supportleistungen für die Ärzte laut Vertrag erbracht und habe die von ihr erzeugte Software bereits bei 37 Ärzten, also bei knapp 86 % der Ärzte, installiert. Die E*** habe die Software bis jetzt noch nicht bei ihren Vertragsärzten installiert, sondern die dafür bis dato notwendigen Vorarbeiten erbracht.

Mit Schreiben der C*** und der D*** vom 9. Mai 2011 wurden die im Schreiben des Auftraggebers vom 5. Mai 2011 gemachten Angaben bestätigt.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (in der Folge "Hauptverband" genannt) hat zur "Durchführung eines Pilotprojektes für das Projekt e-Medikation in drei Pilotregionen einschließlich der dafür erforderlichen Errichtungs- und Betriebsleistungen" (Projektvereinbarung e-Medikation vom 10. August 2010, Punkt 2 Vertragsgegenstand) einen Vertrag mit der B*** abgeschlossen. Dieser Vertrag wurde vom Hauptverband am 10. August 2010 unterfertigt und trat an jenem Tag in Kraft. Der geschätzte Auftragswert beträgt €

864.938,-- ohne Ust (Schreiben des Auftraggebers vom 30.3.2011, Projektvereinbarung e-Medikation vom 10. August 2010, Punkt 9.1). Die geschätzten Gesamtkosten des Pilotbetriebes e-Medikation betragen € 3.149.016,-- ohne Ust (Schreiben des Auftraggebers vom 30.3.2011). Es handelt sich dabei um einen Dienstleistungsauftrag (siehe auch das Schreiben des Auftraggebers vom 30.3.2011).

Der Hauptverband hat zur Beschaffung von "Leistungen der Arzt-Software-Hersteller für die Durchführung des Pilotbetriebes "e-Medikation"" (Punkt 3 Vertragsgegenstand) am 28.1.2011 mit der E*** einen "Vertrag über die Durchführung eines Pilotbetriebes "e-Medikation"" geschlossen (Vertrag über die Durchführung eines Pilotbetriebes "e-Medikation" vom 28.1.2011). Dieser Arztsoftwareherstellervertrag lautet auszugsweise:

"5.1 Leistungen des ASWH

...

Der Arztsoftware-Hersteller ist verpflichtet, die oa Leistungen vorrangig für jene seiner KundInnen, die von der ÖÄK als Pilotbetriebsteilnehmer gemeldet wurden (siehe Anlage 2), zu erbringen. [Anmerkung: in Anlage 2 sind 11 KundInnen aufgelistet]

Darüber hinaus können die oa Leistungen vom Arztsoftware-Hersteller auch für andere seiner KundInnen aus den

Versorgungsregionen ... erbracht werden, sofern diese sich bereit erklären, am Pilotprojekt "e-Medikation" teilzunehmen.

....

Der Arztsoftware-Hersteller stimmt ausdrücklich zu, dass die Leistungspflicht des HVB für die oa Leistungen maximal für 28 ausgestattete KundInnen besteht.

5.2 Pflichten des Hauptverbandes

Für die Erbringung der Leistungen gemäß Punkt 5.1. leistet der HVB das Entgelt gemäß Punkt 6.

Die Leistung des Hauptverbandes wird maximal für 28 ausgestattete KundInnen erbracht.

6 Entgelt

Der Hauptverband zahlt dem Arztsoftware-Hersteller

1. a.Litera a
für die Leistungen gem. Punkt 5.1 lit a: einmalig je KundIn € 790,-- zuzüglich Umsatzsteuer.
2. b.Litera b
für die Leistungen gem. Punkt 5.1 lit. b einmalig insgesamt € 14.360,-- zuzüglich Umsatzsteuer für die Leistungen gem. Punkt 5.1 Litera b, einmalig insgesamt € 14.360,-- zuzüglich Umsatzsteuer.
3. c.Litera c
Für Mehraufwendungen durch Zuschläge für Überstunden, die zur Erreichung des 01.04.2011 als Beginn des Pilotbetriebes erforderlich sind einmalig insgesamt € 7500,--

...

8 Schadenersatz und Haftung

...

Für den Fall, dass das Projekt "e-Medikation" nach Beendigung des Pilotbetriebes eingestellt wird oder bis 31.12.2012 eine flächendeckende Einführung von e-Medikation bei niedergelassenen Vertragsärzten nicht begonnen wurde, leistet der HVB dem Arztsoftware-Hersteller für die nicht mehr weiter verwertbaren Entwicklungskosten für das Software-Modul "Arztsoftware-Integration e-Medikation" einen Schadenersatz von € 10.000,-...." (Vertrag über die Durchführung eines Pilotbetriebes "e-Medikation" vom 28.1.2011)

Der Hauptverband hat zur Beschaffung von "Leistungen der Arzt-Software-Hersteller für die Durchführung des Pilotbetriebes "e-Medikation"" (Punkt 3 Vertragsgegenstand) am 2.12.2010 mit der C*** einen "Vertrag über die Durchführung eines Pilotbetriebes "e-Medikation"" geschlossen (Vertrag über die Durchführung eines Pilotbetriebes "e-Medikation" vom 2.12.2010). Dieser Arztsoftwareherstellervertrag lautet auszugsweise:

"5.1 Leistungen des ASWH

...

Der Arztsoftware-Hersteller ist verpflichtet, die oa Leistungen vorrangig für jene seiner KundInnen, die von der ÖÄK als Pilotbetriebsteilnehmer gemeldet wurden (siehe Anlage 2), zu erbringen. [Anmerkung: in Anlage 2 sind 26 KundInnen aufgelistet]

Darüber hinaus können die oa Leistungen vom Arztsoftware-Hersteller auch für andere seiner KundInnen aus den Versorgungsregionen ... erbracht werden, sofern diese sich bereit erklären, am Pilotprojekt "e-Medikation" teilzunehmen.

....

Der Arztsoftware-Hersteller stimmt ausdrücklich zu, dass die Leistungspflicht des HVB für die oa Leistungen maximal für 139 ausgestattete KundInnen (abzüglich der von der D*** für den Pilotbetrieb "e-Medikation" ausgestatteten KundInnen) besteht.

...

5.2 Pflichten des Hauptverbandes

Für die Erbringung der Leistungen gemäß Punkt 5.1. leistet der HVB das Entgelt gemäß Punkt 6.

Die Leistung des Hauptverbandes wird maximal für 139 ausgestattete KundInnen (abzüglich der von der D*** für den Pilotbetrieb e-Medikation ausgestatteten KundInnen) erbracht.

6 Entgelt

Der Hauptverbandzeit zahlt dem Arztsoftware-Hersteller

1. a.Litera a
für die Leistungen gem. Punkt 5.1 lit a: einmalig je KundIn € 790,-- zuzüglich Umsatzsteuer.
2. b.Litera b
für die Leistungen gem. Punkt 5.1 lit. b einmalig insgesamt € 14.360,-- je Produkt zuzüglich Umsatzsteuer also insgesamt € 28.720,-- zuzüglich Umsatzsteuer.für die Leistungen gem. Punkt 5.1 Litera b, einmalig insgesamt € 14.360,-- je Produkt zuzüglich Umsatzsteuer also insgesamt € 28.720,-- zuzüglich Umsatzsteuer.

...

8 Schadenersatz und Haftung

...

Für den Fall, dass das Projekt "e-Medikation" nach Beendigung des Pilotbetriebes eingestellt wird oder bis 31.12.2012 eine flächendeckende Einführung von e-Medikation bei niedergelassenen Vertragsärzten nicht begonnen wurde, leistet der HVB dem Arztsoftware--Hersteller für die nicht mehr weiter verwertbaren Entwicklungskosten für das Software-Modul "Arztsoftware-Integration e-Medikation" einen Schadenersatz von € 13.200,--je Modul und Produkt, also insgesamt € 26.400,--...." (Vertrag über die Durchführung eines Pilotbetriebes "e-Medikation" vom 2.12.2010)

Der Hauptverband hat zur Beschaffung von "Leistungen der Arzt-Software-Hersteller für die Durchführung des Pilotbetriebes "e-Medikation"" (Punkt 3 Vertragsgegenstand) am 2.12.2010 mit der D*** einen "Vertrag über die Durchführung eines Pilotbetriebes "e-Medikation"" geschlossen (Vertrag über die Durchführung eines Pilotbetriebes "e-Medikation" vom 2.12.2010). Dieser Arztsoftwareherstellervertrag lautet auszugsweise:

"5.1 Leistungen des ASWH

...

