

TE Verg Bescheid 2011/1/3 N/0075-BVA/14/2010-56

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.01.2011

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitee

BVergG 2006 §49 Abs2

BVergG 2006 §19 Abs1 2.Satz

BVergG 2006 §30 Abs2 Z2

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 49 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 49 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 49 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 49 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 49 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 30 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Elektronisches Katalogeinkaufssystem (e-Shop)" des Auftraggebers Bundesbeschaffung Gesellschaft mbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 30.8.2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim

Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.15 aus 2010, (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Elektronisches Katalogeinkaufssystem (e-Shop)" des Auftraggebers Bundesbeschaffung Gesellschaft mbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 30.8.2010, wie folgt entschieden:

Spruch

I. Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin vom 24.8.2010 in Form einer Freiwilligen Ex-Ante Transparenzbekanntmachung über die beabsichtigte Vergabe eines Elektronischen Katalogeinkaufssystems (e-Shop) für nichtig erklären", wird abgewiesen.römisch eins. Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin vom 24.8.2010 in Form einer Freiwilligen Ex-Ante Transparenzbekanntmachung über die beabsichtigte Vergabe eines Elektronischen Katalogeinkaufssystems (e-Shop) für nichtig erklären", wird abgewiesen.

II. Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Vergabe des Auftrags 'Elektronisches Katalogeinkaufssystem (e-Shop)' an die B*** am 19.8.2010 wegen Verstoßes gegen das BVergG, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war", wird zurückgewiesen.römisch zwei. Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Vergabe des Auftrags 'Elektronisches Katalogeinkaufssystem (e-Shop)' an die B*** am 19.8.2010 wegen Verstoßes gegen das BVergG, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war", wird zurückgewiesen.

III. Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Auftraggeberin verpflichten, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von Euro 2.490,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen", wird abgewiesen.römisch drei. Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Auftraggeberin verpflichten, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von Euro 2.490,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen", wird abgewiesen.

Begründung

1. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt:

Im Jahr 2004 führte die Bundesbeschaffung GmbH (im Folgenden BBG bzw. Auftraggeber) ein Verfahren über die "Vergabe eines Dienstleistungsauftrages über die Bereitstellung und Betriebsüberleitung eines elektronischen Katalogeinkaufssystems" in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durch. Der Zuschlag erging an die C*** (im Folgenden C***) als damaligen Bestbieter.

Der Vertrag der BBG mit der C*** (im Folgenden Altvertrag) wurde am 29.3.2005 auf der Grundlage des Letztangebotes der C***, wonach die angebotene Lösung aus der Standardsoftware Impact Ordering der D*** in der Behördenvariante "eBeschaffung" bestand, abgeschlossen. Die Projekteinkaufskosten betrugen ca. Euro 1,3 Millionen. Das jährliche Wartungsentgelt betrug Euro 96.078,49.

Gegenstand des derzeit noch aufrechten Altvertrages ist im Wesentlichen die schlüsselfertige Bereitstellung und die Betriebsüberleitung eines webbasierenden elektronischen Katalogeinkaufssystems vorwiegend auf Basis einer Standardsoftware auf Grundlage der in den Leistungsverzeichnissen geforderten Funktionalitäten.

Zur Erfüllung des Altvertrages zog die D*** insbesondere für den Bereich der Softwareentwicklung einen Subunternehmer, die D*** heran. Die D*** nahm diese Agenden durch ihre ca. 15 Mitarbeiter umfassende Niederlassung in XXX wahr. Die C*** als Generalunternehmer trat dabei lediglich als Lizenzmittler der an der verwendeten Software Impact Ordering bestehenden Rechte der D*** auf.Zur Erfüllung des Altvertrages zog die D*** insbesondere für den Bereich der Softwareentwicklung einen Subunternehmer, die D*** heran. Die D*** nahm diese Agenden durch ihre ca. 15 Mitarbeiter umfassende Niederlassung in römisch 30 wahr. Die C*** als Generalunternehmer trat dabei lediglich als Lizenzmittler der an der verwendeten Software Impact Ordering bestehenden Rechte der D*** auf.

Am 1.7.2010 schloss die D*** mit der B*** einen "Unternehmenskaufvertrag" über den Erwerb des Betriebsteiles XXX

inklusive der Rechte an der Software Impact Ordering durch die B*** ab. Mit diesem Unternehmenskaufvertrag ging auch der Quellcode (Sourcecode) für die Software Impact Ordering an die B*** über. Die B*** ist nunmehr Sourcecodeinhaber und damit Alleinverfügungsberechtigte über den Sourcecode für die Software Impact Ordering. Seit dem Übergang des Betriebsteiles XXX der D*** an die B*** nimmt die B*** die bislang von der D*** für die C*** als Subunternehmer erbrachten Tätigkeiten als Subunternehmernachfolger der D*** für die C*** weiter wahr. Am 1.7.2010 schloss die D*** mit der B*** einen "Unternehmenskaufvertrag" über den Erwerb des Betriebsteiles römisch 30 inklusive der Rechte an der Software Impact Ordering durch die B*** ab. Mit diesem Unternehmenskaufvertrag ging auch der Quellcode (Sourcecode) für die Software Impact Ordering an die B*** über. Die B*** ist nunmehr Sourcecodeinhaber und damit Alleinverfügungsberechtigte über den Sourcecode für die Software Impact Ordering. Seit dem Übergang des Betriebsteiles römisch 30 der D*** an die B*** nimmt die B*** die bislang von der D*** für die C*** als Subunternehmer erbrachten Tätigkeiten als Subunternehmernachfolger der D*** für die C*** weiter wahr.

Bei der B*** handelt es sich um eine im Zuge der Umstrukturierung des Konzerns E*** mit Gesellschaftsvertrag vom 22.6.2010 neu gegründete, am 3.8.2010 in das Handelsregister XXX eingetragene Gesellschaft. Die D*** und die B*** sind Schwestergesellschaften der gemeinsamen Konzernmuttergesellschaft E***. Bei der B*** handelt es sich um eine im Zuge der Umstrukturierung des Konzerns E*** mit Gesellschaftsvertrag vom 22.6.2010 neu gegründete, am 3.8.2010 in das Handelsregister römisch 30 eingetragene Gesellschaft. Die D*** und die B*** sind Schwestergesellschaften der gemeinsamen Konzernmuttergesellschaft E***.

Die Implementierungsphase des Elektronischen Katalogeinkaufssystems bei der BBG ist zwischenzeitlich beendet, sodass sich das Projekt nunmehr in seiner Wartungsphase befindet.

Mit freiwilliger ex-ante Transparenzbekanntmachung an die EU vom XXX (vgl. Supplement des Amtsblattes der EU unter der Zahl XXX) gab die BBG unter der Auftragsbezeichnung "Elektronisches Katalogeinkaufssystem (e-Shop)" bekannt, dass ein Auftrag über Euro 900.000,- an die B*** vergeben werden solle. Im Anhang D dieser Bekanntmachung wurde zur Begründung für die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der EU angegeben, dass das Unternehmen, dem der Zuschlag erteilt werden solle, Inhaber der Rechte am Sourcecode für das beim Auftraggeber verwendete elektronische Katalogeinkaufssystem (e-Shop) und daher als einziges berechtigt sei, die notwendigen Wartungs- und Entwicklungsarbeiten zu erbringen. Mit freiwilliger ex-ante Transparenzbekanntmachung an die EU vom römisch 30 vergleiche Supplement des Amtsblattes der EU unter der Zahl römisch 30) gab die BBG unter der Auftragsbezeichnung "Elektronisches Katalogeinkaufssystem (e-Shop)" bekannt, dass ein Auftrag über Euro 900.000,- an die B*** vergeben werden solle. Im Anhang D dieser Bekanntmachung wurde zur Begründung für die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der EU angegeben, dass das Unternehmen, dem der Zuschlag erteilt werden solle, Inhaber der Rechte am Sourcecode für das beim Auftraggeber verwendete elektronische Katalogeinkaufssystem (e-Shop) und daher als einziges berechtigt sei, die notwendigen Wartungs- und Entwicklungsarbeiten zu erbringen.

Die BBG beabsichtigt nunmehr, den im Entwurf vorliegenden Wartungsvertrag e-Shop vom 29.7.2010 mit dem diesem zu Grunde liegenden Leistungsvertrag über die allgemeinen Vertragsbedingungen (im Folgenden Neuvertrag) mit der B*** als Sourcecodeinhaber abzuschließen. Vertragsgegenstand soll die Wartung und Weiterentwicklung des e-shops sein. Das Wartungsentgelt soll Euro 92.152,- pro Jahr betragen.

Mit dem Zustandekommen des Neuvertrages mit der B*** soll der derzeit noch aufrechte auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Altvertrag der BBG mit der C*** einvernehmlich aufgelöst werden. Ab diesem Zeitpunkt soll die B*** ihre Leistung samt Wartung nur mehr allein vertreiben und sich hierzu weder eines Subunternehmers noch eines Implementierungspartners bedienen.

Mit Schriftsatz vom 30.8.2010 brachte die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag und einen Feststellungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt I und II wiedergegeben. Weiters wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des BVA vom 6.9.2010, N/0075-BVA/14/2010-EV13, stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt wurde. Weiters wurden Anträge auf Auferlegung der Pauschalgebühren an den Auftraggeber (siehe Spruchpunkt III), auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Akteneinsicht gestellt. In seinem Schriftsatz brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor: Mit Schriftsatz vom

30.8.2010 brachte die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag und einen Feststellungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt römisch eins und römisch zwei wiedergegeben. Weiters wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des BVA vom 6.9.2010, N/0075-BVA/14/2010-EV13, stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt wurde. Weiters wurden Anträge auf Auferlegung der Pauschalgebühren an den Auftraggeber (siehe Spruchpunkt römisch drei), auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Akteneinsicht gestellt. In seinem Schriftsatz brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor:

Der Auftraggeber führe ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durch. Am XXX habe der Auftraggeber im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter der Zl. XXX eine freiwillige ex-ante Transparenzbekanntmachung veröffentlicht, sodass diese dem Antragsteller erstmals an diesem Tag zur Verfügung gestanden sei. Gemäß Punkt V.1.3. der Bekanntmachung solle der Auftrag über ein elektronisches Katalogeinkaufssystem (e-Shop) an die B*** nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden. Der Auftragswert betrage Euro 900.000,--. Gemäß Punkt V.2. der Bekanntmachung sei nur ein Angebot abgegeben worden. Der Auftraggeber führe ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durch. Am römisch 30 habe der Auftraggeber im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter der Zl. römisch 30 eine freiwillige ex-ante Transparenzbekanntmachung veröffentlicht, sodass diese dem Antragsteller erstmals an diesem Tag zur Verfügung gestanden sei. Gemäß Punkt römisch fünf.1.3. der Bekanntmachung solle der Auftrag über ein elektronisches Katalogeinkaufssystem (e-Shop) an die B*** nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden. Der Auftragswert betrage Euro 900.000,--. Gemäß Punkt römisch fünf.2. der Bekanntmachung sei nur ein Angebot abgegeben worden.