Der Arztsoftware-Hersteller ist verpflichtet, die oa Leistungen vorrangig für jene seiner KundInnen, die von der ÖÄK als Pilotbetriebsteilnehmer gemeldet wurden (siehe Anlage 2), zu erbringen. [Anmerkung: in Anlage 2 sind 27 + 12 = 39 KundInnen aufgelistet]

Darüber hinaus können die oa Leistungen vom Arztsoftware-Hersteller auch für andere seiner KundInnen aus den Versorgungsregionen ... erbracht werden, sofern diese sich bereit erklären, am Pilotprojekt "e-Medikation" teilzunehmen.

....

Der Arztsoftware-Hersteller stimmt ausdrücklich zu, dass die Leistungspflicht des HVB für die oa Leistungen maximal für 139 ausgestattete KundInnen (abzüglich der von der C*** für den Pilotbetrieb "e-Medikation" ausgestatteten KundInnen) besteht.

...

5.2 Pflichten des Hauptverbandes

Für die Erbringung der Leistungen gemäß Punkt 5.1. leistet der HVB das Entgelt gemäß Punkt 6.

Die Leistung des Hauptverbandes wird maximal für 139 ausgestattete KundInnen (abzüglich der von der C*** für den Pilotbetrieb e-Medikation ausgestatteten KundInnen) erbracht.

6 Entgelt

Der Hauptverbandzeit zahlt dem Arztsoftware-Hersteller

1. a.Litera a

für die Leistungen gem. Punkt 5.1 lit a: einmalig je KundIn € 790,-- zuzüglich Umsatzsteuer.

2. b.Litera b

für die Leistungen gem. Punkt 5.1 lit. b einmalig insgesamt € 14.360,-- zuzüglich Umsatzsteuer für die Leistungen gem. Punkt 5.1 Litera b, einmalig insgesamt € 14.360,-- zuzüglich Umsatzsteuer.

...

8 Schadenersatz und Haftung

...

Für den Fall, dass das Projekt "e-Medikation" nach Beendigung des Pilotbetriebes eingestellt wird oder bis 31.12.2012 eine flächendeckende Einführung von e-Medikation bei niedergelassenen Vertragsärzten nicht begonnen wurde, leistet der HVB dem Arztsoftware--Hersteller für die nicht mehr weiter verwertbaren Entwicklungskosten für das Software-Modul "Arztsoftware-Integration e-Medikation" einen Schadenersatz von € 13.200,-...." (Vertrag über die Durchführung eines Pilotbetriebes "e-Medikation" vom 2.12.2010)

Die 3 oben genannten Verträge des Auftraggebers mit den Arztsoftwareherstellern sind bereits in Vollzug gesetzt worden. Die C*** hat das von ihr erzeugte Softwaremodul an 47 ihrer Vertragsärzte, also über 92 % dieser Ärzte, installiert. Darüber hinaus hat sie bereits einen Monat lang die im Vertrag angeführten Supportleistungen für die Ärzte erbracht. Die D*** hat gleichfalls die Supportleistungen für die Ärzte laut Vertrag erbracht und hat die von ihr erzeugte Software bereits bei 37 Ärzten, also knapp 86 % der Ärzte, installiert. Die E*** hat die Software bis jetzt noch nicht bei ihren Vertragsärzten installiert, sondern die dafür bis dato notwendigen Vorarbeiten erbracht. (Schreiben des Auftraggebers vom 5. Mai 2011, Schreiben der C*** und der D*** vom 9. Mai 2011)

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

1. 3.Ziffer 3

Zu der beantragten Feststellung gem § 312 Abs 3 Z 3 BVergG bezüglich des Vertrages mit der B***Zu der beantragten Feststellung gem Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG bezüglich des Vertrages mit der B***

Die Antragstellerin hat bezüglich einem von ihr vermuteten Vertrag abgeschlossen zwischen dem Auftraggeber und der B***beantragt gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG festzustellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war.Die Antragstellerin hat bezüglich einem von ihr vermuteten Vertrag abgeschlossen zwischen dem Auftraggeber und der B***beantragt gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG festzustellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war.

Der Auftraggeber sowie die B***haben dem im Wesentlichen entgegengehalten, dass mit der B***am 10. August 2010 ein diesbezüglicher Vertrag abgeschlossen worden sei. Da der Feststellungsantrag am 1. März 2011 eingebracht worden sei, sei die Sechsmonatsfrist des § 332 Abs 3 BVergG bereits vor Antragstellung abgelaufen.Der Auftraggeber sowie die B***haben dem im Wesentlichen entgegengehalten, dass mit der B***am 10. August 2010 ein diesbezüglicher Vertrag abgeschlossen worden sei. Da der Feststellungsantrag am 1. März 2011 eingebracht worden sei, sei die Sechsmonatsfrist des Paragraph 332, Absatz 3, BVergG bereits vor Antragstellung abgelaufen.

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).

Der Hauptverband hat zur "Durchführung eines Pilotprojektes für das Projekt e-Medikation in drei Pilotregionen einschließlich der dafür erforderlichen Errichtungs- und Betriebsleistungen" (Projektvereinbarung e-Medikation vom 10. August 2010, Punkt 2 Vertragsgegenstand) einen Vertrag mit der B***abgeschlossen. Dieser Vertrag wurde vom Hauptverband am 10. August 2010 unterfertigt und trat an jenem Tag in Kraft.

§ 332 Abs. 3 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 73/2010, lautet auszugsweise:Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 73 aus 2010,, lautet auszugsweise:

"(3) Anträge gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 bis 4 sind binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. [...]"(3) Anträge gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2 bis 4 sind binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. [...]"

Die Erläuterungen zu § 332 Abs. 3 BVergG 2006 (BlgNR 327 GP XXIV, 35) lautenDie Erläuterungen zu Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006 (BlgNR 327 Gesetzgebungsperiode römisch 24, 35) lauten:

"Der vorgeschlagene § 332 Abs. 3 erster Satz setzt die Grundregel des Art. 2f Abs. 1 lit. b der RMRLen um, wonach ein auf die Nichtigkeit des Vertrages gerichteter Antrag binnen sechs Monaten, "gerechnet ab dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem der Vertrag geschlossen wurde", einzubringen ist."Der vorgeschlagene Paragraph 332, Absatz 3, erster Satz setzt die Grundregel des Artikel 2 f, Absatz eins, Litera b, der RMRLen um, wonach ein auf die Nichtigkeit des Vertrages gerichteter Antrag binnen sechs Monaten, "gerechnet ab dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem der Vertrag geschlossen wurde", einzubringen ist."

Art. 2f Abs. 1 lit. b der Richtlinie 89/665/EWG idF Richtlinie 2007/66/EG (in der Folge "RMRL" genannt) lautetArtikel 2 f, Absatz eins, Litera b, der Richtlinie 89/665/EWG in der Fassung Richtlinie 2007/66/EG (in der Folge "RMRL" genannt) lautet:

"Fristen

(1) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass eine Nachprüfung gemäß Artikel 2d Absatz 1 innerhalb der folgenden Fristen beantragt werden muss:

[...]

1. b)Litera b

und in jedem Fall vor Ablauf einer Frist von mindestens sechs Monaten, gerechnet ab dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem der Vertrag geschlossen wurde."