Laut telefonischer Auskunft des Auftraggebers werde der Auftrag über einen Zeitraum von fünf Jahren vergeben. Als Tag der Auftragsvergabe sei in Punkt V.1.1. dieser Bekanntmachung der 19.8.2010 angegeben worden. Im Anhang D dieser Bekanntmachung werde angeführt, dass die Dienstleistungen aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Bieter ausgeführt werden könnten. Weiters heiße es: "Das Unternehmen, dem der Zuschlag erteilt werden soll, ist Inhaber der Rechte am Sourcecode für das beim Auftraggeber verwendete elektronische Katalogeinkaufssystem (e-Shop) und ist daher als einziger berechtigt, die notwendigen Wartungs- und Entwicklungsarbeiten zu erbringen". Laut telefonischer Auskunft des Auftraggebers werde der Auftrag über einen Zeitraum von fünf Jahren vergeben. Als Tag der Auftragsvergabe sei in Punkt römisch fünf.1.1. dieser Bekanntmachung der 19.8.2010 angegeben worden. Im Anhang D dieser Bekanntmachung werde angeführt, dass die Dienstleistungen aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Bieter ausgeführt werden könnten. Weiters heiße es: "Das Unternehmen, dem der Zuschlag erteilt werden soll, ist Inhaber der Rechte am Sourcecode für das beim Auftraggeber verwendete elektronische Katalogeinkaufssystem (e-Shop) und ist daher als einziger berechtigt, die notwendigen Wartungs- und Entwicklungsarbeiten zu erbringen".

Die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung für einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich sei nur unter den Voraussetzungen des § 30 Abs. 2 BVergG zulässig. Die Ausnahmetatbestände seien nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH jedoch eng auszulegen und habe der Auftraggeber, der ein Ausnahmeverfahren in Anspruch nehmen wolle, das Vorliegen der rechtfertigenden Umstände darzulegen. Die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung für einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich sei nur unter den Voraussetzungen des Paragraph 30, Absatz 2, BVergG zulässig. Die Ausnahmetatbestände seien nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH jedoch eng auszulegen und habe der Auftraggeber, der ein Ausnahmeverfahren in Anspruch nehmen wolle, das Vorliegen der rechtfertigenden Umstände darzulegen.

Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG sei nur dann möglich, wenn der Dienstleistungsauftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem Unternehmer ausgeführt werden könne. Sinn und Zweck der Ausnahme sei es, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens mit mehreren Bietern sinnlos wäre, wenn der Auftrag tatsächlich nur von einem Unternehmen erbracht werden könnte. Die Heranziehung dieser Ausnahme sei daher nur denkbar, wenn es für den Auftraggeber unbedingt erforderlich sei, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen und nur an dieses zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des BVA dürfe kein anderes Unternehmen die Möglichkeit haben, den Auftrag ebenfalls erfüllen zu können, was nur dann der Fall sei, wenn es für die Leistung auf dem Markt keinen Wettbewerb gebe. Der Auftraggeber mache bei der gegenständlichen Vergabe an

die B*** ein Ausschließlichkeitsrecht geltend und berufe sich darauf, dass die B*** Inhaber der Rechte am Sourcecode für das beim Auftraggeber verwendete elektronische Katalogeinkaufssystem und somit als einzige berechtigt sei, die notwendigen Wartungs- und Entwicklungsarbeiten zu erbringen. Dieses Vorbringen sei jedoch aus folgenden Gründen unzureichend: Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG sei nur dann möglich, wenn der Dienstleistungsauftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem Unternehmer ausgeführt werden könne. Sinn und Zweck der Ausnahme sei es, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens mit mehreren Bietern sinnlos wäre, wenn der Auftrag tatsächlich nur von einem Unternehmen erbracht werden könnte. Die Heranziehung dieser Ausnahme sei daher nur denkbar, wenn es für den Auftraggeber unbedingt erforderlich sei, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen und nur an dieses zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des BVA dürfe kein anderes Unternehmen die Möglichkeit haben, den Auftrag ebenfalls erfüllen zu können, was nur dann der Fall sei, wenn es für die Leistung auf dem Markt keinen Wettbewerb gebe. Der Auftraggeber mache bei der gegenständlichen Vergabe an die B*** ein Ausschließlichkeitsrecht geltend und berufe sich darauf, dass die B*** Inhaber der Rechte am Sourcecode für das beim Auftraggeber verwendete elektronische Katalogeinkaufssystem und somit als einzige berechtigt sei, die notwendigen Wartungs- und Entwicklungsarbeiten zu erbringen. Dieses Vorbringen sei jedoch aus folgenden Gründen unzureichend:

Lediglich aus Anhang D der Bekanntmachung könne geschlossen werden, dass Inhalt der Leistung Wartungs- und Entwicklungsarbeiten am bestehenden elektronischen Katalogeinkaufssystem seien. Nähere Angaben dazu würden an keiner Stelle getroffen werden. In welchem Ausmaß die beiden Leistungsbereiche Wartung und Entwicklungsleistungen jeweils anfallen würden, sei nicht ersichtlich. Ebenso bleibe offen, ob der Auftrag noch andere Dienstleistungen beinhalte. Immerhin sei das Auftragsvolumen mit Euro 900.000,-- ausreichend, um nahezu zwei komplett neue Katalogeinkaufssysteme von Grund auf zu entwickeln, umzusetzen und fünf Jahre zu warten und nicht nur ein bestehendes System fortzuentwickeln und zu warten.

Aufgrund der völlig unklaren und undefinierten Auftragsbeschreibung könne daher keineswegs ausreichend nachvollzogen werden, dass die gesamte Leistung nur von jenem Unternehmen erbracht werden könne, das Inhaber des Sourcecodes sei. Selbst wenn einzelne Entwicklungsarbeiten an der bestehenden Software den Sourcecode erfordern sollten, könne dies keinesfalls rechtfertigen, dass ein Folgeauftrag über Leistungen im Wert von geschätzten Euro 900.000,-- für fünf Jahre unter dem Vorwand der Ausschließlichkeit freihändig vergeben werde. Der Auftraggeber hätte - ausgehend von einer konkreten Leistungsbeschreibung - nachweisen und beweisen müssen, dass kein anderes Unternehmen die Möglichkeit habe, den Auftrag ebenfalls zu erfüllen. Die pauschal getroffene Behauptung des Auftraggebers, dass die Wartungs- und Entwicklungsarbeiten nur vom Inhaber des Sourcecodes erbracht werden könnten, sei schlichtweg falsch. Die Wartungsarbeiten am elektronischen Katalogeinkaufssystem könnten vielmehr von jedem darauf spezialisierten Unternehmen durchgeführt werden. Die Verfügung über den Sourcecode sei für die Systemwartung nicht erforderlich.

Weiters sei die Ausschließlichkeit nicht gegeben. Das Ausschließlichkeitsrecht, etwa den Sourcecode, zu besitzen, sei nicht ausreichend, um von einem Vergabeverfahren abzusehen. Es müsse der Auftraggeber nachweisen, dass die Leistung tatsächlich von keinem anderen Unternehmer erbracht werden könne und eine Ausschreibung daher sinnlos sei. Diese Voraussetzung sei weder behauptet noch bewiesen worden und definitiv nicht gegeben. Der Antragsteller sei in der Lage, das vorhandene Katalogsystem mit dem individuellen Berechtigungssystem innerhalb von zwei Monaten unter aufrechter Betrieb des bisherigen Systems inklusive 5-jähriger Wartung zu einem deutlich niedrigeren Gesamtpreis als Euro 900.000,-- zu ersetzen. Der Antragsteller gehe davon aus, dass alle einschlägigen Marktteilnehmer ebenso in der Lage wären, diese Leistungen zu einem deutlich niedrigeren - als dem vom Auftraggeber geschätzten - Gesamtpreis zu erbringen. Die Investition in die Fortentwicklung eines Altsystems, die doppelt so viel kosten würde, wie die Anschaffung eines neuen Systems, das sich auf dem aktuellen Stand der Technik befinden würde, sei abwegig und extrem unwirtschaftlich. Es sei hinlänglich bekannt, dass sich der Hard- und Softwaremarkt in den letzten Jahren sehr stark weiterentwickelt habe, dass das Leistungsangebot umfangreicher geworden sei und dass sich die Kosten laufend reduziert hätten. Unter Berücksichtigung dieser Umstände hätte der Auftraggeber das elektronische Katalogeinkaufssystem nicht nur neu ausschreiben können, sondern vielmehr neu ausschreiben müssen. Es habe daher keine Notwendigkeit bestanden, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen

zu vergeben. Der Auftraggeber könne auch nicht einwenden, dass es sich um einen Folgeauftrag handle, der vom ursprünglich öffentlich ausgeschriebenen Auftrag aus dem Jahre 2004 gedeckt wäre, da die B*** weder Auftragnehmer noch Subunternehmer des im Jahr 2004 durchgeführten Verfahrens gewesen sei.

Der Antragsteller sei einer der führenden Dienstleister im Bereich ganzheitlicher Softwarelösungen in Österreich. Die Erstellung, Wartung und Entwicklung elektronischer Einkaufssysteme (e-Shop) stelle eines seiner Hauptgeschäftsfelder dar. Der Antragsteller habe daher ein massives Interesse an der Erbringung der verfahrensgegenständlichen Leistungen. Durch die vorliegenden Rechtswidrigkeiten entgehe dem Antragsteller die Möglichkeit einer erfolgreichen Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren, somit auch die Möglichkeit auf Zuschlagserteilung und Erzielung eines angemessenen Gewinns. Zudem entgehe dem Antragsteller durch den Fortbestand der rechtswidrigen Ausschreibung die Chance auf Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren. Bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise des Auftraggebers wäre der Antragsteller in die Lage versetzt, ein kompetitives Angebot abzugeben, das nach den vergaberechtlichen Grundsätzen des fairen und lauten Wettbewerbs und insbesondere dem Anspruch auf Vergleichbarkeit der Angebote, vom Auftraggeber nicht übergangen werden könnte.

Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, auf Festlegung vergabekonformer Zuschlagskriterien, auf Vergleichbarkeit der Angebote, auf Bekanntmachung des Vergabeverfahrens, auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens sowie auf rechtskonforme Prüfung der Angebote und auf Gleichbehandlung der Bieter verletzt. Angefochten werde die rechtswidrige freiwillige ex-ante Transparenzbekanntmachung, die gemäß § 49 Abs. 2 iVm § 2 Z 16 lit a sublit "cc" BVergG eine gesonderte anfechtbare Entscheidung sei. Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, auf Festlegung vergabekonformer Zuschlagskriterien, auf Vergleichbarkeit der Angebote, auf Bekanntmachung des Vergabeverfahrens, auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens sowie auf rechtskonforme Prüfung der Angebote und auf Gleichbehandlung der Bieter verletzt. Angefochten werde die rechtswidrige freiwillige ex-ante Transparenzbekanntmachung, die gemäß Paragraph 49, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sublit "cc" BVergG eine gesonderte anfechtbare Entscheidung sei.

Wie die EBRV 2009 zu § 49 Abs 2 BVergG ausführen würden, werde dem Auftraggeber durch § 49 Abs 2 BVergG die Möglichkeit eingeräumt, "seine 'Zuschlagsentscheidung' in einem Verfahren, das ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde, (freiwillig) bekanntzumachen. "Diese Bekanntgabe bzw. Bekanntmachung der 'Zuschlagsentscheidung' ist - obwohl sie im vorliegenden Kontext freiwillig erfolgt - jedenfalls eine gesonderte anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 lit. a (das Gesetz differenziert nicht, aus welcher Motivation die Bekanntgabe oder Bekanntmachung erfolgt)." Wie die EBRV 2009 zu Paragraph 49, Absatz 2, BVergG ausführen würden, werde dem Auftraggeber durch Paragraph 49, Absatz 2, BVergG die Möglichkeit eingeräumt, "seine 'Zuschlagsentscheidung' in einem Verfahren, das ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde, (freiwillig) bekanntzumachen. "Diese Bekanntgabe bzw. Bekanntmachung der 'Zuschlagsentscheidung' ist - obwohl sie im vorliegenden Kontext freiwillig erfolgt - jedenfalls eine gesonderte anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Litera a, (das Gesetz differenziert nicht, aus welcher Motivation die Bekanntgabe oder Bekanntmachung erfolgt)."

Die freiwillige ex-ante Transparenzbekanntmachung sei am XXX im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht worden. Unter Punkt V.1. dieser Bekanntmachung, "Tag der Auftragsvergabe", habe der Auftraggeber den 19.8.2010 angegeben, somit ein Datum, das vor der Veröffentlichung der Die freiwillige ex-ante Transparenzbekanntmachung sei am römisch 30 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht worden. Unter Punkt römisch fünf.1. dieser Bekanntmachung, "Tag der Auftragsvergabe", habe der Auftraggeber den 19.8.2010 angegeben, somit ein Datum, das vor der Veröffentlichung der

freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung liege. Da das Wesen der

freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung jedoch darin liege, dass die Bekanntmachung vor Auftragsvergabe erfolge, gehe der Antragsteller davon aus, dass am 19.8.2010 lediglich die Zuschlagsentscheidung getroffen worden, der Zuschlag jedoch noch nicht erteilt worden sei.

Der Auftraggeber nahm mit Schriftsatz vom 6.9.2010 zum Nachprüfungsantrag zusammengefasst Stellung wie folgt:

Im Jahr 2004 sei nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung dem damaligen Bestbieter,

der Firma C***, der Zuschlag für die Bereitstellung und die Betriebsüberleitung eines elektronischen Katalogeinkaufssystems ("e-Shop") erteilt worden. Der Vertrag (im Folgenden Altvertrag) vom 29.3.2005 sei auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden.

Vertragsgegenstand sei die schlüsselfertige Bereitstellung und die Betriebsüberleitung eines web-basierenden elektronischen Katalogeinkaufssystems, vorwiegend auf Basis einer Standardsoftware auf Grundlage der in den Leistungsverzeichnissen geforderten Funktionalitäten.

Hinsichtlich der Immaterialgüterrechte sei im Punkt 2.1 des Altvertrages vorgesehen, dass für die im Rahmen des Projektes zum Einsatz kommende Individualsoftware und projektspezifischen Softwareerweiterungen der Sourcecode zu hinterlegen und Softwareprodukte von namhaft gemachten Sublieferanten, die zugleich Hersteller der Software seien, ebenfalls zu hinterlegen seien. Die Hinterlegung erfolge jeweils durch Abschluss einer entsprechenden Escrow-Vereinbarung.

Gemäß Punkt 2.3 des Altvertrages habe der Auftraggeber das nicht ausschließliche Verwertungsrecht an Systemerweiterungen, Anpassungen und Individualprogrammierungen. Ausgenommen hiervon seien Systemerweiterungen, Anpassungen und Individualprogrammierungen, sofern diese Systemerweiterungen, Anpassungen und Individualprogrammierungen in die Standardsoftware aufgenommen würden. Im letzteren Fall habe der Auftragnehmer das ausschließliche Verwertungsrecht. Der Auftraggeber habe gemäß der zitierten Vertragsbestimmung weiters zwar das uneingeschränkte und unbefristete, nicht aber das ausschließliche Nutzungsrecht an der Standardsoftware, an projektspezifischen Erweiterungen an dieser und an Individualentwicklungen.

Die Firma C*** habe sich bei der Erfüllung des Altvertrages eines Subunternehmers, der D***, bedient, die insbesondere die geschuldete Softwareentwicklung (insbesondere "Impact Odering") durchgeführt habe. Die Arbeiten der D*** seien durch ihre Niederlassung in XXX mit ihren im Durchschnitt 15 Mitarbeitern erbracht worden. Die Niederlassung in XXX sei zwischenzeitlich von der D*** "abgespalten" und daraus die B*** gegründet worden. Die B*** bestehe sohin aus denselben Mitarbeitern bzw derselben Anzahl von Mitarbeitern, die in der Niederlassung der vormaligen D*** beschäftigt gewesen seien. Die Firma C*** habe sich bei der Erfüllung des Altvertrages eines Subunternehmers, der D***, bedient, die insbesondere die geschuldete Softwareentwicklung (insbesondere "Impact Odering") durchgeführt habe. Die Arbeiten der D*** seien durch ihre Niederlassung in römisch 30 mit ihren im Durchschnitt 15 Mitarbeitern erbracht worden. Die Niederlassung in römisch 30 sei zwischenzeitlich von der D*** "abgespalten" und daraus die B*** gegründet worden. Die B*** bestehe sohin aus denselben Mitarbeitern bzw derselben Anzahl von Mitarbeitern, die in der Niederlassung der vormaligen D*** beschäftigt gewesen seien.

Der Quellcode für das von der D*** als Subunternehmer der C*** für den Auftraggeber entwickelte Produkt Impact Ordering sei im Rahmen der Neugründung der B*** auf diese übertragen worden. Folglich sei die B*** nunmehr Eigentümer des urheberrechtlich geschützten Sourcecodes. Da zwischenzeitlich die Implementierungsphase beendet und großteils Wartungsleistungen ausständig seien und der Altvertrag überwiegend durch die D*** - Niederlassung XXX erfüllt worden sei, gebe es Konsens zwischen der C*** und dem Auftraggeber, den derzeit nach wie vor aufrechten und voll gültigen Vertrag mit C*** einvernehmlich aufzulösen und die Leistungen von der B*** zu beziehen. Der Quellcode für das von der D*** als Subunternehmer der C*** für den Auftraggeber entwickelte Produkt Impact Ordering sei im Rahmen der Neugründung der B*** auf diese übertragen worden. Folglich sei die B*** nunmehr Eigentümer des urheberrechtlich geschützten Sourcecodes. Da zwischenzeitlich die Implementierungsphase beendet und großteils Wartungsleistungen ausständig seien und der Altvertrag überwiegend durch die D*** - Niederlassung römisch 30 erfüllt worden sei, gebe es Konsens zwischen der C*** und dem Auftraggeber, den derzeit nach wie vor aufrechten und voll gültigen Vertrag mit C*** einvernehmlich aufzulösen und die Leistungen von der B*** zu beziehen.

Die B*** sei als (Teil-)rechtsnachfolger der D*** Alleineigentümer des Sourcecodes, sodass sich der Auftraggeber für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG entschieden habe. Die B*** sei die einzig Verfügungsberechtigte über den Quellcode, sodass sie als einziges Unternehmen in der Lage sei, die in Hinkunft notwendigen Systemerweiterungen sowie Wartungsarbeiten an dem vom Auftraggeber betriebenen e-Shop durchzuführen. Die B*** sei als (Teil-)rechtsnachfolger der D*** Alleineigentümer des Sourcecodes, sodass sich der Auftraggeber für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige

Bekanntmachung gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG entschieden habe. Die B*** sei die einzig Verfügungsberechtigte über den Quellcode, sodass sie als einziges Unternehmen in der Lage sei, die in Hinkunft notwendigen Systemerweiterungen sowie Wartungsarbeiten an dem vom Auftraggeber betriebenen e-Shop durchzuführen.

Auftragsgegenständlich sei die Wartung für das elektronische Katalogeinkaufssystem für eine Minstdauer von fünf Jahren. Weiters seien die Beratung und Weiterentwicklung des e-Shops geschuldet. Der Auftraggeber beabsichtige deshalb, den Wartungsvertrag e-Shop samt den diesem zugrunde liegenden allgemeinen Vertragsbedingungen (Leistungsvertrag) mit dem Sourcecodeinhaber, der B*** zu schließen.

Die Bekanntmachung gemäß § 49 Abs. 2 BVergG sei am 19.8.2010 an die Kommission unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars übermittelt und am XXX im Amtsblatt veröffentlicht worden. Bis dato sei noch kein Vertrag mit der B*** abgeschlossen worden. Die Bekanntmachung gemäß Paragraph 49, Absatz 2, BVergG sei am 19.8.2010 an die Kommission unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars übermittelt und am römisch 30 im Amtsblatt veröffentlicht worden. Bis dato sei noch kein Vertrag mit der B*** abgeschlossen worden.