Bei der Frist von sechs Monaten gemäß § 332 Abs. 3 BVergG 2006 handelt es sich um eine absolute Frist (siehe dazu auch Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 2110). Diese ist - anderes als etwa die (relative) sechs Wochen Frist gemäß § 332 Abs. 2 BVergG 2006 - unabhängig davon zu berechnen, ob der Antragsteller vom fristauslösenden Ereignis Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut von § 332 Abs. 3 BVergG 2006 selbst, der keine diesbezügliche Kenntnis voraussetzt. Weiters ergibt sich dies aus Art. 2f Abs. 1 lit. b RMRL, der entsprechend den Erläuterungen zu § 332 Abs. 3 BVergG im Gesetz umgesetzt wurde, da dort darauf abgestellt wird, dass in jedem Fall - somit auch ohne diesbezügliche Kenntnis - von den Mitgliedstaaten vorgesehen werden kann, dass eine Nachprüfung gemäß Artikel 2d Absatz 1 RMRL innerhalb der genannten Frist beantragt werden muss. Durch die RMRL ist somit einerseits vorgesehen, "gegen die rechtswidrige freihändige Vergabe von Aufträgen vorzugehen" (Erwägungsgrund 13 der Richtlinie 2007/66/EG) aber andererseits auch durch die "Festlegung einer angemessenen Mindest-Verjährungsfrist" für "Rechtssicherheit hinsichtlich der Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber zu sorgen" (Erwägungsgrund 25 der Richtlinie 2007/66/EG). § 332 Abs. 3 erster Satz BVergG 2006 entspricht somit Ziel und Zweck der RMRL. Die Argumentation der Antragstellerin, dass § 332 Abs. 3 BVergG 2006 den Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität widersprechen würde, weil nach den Bestimmungen des ABGB Schadenersatzansprüche frühestens nach drei Jahren ab Kenntnis von Schädiger und Schaden verjähren würden, während im Fall einer unzulässigen Direktvergabe eine Schadenersatzklage nach Ablauf von sechs Monaten nach Vertragsabschluss unzulässig sei, geht daher ins Leere.Bei der Frist von sechs Monaten gemäß Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006 handelt es sich um eine absolute Frist (siehe dazu auch Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 2110). Diese ist - anderes als etwa die (relative) sechs Wochen Frist gemäß Paragraph 332, Absatz 2, BVergG 2006 - unabhängig davon zu berechnen, ob der Antragsteller vom fristauslösenden Ereignis Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006 selbst, der keine diesbezügliche Kenntnis voraussetzt. Weiters ergibt sich dies aus Artikel 2 f, Absatz eins, Litera b, RMRL, der entsprechend den Erläuterungen zu Paragraph 332, Absatz 3, BVergG im Gesetz umgesetzt wurde, da dort darauf abgestellt wird, dass in jedem Fall - somit auch ohne diesbezügliche Kenntnis - von den Mitgliedstaaten vorgesehen werden kann, dass eine Nachprüfung gemäß Artikel 2d Absatz 1 RMRL innerhalb der genannten Frist beantragt werden muss. Durch die RMRL ist somit einerseits vorgesehen, "gegen die rechtswidrige freihändige Vergabe von Aufträgen vorzugehen" (Erwägungsgrund 13 der Richtlinie 2007/66/EG) aber andererseits auch durch die "Festlegung einer angemessenen Mindest-Verjährungsfrist" für "Rechtssicherheit hinsichtlich der Entscheidungen der

öffentlichen Auftraggeber zu sorgen" (Erwägungsgrund 25 der Richtlinie 2007/66/EG). Paragraph 332, Absatz 3, erster Satz BVergG 2006 entspricht somit Ziel und Zweck der RMRL. Die Argumentation der Antragstellerin, dass Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006 den Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität widersprechen würde, weil nach den Bestimmungen des ABGB Schadenersatzansprüche frühestens nach drei Jahren ab Kenntnis von Schädiger und Schaden verjähren würden, während im Fall einer unzulässigen Direktvergabe eine Schadenersatzklage nach Ablauf von sechs Monaten nach Vertragsabschluss unzulässig sei, geht daher ins Leere.

Mit der Unterfertigung der Projektvereinbarung e-Medikation durch den Hauptverband am 10. August 2010 wurde der B***ein Zuschlag erteilt. Der Feststellungsantrag der Antragstellerin bezüglich dieses Vertrages ist am 1. März 2011 im Bundesvergabeamt eingelangt. Die Frist von sechs Monaten gemäß § 332 Abs. 3 BVergG 2006 war somit am Tag der Antragstellung bereits abgelaufen. Da diese Versäumung zum Erlöschen des Feststellungsanspruches führt (BlgNR 1171 GP XXII, 144), war der diesbezügliche Antrag daher zurückzuweisen. Mit der Unterfertigung der Projektvereinbarung e-Medikation durch den Hauptverband am 10. August 2010 wurde der B***ein Zuschlag erteilt. Der Feststellungsantrag der Antragstellerin bezüglich dieses Vertrages ist am 1. März 2011 im Bundesvergabeamt eingelangt. Die Frist von sechs Monaten gemäß Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006 war somit am Tag der Antragstellung bereits abgelaufen. Da diese Versäumung zum Erlöschen des Feststellungsanspruches führt (BlgNR 1171 Gesetzgebungsperiode römisch 22, 144), war der diesbezügliche Antrag daher zurückzuweisen.

Im Übrigen wird festgehalten, dass aus der Zurückweisung des Antrages nicht geschlossen werden kann, dass der Vertrag abgeschlossen zwischen dem Hauptverband und der B***vergaberechtskonform zustande gekommen ist. Es erscheint vielmehr fraglich, ob sich Personen die keine Kommunen bzw. Gebietskörperschaften sind zu Recht auf eine interkommunale Zusammenarbeit iSd. Erkenntnisses des EuGH vom 9.6.2009, C- 480/06, Stadtreinigung Hamburg, berufen können.

1. 4. Ziffer 4

Zum Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Die Antragstellerin hat einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestellt, um einem etwaigen Versäumen der sechsmonatigen Antragsfrist vorzubeugen. Die Antragstellerin sei durch ein unvorhersehbares Ereignis - nämlich durch den heimlichen Vertragsabschluss mit der B***am 10.8.2010 - daran gehindert worden, fristgerecht einen Feststellungsantrag zu stellen.

Die Erläuterungen zu § 332 BVergG 2006 (BlgNR 1171 GP XXII, 144) lauten: Die Erläuterungen zu Paragraph 332, BVergG 2006 (BlgNR 1171 Gesetzgebungsperiode römisch 22, 144) lauten:

"Die Antragsfrist wird als materiellrechtliche Frist gestaltet, deren Versäumung zum Erlöschen des Feststellungsanspruches führt; ihre Berechnung richtet sich nach den entsprechenden Bestimmungen des materiellen Teiles. Eine Wiedereinsetzung wegen Versäumung dieser Frist ist damit nicht möglich."

Entsprechend den oben zitierten Erläuterungen handelt es sich bei der Antragsfrist gemäß § 332 BVergG 2006 um eine materiellrechtliche Frist, weshalb eine Wiedereinsetzung wegen Versäumung dieser Frist nicht möglich ist. Das Bundesvergabeamt übersieht dabei nicht, dass sich die genannten Erläuterungen nicht auf das geltende Gesetz beziehen. § 332 BVergG 2006 idF BGBl I 17/2006 wurde jedoch nicht wesentlich verändert, sodass die systematische Einordnung der Frist gemäß § 332 Abs. 3 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 73/2010, als materiellrechtliche Frist unverändert vorzunehmen ist (siehe auch VfGH 2.3.2002, B1426/99; BVA 6.7.2009, F/0005-BVA/11/2008-24). Entsprechend den oben zitierten Erläuterungen handelt es sich bei der Antragsfrist gemäß Paragraph 332, BVergG 2006 um eine materiellrechtliche Frist, weshalb eine Wiedereinsetzung wegen Versäumung dieser Frist nicht möglich ist. Das Bundesvergabeamt übersieht dabei nicht, dass sich die genannten Erläuterungen nicht auf das geltende Gesetz beziehen. Paragraph 332, BVergG 2006 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 17 aus 2006, wurde jedoch nicht wesentlich verändert, sodass die systematische Einordnung der Frist gemäß Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 73 aus 2010,, als materiellrechtliche Frist unverändert vorzunehmen ist (siehe auch VfGH 2.3.2002, B1426/99; BVA 6.7.2009, F/0005-BVA/11/2008-24).

Durch die RMRL ist einerseits vorgesehen, "gegen die rechtswidrige freihändige Vergabe von Aufträgen vorzugehen" (Erwägungsgrund 13 der Richtlinie 2007/66/EG) aber andererseits auch durch die "Festlegung einer angemessenen

Mindest-Verjährungsfrist" für "Rechtssicherheit hinsichtlich der Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber zu sorgen" (Erwägungsgrund 25 der Richtlinie 2007/66/EG). Jedes andere Ergebnis würde die von der RMRL angestrebte Rechtssicherheit hinsichtlich der Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber erschweren oder verunmöglichen.