Die Voraussetzungen für die Anwendung des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG, wonach Dienstleistungsaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden dürften, wenn der Dienstleistungsauftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden könne, seien gegeben. Die Voraussetzungen für die Anwendung des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG, wonach Dienstleistungsaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden dürften, wenn der Dienstleistungsauftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden könne, seien gegeben.

Es sei unbedingt erforderlich, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen, nämlich die B*** zu vergeben (EuGH 18.5.1995, Rs C-57/94, Kommission/Italien). Weiters würden technische Interferenzen dazu führen, dass die Ausführung der Arbeiten nur diesem genannten Unternehmen übertragen werden könne.

Die Ausführungen des Antragstellers, wonach für die Systemwartung der Sourcecode nicht erforderlich sei, seien schlichtwegs unzutreffend. Die Softwarewartung diene in der Regel dazu, die Verwendbarkeit und Betriebssicherheit der Software zu erhalten und das Produkt weiter zu entwickeln und auf dem aktuellen Stand der technischen Entwicklung zu halten. Um ein Softwareprodukt wie Impact Ordering zu warten bzw. weiter zu entwickeln, bedürfe es des Zugriffs auf den Quellcode der Software, um Anpassungen und Erweiterungen am Softwarecode vorzunehmen.

Mit dem Erwerb von Impact Ordering habe der Auftraggeber weder Eigentumsnoch Verwertungsrechte, sondern ausschließlich ein Nutzungsrecht an der Software erworben. Dem Auftraggeber oder einem Dritten sei es folglich nicht gestattet, direkt an der Software Änderungen vorzunehmen. Die Wartung von Impact Ordering könne somit ausschließlich von der B*** als Nachfolger des Herstellers und Inhaber der Eigentumsrechte an Impact Ordering erbracht werden. Der Quellcode von Impact Ordering sei urheberrechtlich geschützt und Eigentum der B***.

Zum Vorbringen des Antragstellers, wonach dieser das vorhandene Katalogsystem zu einem Gesamtpreis von höchstens Euro 500.000,- inkl. einem 5-jährigem Wartungsvertrag ersetzen könne, ist festzuhalten, dass es dem Auftraggeber nicht zumutbar sei, das verfahrensgegenständliche System auszutauschen und durch ein neues System zu ersetzen. Eine solche Vorgangsweise werde weder durch das Gesetz noch durch die Judikatur gefordert. Es stehe dem Auftraggeber im Gegenteil grundsätzlich frei, sich für eine bestimmte technische Systemlösung zu entscheiden, die seiner Ansicht nach seinem Bedarf am besten entspreche. Der Auftraggeber müsse sich von Alternativen Anbietern keine andere technische Systemlösung aufzwingen lassen.

Durch die Übertragung vom Vermögen der D*** auf die B*** sei letztere bereits aus gesellschaftsrechtlicher Sicht für die Rechte und Verbindlichkeiten der D*** haftbar, sodass grundsätzlich lediglich ein zulässiger, durch Unternehmensnachfolge bedingter Subunternehmerwechsel vorliege. Im Übrigen sei im Austausch der C*** durch die B*** lediglich eine Neuorganisation des Vertragspartners und folglich eine unwesentliche und vergaberechtlich zulässige Vertragsänderung zu sehen.

Sollte die Vergabe nicht an die B*** erfolgen können, würde der Altvertrag C*** über die Wartungs- und Systemerweiterungsarbeiten nicht aufgelöst werden. Es sei daher nicht ersichtlich, worin ein Schaden für den Antragsteller liegen sollte.

Mit Schriftsatz vom 8.9.2010 erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger, die B***, vertreten durch Y***, begründete Einwendungen im Sinne des § 324 Abs. 3 BVergG: Mit Schriftsatz vom 8.9.2010 erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger, die B***, vertreten durch Y***, begründete Einwendungen im Sinne des Paragraph 324, Absatz 3, BVergG:

Ausschreibungsgegenstand seien Wartungs- und Entwicklungsarbeiten an dem vom Auftraggeber verwendeten elektronischen Katalogeinkaufssystem ("e-Shop"). Die diesem zugrunde liegenden Software Impact Ordering sei eine vielfach lizenzierte Standardsoftware und stehe im Eigentum der B***. Die Software (insbesondere aber der eigentliche Programmcode, "Sourcecode") genieße urheberrechtlichen Schutz.

Der Auftraggeber habe die betreffende Software Impact Ordering im Rahmen eines Vergabeverfahrens im Jahr 2004 erworben, wobei Kern der von C*** damals angebotenen Lösung die hier in Rede stehende Standardsoftware gewesen sei. Demgemäß sei bereits damals die D*** im Angebot der C*** als Softwarelieferant und Subunternehmer benannt gewesen. Der Vertrag zwischen dem Auftraggeber und der C*** sei am 19.3.2005 geschlossen worden. Bereits damals sei die C*** als Generalunternehmer ausschließlich Lizenzmittler gewesen und somit - wie dies beim Verkauf von Standardsoftware üblich sei - selbst niemals Inhaber der Software Impact Ordering geworden.

Die Rechte an der Software Impact Ordering seien im Rahmen einer weltweiten Reorganisation der D*** Gruppe an die B***, als neu gegründete Gesellschaft und nunmehrige Schwestergesellschaft der D*** übergegangen. Die B***, eine 100-prozentige Tochter des D*** Konzerns, sei somit heute Inhaber der vom Auftraggeber zum Betrieb seines elektronischen Katalogeinkaufssystems ("e-Shop") verwendeten Standardsoftware.

Der Auftraggeber habe im Rahmen des Altvertrages weder Eigentums- noch Verwertungsrechte an der Software Impact Ordering, sondern ausschließlich ein Nutzungsrecht erworben. Vor allem sei dem Auftraggeber kein Bearbeitungsrecht und auch kein Recht zum Zugriff auf den Sourcecode eingeräumt worden. Weder dem Auftraggeber noch einem Dritten sei es demnach gestattet, direkt an der Software Änderungen vorzunehmen. Das Recht zur Bearbeitung der Software und damit auch das Recht, in den Sourcecode einzugreifen, liege damit nach wie vor ausschließlich beim Softwarehersteller.

Zwar sei im damals geschlossenen Altvertrag eine Klausel enthalten gewesen, dass für den Fall, dass Systemerweiterungen, Anpassungen oder Individualprogrammierungen keinen Eingang in die Standardsoftware finden würden, der Auftraggeber das nicht ausschließliche Verwertungsrecht an diesen Leistungen erhalte. De facto seien jedoch alle Adaptierungen der Software in die Standardsoftware aufgenommen worden, weshalb hinsichtlich aller Bestandteile der Software das ausschließliche Verwertungsrecht bei der B*** gelegen sei.

Punkt XVI ("Rechtsnachfolge") des ursprünglichen Vertrages eröffne die Möglichkeit, sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag - nach Zustimmung des Auftraggebers - auf einen Dritten zu überbinden. Punkt römisch sechzehn ("Rechtsnachfolge") des ursprünglichen Vertrages eröffne die Möglichkeit, sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag - nach Zustimmung des Auftraggebers - auf einen Dritten zu überbinden.

Der Auftraggeber habe die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** am 19.8.2010 getroffen.

In weiterer Folge habe der Auftraggeber gemäß § 49 Abs. 2 BVergG von der Möglichkeit der freiwilligen Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung Gebrauch gemacht und am 19.8.2010 eine freiwillige ex-ante-Transparenzbekanntmachung an die Kommission abgesendet. Diese sei am XXX im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Nummer XXX veröffentlicht worden. Wie in dem verwendeten Standardformular vorgesehen, habe der Auftraggeber die Gründe für die Wahl des Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung angegeben. In weiterer Folge habe der Auftraggeber gemäß Paragraph 49, Absatz 2, BVergG von der Möglichkeit der freiwilligen Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung Gebrauch gemacht und am 19.8.2010 eine freiwillige ex-ante-Transparenzbekanntmachung an die Kommission abgesendet. Diese sei am römisch 30 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Nummer römisch 30 veröffentlicht worden. Wie in dem verwendeten Standardformular vorgesehen, habe der Auftraggeber die Gründe für die Wahl des Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung angegeben.

Die angefochtene freiwillige ex-anteTransparenzbekanntmachung sei gemäß § 2 Z 16 lit a BVergG keine gesondert anfechtbare Entscheidung, da die in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gesondert anfechtbaren Entscheidungen in § 2 Z 16 lit a sublit ee BVergG abschließend aufgezählt seien. Eine darin genannte gesondert anfechtbare Entscheidung - etwa die Zuschlagsentscheidung selbst - werde nicht bekämpft. Die angefochtene freiwillige ex-anteTransparenzbekanntmachung sei gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG keine gesondert anfechtbare Entscheidung, da die in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gesondert anfechtbaren Entscheidungen in Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG abschließend aufgezählt seien. Eine darin genannte gesondert anfechtbare Entscheidung - etwa die Zuschlagsentscheidung selbst - werde nicht bekämpft.

Dem Antragsteller fehle es an der Antragslegitimation, da er auf Grund des Ausschließlichkeitsrechtes der B*** an ihrer Software niemals in der Lage wäre, den gegenständlichen Auftrag, nämlich die Wartung und Weiterentwicklung der beim Auftraggeber im Einsatz befindlichen Software Impact Ordering auszuführen.

Eine Berufung auf die Ausnahmebestimmung des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG sei etwa dann nicht möglich, wenn Dritte über Lizenzen zur Nutzung eines solchen ausschließlichen Rechtes verfügen oder derartige Lizenzen in angemessener Weise erlangen könnten. Es sei nämlich auch erforderlich, dass die in Rede stehende Leistung nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden könne. Davon sei insbesondere auszugehen, wenn es für die zur erbringende Leistung auf dem Markt keinen Wettbewerb gebe (EuGH Rs C- 328/92, Kommission gegen Spanien). Eine Berufung auf die Ausnahmebestimmung des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG sei etwa dann nicht möglich, wenn Dritte über Lizenzen zur Nutzung eines solchen ausschließlichen Rechtes verfügen oder derartige Lizenzen in angemessener Weise erlangen könnten. Es sei nämlich auch erforderlich, dass die in Rede stehende Leistung nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden könne. Davon sei insbesondere auszugehen, wenn es für die zur erbringende Leistung auf dem Markt keinen Wettbewerb gebe (EuGH Rs C- 328/92, Kommission gegen Spanien).