1. 5.Ziffer 5

Zur den beantragten Feststellung gem § 312 Abs 3 Z 3 BVergG bezüglich den Verträgen mit der E***, der C*** und der D***Zur den beantragten Feststellung gem Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG bezüglich den Verträgen mit der E***, der C*** und der D***

Die Antragstellerin hat auch Feststellungsanträge gem § 312 Abs 3 Z 3 BVergG 2006 bezüglich der Verträge des Hauptverbandes mit der E***, der C*** und der D*** gestellt.Die Antragstellerin hat auch Feststellungsanträge gem Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006 bezüglich der Verträge des Hauptverbandes mit der E***, der C*** und der D*** gestellt.

Der Auftraggeber brachte dazu zusammengefasst vor, dass es kein Vergabeverfahren im Sinne des Bundesvergabegesetzes gegeben habe und dass sich sämtliche von ihm abgeschlossenen Verträge (die Projektvereinbarung mit der B***und die drei Vereinbarungen mit Arztsoftwareherstellern) auf den Probetrieb e-Medikation beziehen würden. Dabei würde es sich nicht um die Beschaffung einer Dienstleistung, sondern um eine Förderung der Ärzte handeln. Die Antragstellerin würde nicht über die Gewerbeberechtigung zur Entwicklung und Installation von Software verfügen. Es würde ihr an der Antragslegitimation mangeln, weil sie im Rahmen des Probetriebes e-Medikation nur das Warenverzeichnis und die Interaktionsdatenbank und nicht alle anderen notwendigen Beiträge zum Probetrieb anbieten könne.

1. 5.Ziffer 5

a 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 Verbindungen stützen. Den Geschäftszweig der Antragstellerin bilden entsprechend dem glaubwürdigen Vorbringen in ihrem Schreiben vom 1. März 2011 "die strukturierten elektronischen Daten der offiziellen 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 3 Arztsoftwarehersteller-Verträge hat sowie dass ein Schaden iSd § 331 Abs 1 BVergG 2006 gegeben ist. Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist somit zu bejahen.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 1. März 2011 "die strukturierten elektronischen Daten der offiziellen 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 3 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. 5.Ziffer 5

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

Der Hauptverband als öffentlicher Auftraggeber hat zur Beschaffung von "Leistungen der Arzt-Software-Hersteller für die Durchführung des Pilotbetriebes "e-Medikation" insgesamt 3 Verträge abgeschlossen. Diese 3 Verträge sind

1. 1)Ziffer eins

der Vertrag vom 28.1.2011 mit der E***

2. 2)Ziffer 2

der Vertrag vom 2.12.2010 mit der C*** und

3. 3)Ziffer 3

der Vertrag vom 2.12.2010 mit der D***.

Wenn der Auftraggeber vorbringt, es habe sich bei den drei Vereinbarungen mit den Arztsoftwareherstellern 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 3 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 3 Verträge von einem Förderungsvertrag ausgegangen werden. Vielmehr wurde durch den Auftraggeber mit dem Ziel des Abschlusses der oben genannten 3 Verträge ein Verfahren zur Beschaffung von Leistungen iSd § 1 Abs 1 BVergG 2006 durchgeführt. Es handelt sich dabei entsprechend den nachvollziehbaren Angaben des Auftraggebers um Dienstleistungsaufträge iSd § 6 BVergG. Wenn der Auftraggeber vorbringt, es habe sich bei den drei Vereinbarungen mit den Arztsoftwareherstellern 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 3 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 3 Verträge von einem Förderungsvertrag ausgegangen werden. Vielmehr wurde durch den Auftraggeber mit dem Ziel des Abschlusses der oben genannten 3 Verträge ein Verfahren zur Beschaffung von Leistungen iSd Paragraph eins, Absatz eins, BVergG 2006 durchgeführt. Es handelt sich dabei entsprechend den nachvollziehbaren Angaben des Auftraggebers um Dienstleistungsaufträge iSd Paragraph 6, BVergG.

1. 5.Ziffer 5

c Zum geschätzten Auftragswert

§ 13 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 73/2010, lautet: Paragraph 13, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 73 aus 2010,, lautet:

"(1) Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages ist der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen.

(2) Sieht der Auftraggeber Prämien oder Zahlungen an Bewerber oder Bieter vor, so hat er diese bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes zu berücksichtigen.

(3) Der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer ist vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß § 46, bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Festlegung. (3) Der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer ist vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung

des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß Paragraph 46,, bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Festlegung.

(4) Die Wahl der angewandten Berechnungsmethode darf nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen."

§ 16 Abs 4 und 5 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 73/2010, lauten: Paragraph 16, Absatz 4 und 5 BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 73 aus 2010,, lauten:

"(4) Besteht eine Dienstleistung aus der Erbringung gleichartiger Leistungen in mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen.

(5) Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose die in § 12 Abs. 1 Z 1 oder 2 genannten Schwellenwerte, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Dies gilt nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer weniger als 80 000 Euro beträgt, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20 vH des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Für die Vergabe dieser Lose gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Unterschwellenbereich."(5) Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose die in Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, oder 2 genannten Schwellenwerte, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Dies gilt nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer weniger als 80 000 Euro beträgt, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20 vH des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Für die Vergabe dieser Lose gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Unterschwellenbereich."

Die verfahrensgegenständlichen 3 Aufträge an die Arztsoftwarehersteller dienen alle der Durchführung des Pilotbetriebes "e-Medikation" (siehe der jeweils gleichlautende Punkt 3. Vertragsgegenstand der 3 Verträge). Auch die sonstigen Vertragsbestimmungen insbesondere betreffend den Leistungsgegenstand der Verträge sind im Wesentlichen gleichlautend. Dienstleistungen des gleichen Fachgebietes, die in einem sachlichen und zeitlichem Zusammenhang stehen, sind für die Auftragswertberechnung zusammenzurechnen und bilden so ein einheitliches Vergabevorhaben (VwGH 8.10.2010, 2007/04/0188). Es handelt sich somit um eine Dienstleistung, die aus der Erbringung gleichartiger Leistungen in mehreren Losen besteht, weshalb gem § 16 Abs 4 BVergG 2006 als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen ist. Der Auftrag an die B*** ist dabei nicht mitzurechnen, da es sich dabei nicht um eine gleichartige Leistung wie bei den 3 Aufträgen an die Arztsoftwarehersteller handelt. Gem § 13 BVergG 2006 ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist, wobei der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen zu berücksichtigen ist. Die verfahrensgegenständlichen 3 Aufträge an die Arztsoftwarehersteller dienen alle der Durchführung des Pilotbetriebes "e-Medikation" (siehe der jeweils gleichlautende Punkt 3. Vertragsgegenstand der 3 Verträge). Auch die sonstigen Vertragsbestimmungen insbesondere betreffend den Leistungsgegenstand der Verträge sind im Wesentlichen gleichlautend. Dienstleistungen des gleichen Fachgebietes, die in einem sachlichen und zeitlichem Zusammenhang stehen, sind für die Auftragswertberechnung zusammenzurechnen und bilden so ein einheitliches Vergabevorhaben (VwGH 8.10.2010, 2007/04/0188). Es handelt sich somit um eine Dienstleistung, die aus der Erbringung gleichartiger Leistungen in mehreren Losen besteht, weshalb gem Paragraph 16, Absatz 4, BVergG 2006 als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen ist. Der Auftrag an die B*** ist dabei nicht mitzurechnen, da es sich dabei nicht um eine gleichartige Leistung wie bei den 3 Aufträgen an die Arztsoftwarehersteller handelt. Gem Paragraph 13, BVergG 2006 ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist, wobei der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen zu berücksichtigen ist.