Im gegenständlichen Fall gebe es auf dem Markt jedoch gerade keinen Wettbewerb um die Leistung der Wartung und Weiterentwicklung der Software Impact Ordering, insbesondere hinsichtlich jener auftragsgegenständlichen Wartungs- und Entwicklungsdienstleistungen, für die ein Zugriff auf bzw. Eingriff in den Source-Code erforderlich sei.

Wenngleich also anderen Unternehmen Nutzungsrechte an der in Rede stehenden Software eingeräumt worden seien, verfüge ausschließlich die B*** über das Recht zur Bearbeitung und Veränderung des Sourcecodes ihrer Software. Die auftragsgegenständlichen Leistungen könnten aufgrund des Ausschließlichkeitsrechtes der B*** daher nur von dieser erbracht werden. "Impact Ordering" sei bereits vor Implementierung bei der BBG von zahlreichen Unternehmen eingesetzt worden und werde von D*** (nunmehr B***) ständig weiterentwickelt und am aktuellsten Stand gehalten. So seien im Laufe der Zeit zusätzliche Funktionen integriert worden und zwar in der Form, dass der Sourcecode von Impact Ordering entsprechend geändert worden sei. Damit seien auch diese Erweiterungen in den Standard integriert worden.

Es liege auf der Hand, dass der Auftraggeber dieses Produkt, für das er über ein zeitlich unbeschränktes Nutzungsrecht verfüge, nicht ohne weiteres austauschen wolle. Damit sei klar, dass der Auftraggeber die Wartung dieser Standardsoftware benötige, ebenso die Möglichkeit, wie schon bisher, allfällige neue Funktionalitäten in diese Standardsoftware zu integrieren.

Unter dem Begriff "Softwarewartung" seien nach der einschlägigen Definition der IEE "die Veränderung eines Softwareprodukts nach dessen Auslieferung, um Fehler zu beheben, Performanz oder andere Attribute zu verbessern oder Anpassungen an die veränderte Umgebung vorzunehmen", zu verstehen.

Werde kein Wartungsvertrag abgeschlossen, so veralte die beim konkreten User implementierte Software. Seit Impact Ordering im e-Shop des Auftraggebers implementiert worden sei, habe sich der Code dieser Software maßgeblich geändert.

Es sei üblich, dass sich Standardsoftwarehersteller die Bearbeitung und Weiterentwicklung ihrer Software und damit auch die Wartung vorbehalten würden.

Es bestehe keine Pflicht des Auftraggebers, eine neue Software anzuschaffen anstatt eine bereits vorhandene Software warten zu lassen.

Der Ausnahmetatbestand, auf den sich der Auftraggeber zur Begründung seiner Verfahrenswahl stütze, knüpfe

ausschließlich daran an, ob Ausschließlichkeitsrechte der Leistungserbringung durch andere Unternehmen entgegen stehen würden. Dies unabhängig davon, wer allenfalls früher Vertragspartner anderer Leistungen gewesen sei oder ob diese Leistungen früher im Rahmen einer Generalunternehmerbeauftragung von einem Subunternehmer erbracht worden seien. Die Verfahrenswahl sei durch bestehende Ausschließlichkeitsrechte am Sourcecode gerechtfertigt. Die B*** habe von der D*** all deren Rechte an der Software Impact Ordering sowie die gesamte mit dieser Software befasste Belegschaft der D*** übernommen.

Mit Schriftsatz vom 15.9.2010 erstattete der Antragsteller eine Replik zur Stellungnahme des Auftraggebers vom 6.9.2010 und zu den begründeten Einwendungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom 8.9.2010:

Neben dem Ausschließlichkeitsrecht der B*** würden auch technische Gründe für die geplante Vergabe im Sinne des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG nicht vorliegen. Der Auftraggeber behaupte nur vage, dass technische Interferenzen zu erwarten seien. An keiner Stelle werde konkret dargelegt, welche unüberwindlichen technischen Interferenzen auftreten würden, würde die Wartung durch einen Dritten erfolgen. Die gegenständliche Wartungsleistung der Standardsoftware Impact Ordering könne auch ohne Sourcecode von jedem darauf spezialisierten Unternehmen durchgeführt werden, ohne dabei in Urheberrechte einzugreifen. Neben dem Ausschließlichkeitsrecht der B*** würden auch technische Gründe für die geplante Vergabe im Sinne des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG nicht vorliegen. Der Auftraggeber behaupte nur vage, dass technische Interferenzen zu erwarten seien. An keiner Stelle werde konkret dargelegt, welche unüberwindlichen technischen Interferenzen auftreten würden, würde die Wartung durch einen Dritten erfolgen. Die gegenständliche Wartungsleistung der Standardsoftware Impact Ordering könne auch ohne Sourcecode von jedem darauf spezialisierten Unternehmen durchgeführt werden, ohne dabei in Urheberrechte einzugreifen.

Es liege kein Ausschließlichkeitsrecht vor. Die unterschiedslose Anwendung des Ausnahmetatbestandes auf das gesamte Leistungspaket sei jedenfalls unzulässig. Weder Auftraggeber noch präsumtiver Zuschlagsempfänger hätten bis jetzt beweisen können, dass die Wartungs- und Entwicklungsarbeiten in ihrer Gesamtheit im Auftragsvolumen von Euro 900.000,-- nur mit Sourcecode erbracht werden könnten.

Die Dienstleistung der Softwarewartung sei generell nur in sehr beschränktem Ausmaß dem Sourcecodeinhaber vorbehalten. Der überwiegende Teil sei reine Datenwartung und greife nicht in die Software ein. Sollte diese Datenverwaltungsleistung nicht umfasst sein, sei der hohe Auftragswert nicht erklärbar. Es seien Dienstleistungen im Leistungsbild enthalten, die keineswegs vom Sourcecode abhängig seien. Die Vielfalt der vom Begriff "Softwarewartung" umfassten Dienstleistungen sei konkret zu beschreiben, um im Einzelnen feststellen zu können, ob diese jeweils tatsächlich nur mit Sourcecode erbracht werden könnten. Die von der Judikatur geforderte Voraussetzung, dass es neben dem bestehenden Ausschließlichkeitsrecht für die betreffende Leistung auf dem Markt keinen Wettbewerb geben dürfe, sei jedenfalls für alle jene auftragsgegenständlichen Leistungen nicht gegeben, für die kein Sourcecode erforderlich sei.

Systemspezifische Vorgaben seien dann sachlich nicht gerechtfertigt, wenn die Ablöse eines bestehenden Systems angeboten werden könne. Es sei daher vergaberechtlich sehr wohl von Relevanz, dass der Antragsteller das vorhandene Katalogsystem inklusive fünfjähriger Wartung zu einem Gesamtpreis von höchstens Euro 500.000,-- zu ersetzen in der Lage wäre.

Der Auftrag solle vom Auftragnehmer C*** auf die Schwestergesellschaft (B***) des Subunternehmers (D***) übergehen. Es handle sich hierbei um keine bloße Neuorganisation des Vertragspartners, sodass eine Neuausschreibungspflicht bestehen würde. Auch liege kein bloßer Subunternehmerwechsel im Rahmen eines Vertragsverhältnisses vor, da der bisherige Auftragnehmer (C***) nicht derselbe bleibe, sondern die B*** an dessen Stelle treten solle.

Die vom Antragsteller angefochtene freiwillige- ex ante Transparenzbekanntmachung in diesem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung sei mit der Zuschlagsentscheidung gleichzusetzen. Es handle sich dabei um die nach außen hin in Erscheinung tretende Entscheidung des Auftraggebers, wem der Zuschlag erteilt werden solle. Eine andere Zuschlagsentscheidung die angefochten werden könnte, gebe es nicht. Vergleiche auch die Gesetzesmaterialien zu § 49 BVergG (EBRV 327 Blg NR XXV GP, 15 f), wonach unter Bekanntgabe bzw. Bekanntmachung der "Zuschlagsentscheidung" jedenfalls eine gesondert anfechtbare Entscheidung zu verstehen sei. Die vom Antragsteller angefochtene freiwillige- ex ante Transparenzbekanntmachung in diesem Vergabeverfahren

ohne vorherige Bekanntmachung sei mit der Zuschlagsentscheidung gleichzusetzen. Es handle sich dabei um die nach außen hin in Erscheinung tretende Entscheidung des Auftraggebers, wem der Zuschlag erteilt werden solle. Eine andere Zuschlagsentscheidung die angefochten werden könnte, gebe es nicht. Vergleiche auch die Gesetzesmaterialien zu Paragraph 49, BVergG (EBRV 327 Blg NR römisch 25 GP, 15 f), wonach unter Bekanntgabe bzw. Bekanntmachung der "Zuschlagsentscheidung" jedenfalls eine gesondert anfechtbare Entscheidung zu verstehen sei.

Zur Beurteilung der Frage, ob die auftragsgegenständlichen Leistungen ausschließlich von einem bestimmten Unternehmer (konkret der B***) erbracht werden könnten, wurde zur Klärung der damit im Zusammenhang stehenden ITtechnischen Fragen mit Bescheid des BVA vom 28.9.2010, GZ N/0075- BVA/14/2010-30, S*** zum nichtamtlichen Sachverständigen gemäß § 52 Abs 2 AVG bestellt. Zur Beurteilung der Frage, ob die auftragsgegenständlichen Leistungen ausschließlich von einem bestimmten Unternehmer (konkret der B***) erbracht werden könnten, wurde zur Klärung der damit im Zusammenhang stehenden ITtechnischen Fragen mit Bescheid des BVA vom 28.9.2010, GZ N/0075- BVA/14/2010-30, S*** zum nichtamtlichen Sachverständigen gemäß Paragraph 52, Absatz 2, AVG bestellt.

Der Sachverständige übermittelte dem Bundesvergabeamt am 28.10.2010 Befund und Gutachten:

Die Ausführungen des Sachverständigen zur Befundaufnahme werden im Folgenden auszugsweise wiedergegeben:

[...]

Die dem E-Shop der BBG zugrunde liegende Software Impact Ordering ist in der Programmiersprache Java geschrieben.

[...]

B*** verfolgt die Politik, alle Adaptierungen des Sourcecodes in das Standardprodukt zu integrieren, was auch mit den Anforderungen der BBG geschah.

[...]