Dementsprechend ist der geschätzte Auftragswert der einzelnen Aufträge wie folgt zu ermitteln:

	E***	C***	D***
KundInnen,			
minimal	11	26	39
KundInnen,			
maximal	28	139-39=100	139-26=113
Vertrag "e-Medikation"			
Punkt 6a	790x28=22120	790x100=79000	790x113=89270
Vertrag "e-Medikation"			
Punkt 6b	14360	28720	14360
Vertrag "e-Medikation"			
Punkt 6c	7500	--	--
Vertrag "e-Medikation"			
Punkt 8	10000	26400	13200
Summe	53980	134120	116830

Die Tabelle ist wie folgt zu verstehen: Die minimale Anzahl der KundInnen ergibt sich aus Anhang 2 zum jeweiligen Arztsoftwareherstellervertrag (vgl unter 2. Sachverhalt). Die maximale Anzahl der KundInnen ergibt sich bei der E*** aus Punkt 5.2 des Arztsoftwareherstellervertrages. Bei der C*** und der D***, deren Verträge miteinander verknüpft sind, ergibt sich die maximale Anzahl der KundInnen ebenfalls aus Punkt 5.2 des jeweiligen Arztsoftwareherstellervertrages, wobei von der maximalen Anzahl an KundInnen für beide Gesellschaften (139) die Anzahl der jeweils anderen Gesellschaft abzuziehen ist. Das Bundesvergabeamt übersieht dabei nicht, dass dabei die maximale Anzahl an KundInnen für beide Gesellschaften zusammen die Zahl von 139 überschreitet. Gem § 13 BVergG 2006 ist jedoch jeweils der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen zu berücksichtigen, weshalb pro Vertrag die maximal mögliche Anzahl an KundInnen zu Grunde zu legen ist. Bei der Berechnung des geschätzten Gesamtwertes aller drei Verträge ist dieser Umstand jedoch zu berücksichtigen. Der geschätzte Auftragswert des Auftrages an die E*** beträgt somit €

Die Tabelle ist wie folgt zu verstehen: Die minimale Anzahl der KundInnen ergibt sich aus Anhang 2 zum jeweiligen Arztsoftwareherstellervertrag vergleiche unter 2. Sachverhalt). Die maximale Anzahl der KundInnen ergibt sich bei der E*** aus Punkt 5.2 des Arztsoftwareherstellervertrages. Bei der C*** und der D***, deren Verträge miteinander verknüpft sind, ergibt sich die maximale Anzahl der KundInnen ebenfalls aus Punkt 5.2 des jeweiligen Arztsoftwareherstellervertrages, wobei von der maximalen Anzahl an KundInnen für beide Gesellschaften (139) die Anzahl der jeweils anderen Gesellschaft abzuziehen ist. Das Bundesvergabeamt übersieht dabei nicht, dass dabei die maximale Anzahl an KundInnen für beide Gesellschaften zusammen die Zahl von 139 überschreitet. Gem Paragraph 13, BVergG 2006 ist jedoch jeweils der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen zu berücksichtigen, weshalb pro Vertrag die maximal mögliche Anzahl an KundInnen zu Grunde zu legen ist. Bei der Berechnung des geschätzten Gesamtwertes aller drei Verträge ist dieser Umstand jedoch zu berücksichtigen. Der geschätzte Auftragswert des Auftrages an die E*** beträgt somit €

53.980,--, der geschätzte Auftragswert des Auftrages an die C*** beträgt somit € 134.120,-- und der geschätzte Auftragswert des Auftrages an die D*** beträgt somit €

116.830,--.

Der geschätzte Gesamtwert aller drei Aufträge ist dementsprechend wie folgt zu berechnen:

	E***	C***	D***	Gesamtwert
KundInnen,				
minimal	11	26	39	
KundInnen,				

maximal	28	139	
Vertrag "e-Medikation"			
Punkt 6a	790x		
	28=2212	0790x139=109810	
Vertrag "e-Medikation"			
Punkt 6b	14360	28720	14360
Vertrag "e-Medikation"			
Punkt 6c	7500	---	
Vertrag "e-Medikation"			
Punkt 8	10000	26400	13200
Summe	53980	192490	246470

Der geschätzte Gesamtwert aller drei Aufträge beträgt somit € 246.470. Es handelt sich um eine Dienstleistung im Oberschwellenbereich. Das Bundesvergabeamt übersieht dabei nicht die Losregelung des § 16 Abs 5 BVergG 2006, jedoch wird im gegenständlichen Fall der entsprechende 20% Wert (€ 49.294,--) bei jedem der drei Aufträge überschritten. Der geschätzte Gesamtwert aller drei Aufträge beträgt somit € 246.470. Es handelt sich um eine Dienstleistung im Oberschwellenbereich. Das Bundesvergabeamt übersieht dabei nicht die Losregelung des Paragraph 16, Absatz 5, BVergG 2006, jedoch wird im gegenständlichen Fall der entsprechende 20% Wert (€ 49.294,--) bei jedem der drei Aufträge überschritten.

Die Angaben des Auftraggebers zum geschätzten Auftragswert waren - mit Ausnahme des geschätzten Auftragswertes betreffend die B*** (€ 864.938,--) - unnachvollziehbar und teilweise widersprüchlich, wie ein Vergleich des Vorbringens in der mündlichen Verhandlung vom 23. März 2011 bzw. vom 4. April 2011 zeigt (C***: € 69.010,-- bzw. € 70.590,--; D***:

€ 48.330,-- bzw. € 23.840,--). Weiters wurden vom Auftraggeber offenbar wesentliche Bestandteile des Vertrages - nämlich Punkt 8 der jeweiligen Verträge mit den Arztsoftwareherstellern nicht eingerechnet.

5. d Zu den Feststellungsanträgen gem § 312 Abs 3 Z 3 BVergG 2006. d Zu den Feststellungsanträgen gem Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006

§ 312 Abs 3 Z 3 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 73/2010, lautet: Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 73 aus 2010,, lautet:

"(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesvergabeamt zuständig

...

3. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde;"

Es ist unstrittig, dass die gegenständliche Dienstleistung durch den Auftraggeber ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb vergeben wurde. Zu prüfen ist, ob dies rechtswidriger Weise geschehen ist. Grundsätzlich sieht § 46 BVergG 2006 eine solche Bekanntmachungspflicht vor. Zu prüfen ist, ob im gegenständlichen Fall - wie der Auftraggeber eingewendet hat - die Ausnahmebestimmung des § 30 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 anzuwenden ist und somit ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulässig ist. Diesbezüglich wurde der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vom 4. April 2011 auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 5. Dezember 2008, G 113/08, hingewiesen und ersucht, das Vorliegen der Gründe iSd. § 30 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 zu beweisen. Es ist unstrittig, dass die gegenständliche Dienstleistung durch den Auftraggeber ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb vergeben wurde. Zu prüfen ist, ob dies rechtswidriger Weise geschehen ist. Grundsätzlich sieht Paragraph 46, BVergG 2006 eine solche Bekanntmachungspflicht vor. Zu prüfen ist, ob im gegenständlichen Fall - wie der Auftraggeber eingewendet hat - die Ausnahmebestimmung des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 anzuwenden ist und somit ein

Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulässig ist. Diesbezüglich wurde der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vom 4. April 2011 auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 5. Dezember 2008, G 113/08, hingewiesen und ersucht, das Vorliegen der Gründe iSd. Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 zu beweisen.

§ 30 Abs 2 Z 2 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 73/2010, lautet: Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 73 aus 2010,, lautet:

"(2) Dienstleistungsaufträge können im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn

...

1. 2. Ziffer 2

der Dienstleistungsauftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder auf Grund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann, oder"

Die Erläuterungen zu den §§ 28-30 BVergG 2006 (BlgNR 1171 GP XXII, 46) lautenDie Erläuterungen zu den Paragraphen 28 -, 30, BVergG 2006 (BlgNR 1171 Gesetzgebungsperiode römisch 22 , 46) lauten:

"Technische oder künstlerische Gründe im Sinne der §§ 28 Abs. 2 Z 2, 29 Abs. 2 Z 2 und 30 Abs. 2 Z 2 liegen etwa vor, wenn eine Einrichtung ein Kunstwerk in Auftrag gegeben hat, später jedoch ein zweites Kunstwerk in Auftrag geben will, um gewissermaßen ein 'Paar' zu erhalten. In diesem Fall wäre darzulegen, aus welchen Gründen das zweite Kunstwerk nicht bei einem anderen Künstler in Auftrag gegeben werden kann. Die bloße Behauptung, dass eine Gesamtheit von Arbeiten komplex und schwierig sei, genügt nicht für die Inanspruchnahme dieser Ausnahme (vgl. Rs C-385/02). Es müssen vielmehr zwei kumulative Voraussetzungen erfüllt sein: zum einen müssen die Leistungen, die Gegenstand des Auftrages sind, eine technische Besonderheit aufweisen, und zum anderen muss es auf Grund dieser technischen Besonderheit unbedingt erforderlich sein, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben, d.h. nur dieses Unternehmen ist in der Lage diese Leistungen zu erbringen (vgl. Rs C-57/94, C-385/02, C-394/02)."