Erörtert wurde die Anlage 4 des (neuen) Vertrages: "Aufgabenverteilung Zusammenarbeit HH BBG 190810.pdf" (Excel-Tabelle mit dem Titel "Aufgabenverteilung"). In dieser Tabelle werden die Aufgaben für den Weiterbetrieb des E-Shop geregelt. Ein Kreuz in den Spalten BBG, B***, BRZ bzw. Dritte bedeutet, dass der jeweilige Partner diese Aufgabe zu erledigen habe. Die antragstellende A*** behauptet in ihrem Nachprüfungsantrag in Pkt. 8.1 auf Seite 11 ja, die vertragsgegenständlichen Arbeiten könnten ohne Sourcecode erbracht werden und führt im SS vom 15.9.2010 Seite 5 aus, Datenwartung sowie first- und second-level Support (Wartung) könne auch ohne Sourcecode durchgeführt werden. In der Unterlage "Aufgabenverteilung" ist unter der Aufgabengruppe "Kommunikation" in den Zeilen "Bereitstellung Hotline Enduser 1st Level Support (BBG- Kunden)" und "Bereitstellung Hotline Enduser Administratoren 2nd Level Support (BBG-Kunden)" ein Kreuz in der Spalte BBG zu finden. Diese Aufgaben sind also nicht Auftragsbestandteil sondern durch die BBG selbst zu erledigen. Ebenso findet sich in der Unterlage "Aufgabenverteilung" in der Aufgabengruppe "Administration" für die Zeile "Katalogmanagement" das Kreuz in der Spalte

"BBG".

Besprochen wurde weiters, ob die B*** für das Produkt Impact Ordering Vertriebs- oder Implementierungspartner hätte, was verneint wurde. Auch auf der Website von B*** (XXX, abgerufen am 13.10.2010 durch den SV) konnte kein Hinweis auf Implementierungspartner gefunden werden. Auf Befragen durch den SV erklärten die Herren von B*** auch, dass sie im Fall einer neuerlichen Anfrage durch C*** nicht als Subunternehmer zur Verfügung stünden. Im Falle des Vergabeverfahrens 2004 hätte das Vorgängerunternehmen D*** auf eine entsprechende Anfrage deshalb reagiert, da man sich die Acquis eines Neukunden erhoffte. Besprochen wurde weiters, ob die B*** für das Produkt Impact Ordering Vertriebs- oder Implementierungspartner hätte, was verneint wurde. Auch auf der Website von B*** (römisch 30, abgerufen am 13.10.2010 durch den SV) konnte kein Hinweis auf Implementierungspartner gefunden werden. Auf Befragen durch den SV erklärten die Herren von B*** auch, dass sie im Fall einer neuerlichen Anfrage

durch C*** nicht als Subunternehmer zur Verfügung stünden. Im Falle des Vergabeverfahrens 2004 hätte das Vorgängerunternehmen D*** auf eine entsprechende Anfrage deshalb reagiert, da man sich die Acquis eines Neukunden erhoffte.

Ergänzender Befund zur Notwendigkeit des Sourcecodes Allgemein ist dazu festzuhalten, dass Software in der Regel in zwei Formen existiert, einmal als sogenannter "Source Code" (zu Deutsch Quellcode) und einmal als sogenannter Maschinencode.

Die erste Form ist (halbwegs) menschenlesbarer Text (vgl dazu den Screenshot auf der vorigen Seite dieses Gutachtens) und stellt die Form der Software dar, die durch Programmierer mit vernünftigen Aufwand bearbeitet werden kann. Die zweite Form ist (halbwegs) maschinenlesbarer Text vergleiche dazu den Screenshot auf der vorigen Seite dieses Gutachtens) und stellt die Form der Software dar, die durch Programmierer mit vernünftigen Aufwand bearbeitet werden kann.

Aus der ersten Form, dem Source Code wird durch maschinelle Übersetzung ein Maschinencode erzeugt, der von einem EDV-System effizienter verarbeitet werden kann. Im vorliegenden Fall wird aus dem Java-Sourcecode ein Pseudo-Maschinencode erzeugt, der theoretisch - rein technisch und nicht urheberrechtlich gesprochen (vgl § 40e UrhG! aber auch § 40a UrhG) - in eine Art Sourcecode zurückübersetzt (dekompiliert) werden könnte und so notdürftig bearbeitet werden könnte. Aus der zweiten Form, dem Maschinencode wird durch maschinelle Übersetzung ein Sourcecode erzeugt, der von einem EDV-System effizienter verarbeitet werden kann. Im vorliegenden Fall wird aus dem Java-Maschinencode ein Pseudo-Sourcecode erzeugt, der theoretisch - rein technisch und nicht urheberrechtlich gesprochen vergleiche Paragraph 40 e, UrhG! aber auch Paragraph 40 a, UrhG) - in eine Art Sourcecode zurückübersetzt (dekompiliert) werden könnte und so notdürftig bearbeitet werden könnte.

In der dekompierten Form eines Java-Codes finden sich idR keine sinnvollen Variablennamen udgl, sodass die Bearbeitung äußerst mühsam ist.

Durch den SV wurde die Anlage 4 des (neuen) Vertrages: "Aufgabenverteilung Zusammenarbeit HH BBG 190810.pdf (Excel-Tabelle mit dem Titel "Aufgabenverteilung") nochmals unter dem Gesichtspunkt "Notwendigkeit des Sourcecodes für Tätigkeiten der B***" durchgesehen. Diese Tabelle ist in Spalte 1 "Kategorie" mit blauen Gruppenbezeichnungen der Tätigkeiten gegliedert. In Spalte "Aufgabe" findet sich dann die Tätigkeit selbst. Ein Kreuz in der Spalte 4 "B***" bedeutet, dass dies eine Aufgabe (auch) von B*** sein soll.

Die Tätigkeiten in den Kategorien "Kommunikation/JF" (JF = Jour Fixe) und "Bugfixing" befassen sich mit der Projektsteuerung. Dazu ist offenbar der Source nicht notwendig.

In der Kategorie "Administration" hat B*** keine Aufgaben zu erfüllen.

In der Kategorie "Schnittstellen" hat B*** die Aufgabe, die Schnittstellen zum SAP-System des Bundes einzurichten und zu testen. Für das Einrichten wird nach der Erfahrung des Sachverständigen der Sourcecode in vielen Fällen notwendig sein, da ja die internen Datenformate von Impact Ordering an die von SAP angepasst werden müssen.

Die Aufgaben "Releasenotes" und "Betriebshandbuch" in der Kategorie Dokumentation könnten ohne Sourcecode erledigt werden. Die Pflege der "Onlinehilfe" und der "Schnittstellendokumentation" wird wohl ohne Kenntnis des Systems nicht sinnvoll möglich sein.

Die Aufgaben "Kleinere Softwareanpassungen", "Entwicklung von Anpassungen", "Zusammenstellen evtl. notwendigen Infos für das BRZ für das Einspielen des Builds", "Aufbau automatisierter Testszenerarien für Standardtests" sind ohne Zugriff auf den Sourcecode nicht durchführbar. Die übrigen Aufgaben in dieser Kategorie erfordern zwar nicht den Zugriff auf den Sourcecode, werden aber in der Regel vom selben Dienstleister erbracht, der auch die Sourcecode-nahen Tätigkeiten erbringt, da sie ohne detaillierte Informationen zu den übrigen Aufgaben nicht erbracht werden können.

In der Kategorie "Training" hat B*** keine Aufgaben zu erfüllen.

Die Aufgaben in der Kategorie "Performancetest" können ohne Sourcecode erledigt werden.

In den übrigen Kategorien hat B*** offenbar keine Aufgaben. Das Kreuz bei "Performanter Remote Zugang (VPN) mit Administrator-Rechten für OS und DBMS installiert und Möglichkeit des Datei-Transfers (via VPN oder FTP) für berechnete D*** Mitarbeiter verfügbar" bedeutet offenbar nur, dass B*** in seinen Lokationen die entsprechenden

Netzzugänge bereitstellen muss.

Befund zur Rechteverteilung an der Software und dem Vorliegen des Sourcecodes

Zu den Immaterialgüterrechten an der E-Shop-Lösung enthielt die Unterlage "Vergabe eines Dienstleistungsauftrages über die Bereitstellung und Betriebsüberleitung eines elektronischen Katalogeinkaufssystems im Verhandlungsverfahren, GZ 3600.00111, Teil II, 2. Änderung, Allgemeine Zu den Immaterialgüterrechten an der E-Shop-Lösung enthielt die Unterlage "Vergabe eines Dienstleistungsauftrages über die Bereitstellung und Betriebsüberleitung eines elektronischen Katalogeinkaufssystems im Verhandlungsverfahren, GZ 3600.00111, Teil römisch zwei, 2. Änderung, Allgemeine

Vertragsbedingungen, Stand: 3. November 2004" in Punkt IX Rechtseinräumung, Vertragsbedingungen, Stand: 3. November 2004" in Punkt römisch neun Rechtseinräumung,

Unterpunkt 2 Immaterialgüterrechte, Subpunkt 2.1 Allgemeines, die Regelung:

"Ergänzend zu Punkt 3.2. AVB-IT wird folgendes vereinbart:

An Ausarbeitungen, Internet-Inhalten, Individualsoftwarekomponenten, Makros, Applets o. Ä. und individuell angefertigten Softwareanpassungen, die vom Auftragnehmer u. U. in Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber erstellt werden, erwirbt der Auftraggeber unabhängig von der Laufzeit dieses Vertrages weltweit alle jetzt bekannten und zukünftig bekannt werdenden immaterialgüterrechtlichen nicht ausschließlichen Nutzungs- und Verwertungsrechte wie sie sich z. B. aus Urheberrecht, Patentrecht, Gebrauchsmusterschutz oder Trade Secret Law ergeben und ist zu notwendigen Anmeldungen für die Erlangung von Schutzrechten und zur Übertragung aller oder einzelner Rechte an Dritte ohne Zustimmung des Auftragnehmers berechtigt.

.....

Abweichend zu Punkt 2.8 AVB-IT wird folgendes vereinbart:

Für die im Rahmen des Projektes zum Einsatz kommende Individual-Software und projektspezifische Softwareerweiterungen ist der Sourcecode zu hinterlegen Softwareprodukte von namhaftgemachten Sublieferanten, die zugleich Hersteller der Software sind, sind ebenfalls zu hinterlegen. Die Hinterlegung erfolgt jeweils durch Abschluss einer entsprechenden Escrow Vereinbarung (vgl. Beilage [Anmerkung wird nach Zuschlagserteilung ergänzt]). Für die im Rahmen des Projektes zum Einsatz kommende Individual-Software und projektspezifische Softwareerweiterungen ist der Sourcecode zu hinterlegen Softwareprodukte von namhaftgemachten Sublieferanten, die zugleich Hersteller der Software sind, sind ebenfalls zu hinterlegen. Die Hinterlegung erfolgt jeweils durch Abschluss einer entsprechenden Escrow Vereinbarung vergleiche Beilage [Anmerkung wird nach Zuschlagserteilung ergänzt].