"Technische oder künstlerische Gründe im Sinne der Paragraphen 28, Absatz 2, Ziffer 2, 29, Absatz 2, Ziffer 2 und 30 Absatz 2, Ziffer 2, liegen etwa vor, wenn eine Einrichtung ein Kunstwerk in Auftrag gegeben hat, später jedoch ein zweites Kunstwerk in Auftrag geben will, um gewissermaßen ein 'Paar' zu erhalten. In diesem Fall wäre darzulegen, aus welchen Gründen das zweite Kunstwerk nicht bei einem anderen Künstler in Auftrag gegeben werden kann. Die bloße Behauptung, dass eine Gesamtheit von Arbeiten komplex und schwierig sei, genügt nicht für die Inanspruchnahme dieser Ausnahme vergleiche Rs C-385/02). Es müssen vielmehr zwei kumulative Voraussetzungen erfüllt sein: zum einen müssen die Leistungen, die Gegenstand des Auftrages sind, eine technische Besonderheit aufweisen, und zum anderen muss es auf Grund dieser technischen Besonderheit unbedingt erforderlich sein, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben, d.h. nur dieses Unternehmen ist in der Lage diese Leistungen zu erbringen vergleiche Rs C-57/94, C-385/02, C-394/02).

Unter den Tatbestand 'Schutz eines Ausschließlichkeitsrechtes' (§§ 28 Abs. 2 Z 2, 29 Abs. 2 Z 2 und 30 Abs. 2 Z 2) sind auch jene Fälle zu subsumieren, in denen ein bestimmter Unternehmer das ausschließliche Verfügungs- oder Nutzungsrecht besitzt. In der Rs C-328/92 hat der EuGH betont, dass es nicht genügt, dass die in Rede stehenden Produkte (Arzneimittel und Arzneispezialitäten) durch Ausschließlichkeitsrechte geschützt sind. Es ist auch erforderlich, dass sie nur von einem bestimmten Unternehmer hergestellt oder geliefert werden können. Diese Voraussetzungen liegen nach dem EuGH nur bei denjenigen Arzneimitteln und Arzneispezialitäten vor, für die es auf dem Markt keinen Wettbewerb gibt. Diese Ausnahmebestimmung kann auch nicht in Anspruch genommen werden, wenn Dritte über Lizenzen zur Nutzung dieses ausschließlichen Rechts verfügen oder in angemessener Weise erlangen können."

Unter den Tatbestand 'Schutz eines Ausschließlichkeitsrechtes' (Paragraphen 28, Absatz 2, Ziffer 2, 29, Absatz 2, Ziffer 2 und 30 Absatz 2, Ziffer 2,) sind auch jene Fälle zu subsumieren, in denen ein bestimmter Unternehmer das ausschließliche Verfügungs- oder Nutzungsrecht besitzt. In der Rs C-328/92 hat der EuGH betont, dass es nicht genügt, dass die in Rede stehenden Produkte (Arzneimittel und Arzneispezialitäten) durch Ausschließlichkeitsrechte geschützt sind. Es ist auch erforderlich, dass sie nur von einem bestimmten Unternehmer hergestellt oder geliefert werden können. Diese Voraussetzungen liegen nach dem EuGH nur bei denjenigen Arzneimitteln und Arzneispezialitäten vor, für die es auf

dem Markt keinen Wettbewerb gibt. Diese Ausnahmebestimmung kann auch nicht in Anspruch genommen werden, wenn Dritte über Lizenzen zur Nutzung dieses ausschließlichen Rechts verfügen oder in angemessener Weise erlangen können."

Der VfGH führt in dem Erkenntnis vom 5. Dezember 2008, G 113/08 dazu ua aus:

"Die Anwendung der angefochtenen Bestimmung [Anmerkung:

gemeint ist § 29 Abs 2 Z 2 BVergG 2006, der mit § 30 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 nahezu wortident ist] kommt nur in Betracht, wenn die technischen Besonderheiten, die mit dem Auftrag verbunden sind, oder die Ausschließlichkeitsrechte es unbedingt erforderlich machen, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen und nur an dieses zu vergeben. Die bloße Berufung auf einen Ausnahmetatbestand durch den öffentlichen Auftraggeber reicht nicht aus. Der öffentliche Auftraggeber hat vielmehr das Vorliegen von Ausnahmetatbeständen zu beweisen." gemeint ist Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006, der mit Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 nahezu wortident ist] kommt nur in Betracht, wenn die technischen Besonderheiten, die mit dem Auftrag verbunden sind, oder die Ausschließlichkeitsrechte es unbedingt erforderlich machen, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen und nur an dieses zu vergeben. Die bloße Berufung auf einen Ausnahmetatbestand durch den öffentlichen Auftraggeber reicht nicht aus. Der öffentliche Auftraggeber hat vielmehr das Vorliegen von Ausnahmetatbeständen zu beweisen."

Der Auftraggeber hätte somit entsprechend dem Erkenntnis des VfGH vom 5. Dezember 2008, G 113/08, in den gegenständlichen Fällen zu beweisen, dass die technischen Besonderheiten, die mit den 3 Aufträgen verbunden sind oder die Ausschließlichkeitsrechte iSd. § 30 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 es unbedingt erforderlich machen, die Aufträge an die beauftragten 3 Unternehmen und nur an diese zu vergeben. Weiters ist zu beachten, dass Ausnahmen von den Vorschriften über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge eng auszulegen sind (EuGH 2.6.2005, Rs C-394/02 Rz 33, vgl dazu auch T. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht 411ff). Der Auftraggeber hätte somit entsprechend dem Erkenntnis des VfGH vom 5. Dezember 2008, G 113/08, in den gegenständlichen Fällen zu beweisen, dass die technischen Besonderheiten, die mit den 3 Aufträgen verbunden sind oder die Ausschließlichkeitsrechte iSd. Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 es unbedingt erforderlich machen, die Aufträge an die beauftragten 3 Unternehmen und nur an diese zu vergeben. Weiters ist zu beachten, dass Ausnahmen von den Vorschriften über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge eng auszulegen sind (EuGH 2.6.2005, Rs C-394/02 Rz 33, vergleiche dazu auch T. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht 411ff).

Das Bundesministerium für K*** hat zwar in der gegenständlichen Sache die L*** mit einem Gutachten beauftragt. Dieses Gutachten ("Vergaberechtliche Beurteilung des Projektes "e-Medikation"" der Finanzprokuratur vom 26.2.2010) legt jedoch insbesondere in Punkt IV. Das Bundesministerium für K*** hat zwar in der gegenständlichen Sache die L*** mit einem Gutachten beauftragt. Dieses Gutachten ("Vergaberechtliche Beurteilung des Projektes "e-Medikation"" der Finanzprokuratur vom 26.2.2010) legt jedoch insbesondere in Punkt römisch vier.

"Auftragsvergabe an M*** vergabefrei?" den Schluss nahe, dass die Vorgangsweise des Auftraggebers die zu den Spruchpunkten III., IV. und V. führte rechtswidrig war. Ein Beweis für das Vorliegen von Ausnahmetatbeständen ist damit jedenfalls nicht erbracht worden, eher ein Indiz für das Gegenteil. Der Auftraggeber hat sich weiters zusammengefasst auf die bloße Behauptung zurückgezogen, dass die Situation komplex und schwierig sei. Weiters hat der Auftraggeber selbst in Beilage .18 eine Liste vorgelegt, die einige Dutzend andere geeignete Arztsoftwarehersteller aufzählt. Warum man diesen und anderen Interessenten nicht im Rahmen eines Vergabeverfahrens die Möglichkeit zur Abgabe eines Angebotes ermöglichen hätte können, ist nicht nachvollziehbar. Weiters hat der Auftraggeber selbst in der mündlichen Verhandlung vom 4.4.2011 angegeben, dass es auch die technische Möglichkeit gegeben hätte, die e-Medikation über einen Webbrowser (zB Internet Explorer, so ähnlich wie bei dem Programm FinanzOnline des BMF) zu bedienen. Dem Auftraggeber ist daher der Beweis, dass die Ausnahmetatbestände des § 30 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 vorliegen nicht gelungen." Auftragsvergabe an M*** vergabefrei?" den Schluss nahe, dass die Vorgangsweise des Auftraggebers die zu den Spruchpunkten römisch drei., römisch vier. und römisch fünf. führte rechtswidrig war. Ein Beweis für das Vorliegen von Ausnahmetatbeständen ist damit jedenfalls nicht erbracht worden, eher ein Indiz für das Gegenteil. Der Auftraggeber hat sich weiters zusammengefasst auf die bloße Behauptung zurückgezogen, dass die Situation komplex und schwierig sei. Weiters hat der Auftraggeber selbst in Beilage .18 eine Liste vorgelegt, die einige Dutzend andere geeignete