Die übrigen Bestimmungen bleiben sinngemäß aufrecht."

In Punkt III dieser Unterlage wird klargestellt dass auf die "Allgemeinen Vertragsbedingungen der Republik Österreich für die Lieferung, Implementierung, Einführung und Wartung von IT-Systemen und Internet-Applikationen bzw. sonstigen In Punkt römisch drei dieser Unterlage wird klargestellt dass auf die "Allgemeinen Vertragsbedingungen der Republik Österreich für die Lieferung, Implementierung, Einführung und Wartung von IT-Systemen und Internet-Applikationen bzw. sonstigen

IT-Dienstleistungen (AVB-IT des Bundes) Stand Jänner 2004" verwiesen wurde.

Der dortige Punkt 3.2. lautet:

"3.2 Ausarbeitungen, Internetapplikationen, Individualsoftwarekomponenten

An Ausarbeitungen, Internet-Inhalten, Individualsoftwarekomponenten, Macros, Applets oÄ und individuell angefertigten Softwareanpassungen, die vom Auftragnehmer uU in Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber erstellt werden, erwirbt der Auftraggeber weltweit alle jetzt bekannten und zukünftig bekannt werdenden immaterialgüterrechtlichen nicht ausschließlichen Nutzungs- und Verwertungsrechte wie sie sich zB aus Urheberrecht, Patentrecht, Gebrauchsmusterschutz oder Trade Secret Law ergeben und ist zu notwendigen Anmeldungen für die Erlangung von Schutzrechten und zur Übertragung aller oder einzelner Rechte an Dritte ohne Zustimmung des Auftragnehmers berechtigt."

Auf die Frage des SV nach einer Liste der individuellen und der hinterlegten Softwaremodule, gab F***, BBG per Mail vom 6.10.2010 folgende Auskunft:

"Sehr geehrter Herr S***,

sie finden anbei die angeforderten Unterlagen. Habe mir erlaubt auch eine kurze Anmerkung zwecks Übersichtlichkeit in ihrem mail anzufügen. Gerne sende ich Ihnen bei Bedarf noch weitere Dokumente. Mit der Bitte um Rückmeldung

1. 1)Ziffer eins

Liste der Softwaremodule, die als Individualsoftware angesehen werden Anm BBG: keine der Softwarekomponenten wird als individual angesehen, da alle Anpassungen und CR's bisher in den Standard übernommen wurden
Liste der Softwaremodule, die als Individualsoftware angesehen werden Anmerkung BBG: keine der Softwarekomponenten wird als individual angesehen, da alle Anpassungen und CR's bisher in den Standard übernommen wurden

1. 2)Ziffer 2

Liste der Softwaremodule, die im Sourcecode bei der BBG oder in deren Zugriffsbereich (zB BRZ) vorhanden sind

Anm BBG: keine; zur Verfügung gestellt werden dem BRZ builds, neue releases oder fixes, die über sftp auf einem fite Server im BRZ abgelegt werden. Diese builds/releases/fixes werden vom BRZ in die jeweiligen Systeme (Test/QS bzw. Produktion) eingespielt. Ggf. wird der Fa. B*** (vormals D***) ein zeitl. beschränkter remote Zugang gewährt.
Anmerkung BBG: keine; zur Verfügung gestellt werden dem BRZ builds, neue releases oder fixes, die über sftp auf einem fite Server im BRZ abgelegt werden. Diese builds/releases/fixes werden vom BRZ in die jeweiligen Systeme (Test/QS bzw. Produktion) eingespielt. Ggf. wird der Fa. B*** (vormals D***) ein zeitl. beschränkter remote Zugang gewährt.

1. 3)Ziffer 3

Liste der Softwaremodule, die bei einem Dritten (zB Notar) zugunsten BBG hinterlegt sind

Anm BBG: gesamte Software; gemäß Escrow Verfahren: (Kap 2.1 e-Shop Ausschreibungsunterlagen Teil 2)
Anmerkung BBG: gesamte Software; gemäß Escrow Verfahren: (Kap 2.1 e-Shop Ausschreibungsunterlagen Teil 2)"

Dies bedeutet, seitens der Vertragsparteien wurde offenbar kein Softwaremodul als individuell angesehen, was insofern nicht ganz überzeugt, da es sicher eine Reihe von Softwarefunktionen gibt - zB die Schnittstelle zum Melderegister des Innenministeriums - die nur in Österreich einsetzbar sind, daher keinem anderen Kunden der D*** nützen können und daher vermutlich gemäß Vertrag als Individualsoftware anzusehen sind. Die Rechte an diesen Komponenten liegen daher wohl bei der BBG.

Auf Rückfrage per Mail zum Thema Hinterlegung des Sourcecodes antwortete F*** per Mail vom 19.10.2010, es gäbe mit C*** - trotz Forderung in Ausschreibung und Anbot - kein Escrow Agreement. BBG hat also demgemäß keinen Zugriff auf den Sourcecode.

Befund zum Umfang der Leistungen aus Altvertrag vs Neuvertrag

Auf Basis des Altvertrags (Fax vom 29.3.2005 "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 100 Abs 1 BvergG") wurde um ein einmaliges Entgelt laut Angebot von ca 1,3 Mio EURO ein e-Shop-System erstellt. Die Wartung wurde im Preisblatt des Angebots vom 26.1.2005 mit jährlich 96.078,49 EURO bepreist.
Auf Basis des Altvertrags (Fax vom 29.3.2005 "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 100, Absatz eins, BvergG") wurde um ein einmaliges Entgelt laut Angebot von ca 1,3 Mio EURO ein e-Shop-System erstellt. Die Wartung wurde im Preisblatt des Angebots vom 26.1.2005 mit jährlich 96.078,49 EURO bepreist.

Die Leistungen aus dem Neuvertrag sind eher schwammig in Punkt 4.8. der Unterlage "Allgemeine Vertragsbedingungen - Leistungsvertrag - elektronsiches Katalogeinkaufssystem kurz e-Shop" mit "umfangreiche Beratung, Weiterentwicklung und Wartung" (RZ 27) sowie "Abarbeiten der offenen Punkte (Kategorie Fehler in der Jira Datenbank Projekt KBBG)." (RZ 31) beschrieben. Im Wartungsvertrag e-Shop wird die Leistung in RZ 49 mit Aufrechterhaltung der "korrekten Funktionsweise der vereinbarten Funktionalitäten der Software" beschrieben und folgend noch ein wenig ausgeführt. In RZ 51 wird auch die Erweiterung der Software zum Vertragsgegenstand.

Aus dem Preisblatt zum Neuvertrag (Preisblatt für den Leistungs- und Wartungsvertrag e-Shop GZ 3600.01383 vom 19.8.2010) ist zu entnehmen, dass es ein fixes Pauschalwartungsentgelt von EURO 92.152 pro Jahr geben soll und die sonstigen Leistungen nach Stunden zu den Sätzen der Seite 4 abgerechnet werden sollen.

Damit stellt sich der Neuvertrag als in der EDV üblicher Wartungsvertrag dar. Die fixen Kosten pro Jahr sind geringfügig niedriger als im Altvertrag.

Gutachten

Zu den Fragen des Senats ist wie folgt zu antworten:

Zu Frage 1: Ist der Source Code der konkreten Software zur Erbringung sämtlicher auftragsgegenständlicher Leistungen erforderlich? (Vgl. Schriftsatz der A*** vom 15.9.2010, Pkt. 1.2.2, wonach der Source Code nicht für sämtliche der zu vergebenden Leistungen erforderlich sein soll).

Für die Beantwortung dieser Frage ist die Unterlage "Aufgabenverteilung Zusammenarbeit HH BBG 190810.pdf" heranzuziehen. Bei Durchsicht der B*** zugewiesenen Aufgaben, stellt man fest, dass die seitens der Antragstellerin im SS vom 15.9.2010, Seite 5 zitierten Aufgabe "Datenwartung" in dieser Tabelle nicht vorkommt.

Festzuhalten bleibt: Für viele der in oe Tabelle B*** zugewiesenen Arbeiten ist Zugriff auf den Sourcecode notwendig. Diese - insbesondere die Erstellung von Softwareanpassungen, Anpassen der Schnittstellen und die Beseitigung von Fehlern in der Software - stellen die Kerntätigkeiten aus dem Vertrag dar. Die übrigen Tätigkeiten zB in den Kategorien Kommunikation und Dokumentation bilden Nebentätigkeiten zu den Arbeiten am Sourcecode und werden idR vom selben Dienstleister erbracht wie die Kerntätigkeiten. Eine Trennung wäre kaum sinnvoll und ist in der EDV-Branche auch nicht üblich.

Zu Frage 2: Sofern der Source Code zur Erbringung sämtlicher bzw. einzelner auftragsgegenständlicher Leistungen erforderlich sein sollte: Hat der Auftraggeber Zugriff auf den Source Code bzw. ist es dem Auftraggeber möglich, Zugriff auf den Source Code zu erlangen?

Der Auftraggeber hat faktisch keinen Zugriff auf den Sourcecode. Vertragskonform sollte er im Konkursfall des Softwareherstellers Zugriff auf den gesamten Sourcecode haben und generell auf den Sourcecode, der individuell für ihn geschrieben wurde. Auf diesen Zugriff hat der Auftraggeber allerdings offenbar verzichtet.

Zu Frage 3: Gibt es für die gegenständlichen Leistungen auf dem Markt einen Wettbewerb oder können diese nur von einem bestimmten Unternehmer (konkret der B***) erbracht werden?

Die Leistungen können nur vom Inhaber des gesamten Sourcecodes erbracht werden. Wieweit "Zwischenhändler" am Markt existieren, kann nicht erschöpfend geprüft werden. Laut Website hat B*** keine Vertriebs- und Implementierungspartner. Dies haben die Vertreter von B*** auch bei der Befundbesprechung am 14.10.2010 bestätigt.