Arztsoftwarehersteller aufzählt. Warum man diesen und anderen Interessenten nicht im Rahmen eines Vergabeverfahrens die Möglichkeit zur Abgabe eines Angebotes ermöglichen hätte können, ist nicht nachvollziehbar. Weiters hat der Auftraggeber selbst in der mündlichen Verhandlung vom 4.4.2011 angegeben, dass es auch die technische Möglichkeit gegeben hätte, die e-Medikation über einen Webbrowser (zB Internet Explorer, so ähnlich wie bei dem Programm FinanzOnline des BMF) zu bedienen. Dem Auftraggeber ist daher der Beweis, dass die Ausnahmetatbestände des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 vorliegen nicht gelungen.

Somit waren Feststellungen entsprechend den Spruchpunkten

III. 2., IV. 2. und V. 2. zu treffen römisch drei. 2., römisch vier. 2. und römisch fünf. 2. zu treffen.

1. 6. Ziffer 6

Zum beantragten Absehen von der Aufhebung der Verträge

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

"(2) Soweit in diesem Absatz und in den Abs. 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesvergabeamt im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesvergabeamt hat von einer Nichtigkeitserklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs. 4 oder 5 abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte." "(2) Soweit in diesem Absatz und in den Absatz 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesvergabeamt im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesvergabeamt hat von einer Nichtigkeitserklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Absatz 4, oder 5 abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte."

Der Auftraggeber hat gemäß § 334 Abs 2 BVergG 2006 beantragt, das Bundesvergabeamt wolle von der beantragten Aufhebung des Vertrages beziehungsweise aller nach Ansicht des Bundesvergabeamtes von diesem Antrag umfasster Verträge absehen. Zwingende Gründe eines Allgemeininteresses würden die rasche Umsetzung des Projekts e-Medikation rechtfertigen. Dies verhindere in vielen Fällen gesundheitliche Beeinträchtigungen von Patienten, in zahlreichen Fällen aber auch Todesfälle. Erst jüngst seien wegen des Todes einer 82 jährigen Patientin durch Überdosierung eines Medikaments zwei Ärzte des Krankenhauses H*** zu Geldstrafe verurteilt worden. Durch die e-Medikation hätte die Überdosierung dieser Medikamente verhindert werden können, zumindest wäre das Risiko der Überdosierung erheblich reduziert worden. Der Auftraggeber hat gemäß Paragraph 334, Absatz 2, BVergG 2006 beantragt, das Bundesvergabeamt wolle von der beantragten Aufhebung des Vertrages beziehungsweise aller nach Ansicht des Bundesvergabeamtes von diesem Antrag umfasster Verträge absehen. Zwingende Gründe eines Allgemeininteresses würden die rasche Umsetzung des Projekts e-Medikation rechtfertigen. Dies verhindere in vielen Fällen gesundheitliche Beeinträchtigungen von Patienten, in zahlreichen Fällen aber auch Todesfälle. Erst jüngst seien wegen des Todes einer 82 jährigen Patientin durch Überdosierung eines Medikaments zwei Ärzte des Krankenhauses H*** zu Geldstrafe verurteilt worden. Durch die e-Medikation hätte die Überdosierung dieser Medikamente verhindert werden können, zumindest wäre das Risiko der Überdosierung erheblich reduziert worden.

Dieses Beispiel des Auftraggebers verdeutlicht, dass die Ärzte schon jetzt für die Dosierung von Medikamenten verantwortlich sind und das Projekt e-Medikation lediglich ein Hilfsmittel zur leichteren Erkennung etwaiger Überdosierungen etc. darstellt. Bei gehöriger Sorgfalt kann es somit schon jetzt nicht zu den vorgebrachten Fällen gesundheitliche Beeinträchtigungen von Patienten oder auch Todesfällen kommen. Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass die Durchführung des Projektes e-Medikation im allgemeinen Interesse ist. Zwingende Gründe eines Allgemeininteresses iSd § 334 Abs 2 BVergG 2006 an der (völligen) Aufrechterhaltung der Verträge mit den 3

Arztsoftwareherstellern können jedoch nicht erkannt werden. Dieses Beispiel des Auftraggebers verdeutlicht, dass die Ärzte schon jetzt für die Dosierung von Medikamenten verantwortlich sind und das Projekt e-Medikation lediglich ein Hilfsmittel zur leichteren Erkennung etwaiger Überdosierungen etc. darstellt. Bei gehöriger Sorgfalt kann es somit schon jetzt nicht zu den vorgebrachten Fällen gesundheitliche Beeinträchtigungen von Patienten oder auch Todesfällen kommen. Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass die Durchführung des Projektes e-Medikation im allgemeinen Interesse ist. Zwingende Gründe eines Allgemeininteresses iSd Paragraph 334, Absatz 2, BVergG 2006 an der (völligen) Aufrechterhaltung der Verträge mit den 3 Arztsoftwareherstellern können jedoch nicht erkannt werden.

7. Ex nunc Aufhebung hinsichtlich des noch ausständigen oder des noch ohne Wertminderung rückstellbaren Leistungsteiles

§ 334 Abs 4 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 73/2010, lautet: Paragraph 334, Absatz 4, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 73 aus 2010,, lautet:

"(4) Kann die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden, so hat das Bundesvergabeamt, sofern Abs. 5 nicht zur Anwendung kommt, im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind." "(4) Kann die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden, so hat das Bundesvergabeamt, sofern Absatz 5, nicht zur Anwendung kommt, im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind."

Die Erläuterungen zu § 334 Abs. 4 BVergG 2006 (BlgNR 327 GP XXIV, 37) lauten Die Erläuterungen zu Paragraph 334, Absatz 4, BVergG 2006 (BlgNR 327 Gesetzgebungsperiode römisch 24 , 37) lauten:

"Der vorgeschlagene Abs. 4 regelt (für den Ober- wie auch den Unterschwellenbereich) den Fall, dass der Vertrag bereits in Vollzug gesetzt wurde. Hier sind verschiedene Konstellationen denkbar: Ist die Leistung zur Gänze noch vorhanden und in natura rückstellbar (zB die gelieferten Computer befinden sich noch in der Originalverpackung in einem Lager des Auftraggebers), so hat das Bundesvergabeamt gemäß der Grundregel des Abs. 2 bzw. 3 den Vertrag (bei Vorliegen einer Feststellung gemäß dem vorgeschlagenen § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5) ex tunc für nichtig zu erklären. Kann die Leistung zur Gänze oder (bei teilbaren Leistungen) ein Leistungsteil nicht mehr rückgestellt werden (etwa weil die Leistung bereits ganz oder teilweise konsumiert oder gebraucht wurde) oder kann die Leistung oder ein Leistungsteil nur mehr wertvermindert rückgestellt werden (weil die Leistung/der Leistungsteil "nicht mehr neu ist"; zB die gelieferten Computer wurden ausgepackt und Software installiert) so hat das Bundesvergabeamt - bei Vorliegen einer Feststellung gemäß dem vorgeschlagenen § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 - den Vertrag nur teilweise und zwar hinsichtlich des noch ausständigen oder des noch (ohne Wertminderung) rückstellbaren Leistungsteiles aufzuheben. Der Vertrag bleibt somit hinsichtlich des bereits konsumierten oder nicht rückstellbaren Leistungsteils bestehen (samt den diesbezüglichen vertraglichen Rechten). Aus der Formulierung des Gesetzes ("auszusprechen, dass der Vertrag soweit aufgehoben wird") folgt, dass hinsichtlich des aufgehobenen Vertragsteiles ein Rückabwicklungsanspruch entsteht. Die Regelung des Abs. 4 (ex nunc Aufhebung hinsichtlich des noch ausständigen oder des noch ohne Wertminderung rückstellbaren Leistungsteiles) steht unter dem Vorbehalt, dass der Auftraggeber den Antrag stellen kann, dass der Vertrag erst mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben werden soll und das Bundesvergabeamt nach Durchführung der Interessenabwägung gemäß Abs. 5 dem Antrag stattgibt und die Aufhebung erst zu einem bestimmten Zeitpunkt verfügt." "Der vorgeschlagene Absatz 4, regelt (für den Ober- wie auch den Unterschwellenbereich) den Fall, dass der Vertrag bereits in Vollzug gesetzt wurde. Hier sind verschiedene Konstellationen denkbar: Ist die Leistung zur Gänze noch vorhanden und in natura rückstellbar (zB die gelieferten Computer befinden sich noch in der Originalverpackung in einem Lager des Auftraggebers), so hat das Bundesvergabeamt gemäß der Grundregel des Absatz 2, bzw. 3 den Vertrag (bei Vorliegen einer Feststellung gemäß dem vorgeschlagenen Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5) ex tunc für nichtig zu erklären. Kann die Leistung zur Gänze oder (bei teilbaren Leistungen) ein Leistungsteil nicht mehr rückgestellt werden (etwa weil die Leistung bereits ganz oder teilweise konsumiert oder gebraucht wurde) oder kann die Leistung oder ein Leistungsteil nur mehr wertvermindert rückgestellt werden (weil die Leistung/der Leistungsteil "nicht mehr neu ist"; zB die gelieferten Computer wurden ausgepackt und Software installiert) so hat das Bundesvergabeamt - bei Vorliegen einer Feststellung

gemäß dem vorgeschlagenen Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 - den Vertrag nur teilweise und zwar hinsichtlich des noch ausständigen oder des noch (ohne Wertminderung) rückstellbaren Leistungsteiles aufzuheben. Der Vertrag bleibt somit hinsichtlich des bereits konsumierten oder nicht rückstellbaren Leistungsteils bestehen (samt den diesbezüglichen vertraglichen Rechten). Aus der Formulierung des Gesetzes ("auszusprechen, dass der Vertrag soweit aufgehoben wird") folgt, dass hinsichtlich des aufgehobenen Vertragsteiles ein Rückabwicklungsanspruch entsteht. Die Regelung des Absatz 4, (ex nunc Aufhebung hinsichtlich des noch ausständigen oder des noch ohne Wertminderung rückstellbaren Leistungsteiles) steht unter dem Vorbehalt, dass der Auftraggeber den Antrag stellen kann, dass der Vertrag erst mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben werden soll und das Bundesvergabeamt nach Durchführung der Interessenabwägung gemäß Absatz 5, dem Antrag stattgibt und die Aufhebung erst zu einem bestimmten Zeitpunkt verfügt."

Wie unter Punkt 2. bereits festgestellt, sind die 3 Verträge des Auftraggebers mit den Arztsoftwareherstellern bereits in Vollzug gesetzt worden, wobei die Arbeiten bei der C*** und der D*** bereits zu einem großen Teil, bei der E*** zu einem kleineren Teil durchgeführt worden sind.

Inhalt der zu erbringenden Leistungen durch die 3 Vertragsnehmer ist einerseits die Erzeugung und Verteilung eines Software-Moduls "Arztsoftware-Integration e-Medikation" und andererseits die Betreuung der KundInnen für die Dauer des Pilotbetriebes. Es ist offensichtlich und entspricht der Lebenserfahrung, dass solche Dienstleistungen nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden können. Es war daher gem. § 334 Abs 4 BVergG 2006 auszusprechen, dass der jeweilige Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind. Es tritt bei jedem der 3 Verträge somit iSd. Inhalt der zu erbringenden Leistungen durch die 3 Vertragsnehmer ist einerseits die Erzeugung und Verteilung eines Software-Moduls "Arztsoftware-Integration e-Medikation" und andererseits die Betreuung der KundInnen für die Dauer des Pilotbetriebes. Es ist offensichtlich und entspricht der Lebenserfahrung, dass solche Dienstleistungen nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden können. Es war daher gem. Paragraph 334, Absatz 4, BVergG 2006 auszusprechen, dass der jeweilige Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind. Es tritt bei jedem der 3 Verträge somit iSd.

Erläuterungen eine ex nunc Aufhebung hinsichtlich des noch ausständigen oder des noch ohne Wertminderung rückstellbaren Leistungsteiles ein.

8. 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 unter Punkt 2. bereits festgestellt, sind die 3 Verträge des Auftraggebers mit den Arztsoftwareherstellern bereits in Vollzug gesetzt worden, wobei die Arbeiten bei der C*** und der D*** bereits zu einem großen Teil, bei der E*** zu einem kleineren Teil durchgeführt worden sind.

Gemäß den Spruchpunkten III.3., IV.3. und V.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 drei.3., römisch vier.3. und römisch fünf.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.

Bei der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung handelt es sich um einen schweren Verstoß gegen das BVergG. Abgesehen von der Gesetzeswidrigkeit, die einem sachkundigen öffentlichen Auftraggeber auffallen hätte müssen hat der Auftraggeber zur vergaberechtlichen Beurteilung seiner Vorgangsweise auch ein Gutachten der Finanzprokuratur ("Vergaberechtliche Beurteilung des Projektes "e-Medikation"" der Finanzprokuratur vom 26.2.2010 insbesondere Punkt IV. Auftragsvergabe an J*** vergabefrei?) eingeholt, das den Schluss nahe legt, dass die Vorgangsweise des Auftraggebers die zu den Spruchpunkten III., IV. und V. führte rechtswidrig war. Bei sinngemäßer Berücksichtigung der Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 VbVG und des Ausmaßes der Aufrechterhaltung der einzelnen 3 Verträge sowie im Sinne einer Verhängung von wirksamen, angemessen und abschreckenden Geldbußen waren daher die in den Spruchpunkten III., IV. und V. genannten Geldbußen von insgesamt € 24.000,-- zu verhängen. Bei der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung handelt es sich um einen schweren Verstoß gegen das BVergG. Abgesehen von der Gesetzeswidrigkeit, die einem sachkundigen öffentlichen Auftraggeber auffallen hätte müssen hat der Auftraggeber zur vergaberechtlichen Beurteilung seiner Vorgangsweise auch ein Gutachten der Finanzprokuratur ("Vergaberechtliche Beurteilung des Projektes "e-Medikation"" der Finanzprokuratur vom 26.2.2010 insbesondere Punkt römisch vier. Auftragsvergabe an J*** vergabefrei?) eingeholt, das den Schluss nahe legt, dass die Vorgangsweise des Auftraggebers die zu den Spruchpunkten römisch drei., römisch vier. und römisch fünf. führte rechtswidrig war. Bei sinngemäßer Berücksichtigung der Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß Paragraph 5, VbVG und des Ausmaßes der Aufrechterhaltung der einzelnen 3 Verträge sowie im Sinne einer Verhängung von wirksamen, angemessen und abschreckenden Geldbußen waren daher die in den Spruchpunkten römisch drei., römisch vier. und römisch fünf. genannten Geldbußen von insgesamt € 24.000,-- zu verhängen.

9. 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 Bundesvergabeamt 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 Bundesvergabeamt 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 4 Feststellungsanträge € 623,-- somit 4 x € 623,-- = gesamt € 2492,-- entrichtet. Da der Antrag gem. Spruchpunkt I. zurückgewiesen, den Anträgen gem. den Spruchpunkten III. bis V. jedoch stattgegeben wurde, hat die Antragstellerin gem. § 319 Abs 1 BVergG 2006 Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber betreffend die Anträge gem. den Spruchpunkten III. bis V. somit auf Ersatz von 3 x € 623,-- = gesamt € 1869,--.2492,-- entrichtet. Da der Antrag gem. Spruchpunkt römisch eins. zurückgewiesen, den Anträgen gem. den Spruchpunkten römisch drei. bis römisch fünf. jedoch stattgegeben wurde, hat die Antragstellerin gem. Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber betreffend die Anträge gem. den Spruchpunkten römisch drei. bis römisch fünf. somit auf Ersatz von 3 x € 623,-- = gesamt € 1869,--.

Zuletzt aktualisiert am

21.09.2011

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at