Wieweit ein Vertrag zwischen C*** und D***/ B*** existiert, der die weitere Lieferung der Wartungsleistungen über den "Zwischenhändler" C*** ermöglicht, wie dies offenbar bis dato geschieht, ist nicht bekannt. Eine Suche nach den Business Partnern "D****" oder "B****" auf der Website von C*** Österreich und C*** Deutschland am 25.10.2010 durch den SV brachte jedenfalls auch kein Ergebnis.

Zu Frage 4: Weisen die auftragsgegenständlichen Leistungen technische Besonderheiten auf, die es unbedingt erforderlich machen, den Auftrag an jenen Unternehmer zu vergeben, der mit der Erbringung der laufenden Leistungen aus dem Altvertrag beauftragt ist? Könnten sich im Falle der Auftragsvergabe an einen anderen Unternehmer aufgrund technischer Interferenzen unüberwindbare Schwierigkeiten ergeben?

Es ist technisch notwendig, den Auftrag an einen Unternehmer zu vergeben, der - eventuell über Subunternehmer - a) Zugriff auf den gesamten Sourcecode der Lösung und b) Zugriff auf Personal mit Know How der technischen Lösung besitzt. Ein Unternehmer, der a) und b) nicht erfüllt, wird nicht in der Lage sein, den Auftrag zu erfüllen.

Zu Frage 5: Wie verhält sich der nunmehr zu vergebende Leistungsinhalt - bzw. Umfang zum Leistungsinhalt -bzw. Umfang des im Jahr 2005 zwischen dem Auftraggeber und der C*** abgeschlossenen Vertrages (Anmerkung: Der "Altvertrag" mit C*** soll mit dem Zustandekommen des nunmehrigen Vertrages mit der B*** auslaufen).

Auf Basis des Altvertrags wurde um ein einmaliges Entgelt laut Angebot von ca 1,3 Mio EURO ein e-Shop-System erstellt. Die Wartung wurde im Preisblatt des Angebots vom 26.1.2005 mit jährlich 96.078,49 EURO bepreist.

Gemäß Neuvertrag wird die Wartung zu einem fixen Pauschalwartungsentgelt von EURO 92.152 pro Jahr durchgeführt. Sonstige Leistungen sollen nach Stunden zu den Sätzen der Seite 4 abgerechnet werden.

Damit stellt sich der Neuvertrag als in der EDV üblicher Wartungsvertrag mit einer Weiterentwicklungskomponente nach Aufwand dar, wie er üblicher Weise mit dem Ersteller der Softwarelösung abgeschlossen wird. Die Entgelte von Alt- und Neuvertrag stehen in einer üblichen Relation. Der Umfang der Weiterentwicklung nach Aufwand ist allerdings aus dem Vertragstext nicht ableitbar.

Mit Schriftsatz vom 4.11.2010 nahm der Antragsteller zum Sachverständigengutachten Stellung wie folgt:

Aus Befund und Gutachten ergebe sich, dass in dem Leistungspaket, welches an die B*** vergeben werden solle, weder Wartung noch Support noch Training noch Administration oder Katalogmanagement enthalten seien.

Wenn man bedenke, dass es international üblich sei, Weiterentwicklungen eines Katalogsystems, die in eine Standardsoftware übernommen würden, kostenlos durchzuführen, sei nicht nachvollziehbar, welche Gegenleistungen verblieben, die eine Jahresgebühr von Euro 92.152,- rechtfertigen würden. Die aktuellen Marktpreise für entsprechende Wartungsleistungen würden vergleichsweise deutlich unter Euro 20.000,- pro Jahr liegen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass bei Kauf eines funktionierenden Katalogeinkaufssystems die Wartung mit den Jahren immer weniger werde, da der Erfahrung nach die Fehlermeldungen abnehmen würden.

Mit einer Wartungsgebühr von Euro 92.152,- pro Jahr seien beim Auftragnehmer die Kosten für 1,3 Vollzeitarbeitskräfte abgegolten. Dass dieser Betrag wesentlich zu hoch sei zeige allein, dass die B*** mit den Wartungsgebühren ihrer mehr als 100 Kunden die Personalkosten von zumindest 150 statt 15 Mitarbeitern gedeckt hätte.

Die Unwirtschaftlichkeit resultiere aber nicht nur aus der hohen Wartungsgebühr, sondern auch aus dem erforderlichen Mitarbeitereinsatz bei der BBG, um das Katalogeinkaufssystem Impact Ordering zu betreuen. Es stelle einen vergleichsweise unüblich hohen Aufwand dar, rund XXX Mitarbeiter für die Betreuung des e-Shops einzusetzen, wenn man bedenke, dass die XXX User durchschnittlich nur 5,5 Bestellungen pro Jahr tätigen würden. Nach den Erfahrungen des Antragstellers sei für die Betreuung eines neuen Katalogeinkaufssystems, welches dem aktuellen Stand der Technik entspreche, nur ein Katalogmanager erforderlich. Die Unwirtschaftlichkeit resultiere aber nicht nur aus der hohen Wartungsgebühr, sondern auch aus dem erforderlichen Mitarbeitereinsatz bei der BBG, um das Katalogeinkaufssystem Impact Ordering zu betreuen. Es stelle einen vergleichsweise unüblich hohen Aufwand dar, rund römisch 30 Mitarbeiter für die Betreuung des e-Shops einzusetzen, wenn man bedenke, dass die römisch 30 User durchschnittlich nur 5,5 Bestellungen pro Jahr tätigen würden. Nach den Erfahrungen des Antragstellers sei für die Betreuung eines neuen Katalogeinkaufssystems, welches dem aktuellen Stand der Technik entspreche, nur ein Katalogmanager erforderlich.

Eine konkret erforderliche Weiterentwicklung der e-Shop Software solle darin bestehen, die Suchfunktionen zu verbessern. Dies mache die Unwirtschaftlichkeit des Wartungsvertrages besonders deutlich, da die derzeit fehlende Suchanzeige nach Produktgruppen als grober Mangel der Standardsoftware zu qualifizieren sei. Diese Leistung als Weiterentwicklung zu titulieren und dafür ein überhöhtes Wartungsentgelt bzw. sogar ein gesondertes Entgelt nach Aufwand zu verlangen, widerspreche jeder vernünftigen wirtschaftlichen Gebarung.

Die Unwirtschaftlichkeit dieser Beschaffung sei auch vergaberechtlich relevant. Jede Systemwahl, die den Wettbewerb ausschließe, bedürfe einer besonderen sachlichen Begründung. Diese könne - neben anderen Komponenten - darin liegen, dass ein Umstieg auf ein anderes System unwirtschaftlich hohe Kosten hervorrufen würde. Die unwirtschaftlich hohen Kosten entstünden im vorliegenden Fall jedoch gerade durch Beibehalt des alten Systems. Die Berufung auf das Ausschließlichkeitsrecht sei daher rechtswidrig.

In Beantwortung der Frage 1 behaupte der Sachverständige, dass eine Trennung der Tätigkeiten z.B in den Kategorien Kommunikation und Dokumentation von den Arbeiten am Sourcecode in der EDV Branche unüblich sei. In Beantwortung der Frage 5 komme der Sachverständige zu dem Ergebnis, das sich der Neuvertrag als in der EDV

üblicher Wartungsvertrag mit einer Weiterentwicklungskomponente nach Aufwand darstelle, wie er üblicher Weise mit dem Ersteller der Softwarelösung abgeschlossen werde. Für diese Behauptungen würden in dem Gutachten keine Begründungen vorgebracht, die dieses Ergebnis stützen würden.

Mit Schriftsatz vom 4.11.2010 teilte der präsuntive Zuschlagsempfänger mit, dass das Gutachten des Sachverständigen nachvollziehbar sei und zu einem völlig zutreffenden Ergebnis komme.

Am 3.12.2010 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, in der der Sachverständige (im Folgenden SV) die an ihn gestellten Fragen behandelte und die Parteien ergänzend im Wesentlichen wie folgt vorbrachten:

- -Strichaufzählung

Zur Rechteverteilung an der Software aufgrund des Altvertrags BBG mit C***:

Auftraggeber (G***): Nach dem Altvertrag seien alle Individualentwicklungen in den Standard aufgenommen worden.

Rechtsvertreter des präsuntiven Zuschlagsempfängers: Das Nutzungsrecht räume geringere Rechte als das Verwertungsrecht ein. An Standard- und Individualsoftware werde der BBG das grundsätzliche Nutzungsrecht eingeräumt. Das Verwertungsrecht gehe darüber hinaus, betreffe aber nur die Individualentwicklung, nicht die Standardsoftware.

- -Strichaufzählung

Zum Sourcecode:

SV: Im Standardsoftwarebereich sei es üblich, dass sich der Ersteller der Software grundsätzlich den Sourcecode behalte. Der Sourcecode sei zur Bearbeitung bzw. Veränderung der Software erforderlich.

Rechtsvertreter des präsuntiven Zuschlagsempfängers: Sourcecodeinhaber sei der Ersteller der Software. Grundsätzlich sei nur dieser zur umfassenden Bearbeitung seiner Software berechtigt, könne diese Berechtigung jedoch vertraglich übertragen.

Der Sourcecode sei im konkreten Fall nicht an die BBG übertragen worden, andernfalls wären im Vertrag nicht die Regelungen zur Hinterlegung bzw. zum Abschluss einer Escrow-Vereinbarung getroffen worden.

Rechtsvertreter des Antragstellers: Die Ausführungen des Rechtsvertreters der B*** stünden im Widerspruch zu den Ausführungen des SV, wonach laut Auskunft der BBG keine Escrow-Vereinbarung abgeschlossen worden sei. Weiters lasse sein Vorbringen den Hinweis des SV auf § 40 d Urheberrechtsgesetz außer Acht. Nach § 40 d Urheberrechtsgesetz habe jeder Softwareanwender das Recht, die Software an seine individuellen Bedürfnisse anzupassen. Rechtsvertreter des Antragstellers: Die Ausführungen des Rechtsvertreters der B*** stünden im Widerspruch zu den Ausführungen des SV, wonach laut Auskunft der BBG keine Escrow-Vereinbarung abgeschlossen worden sei. Weiters lasse sein Vorbringen den Hinweis des SV auf Paragraph 40, d Urheberrechtsgesetz außer Acht. Nach Paragraph 40, d Urheberrechtsgesetz habe jeder Softwareanwender das Recht, die Software an seine individuellen Bedürfnisse anzupassen.

Auftraggebervertreter: Laut § 40 d Abs. 4 Urheberrechtsgesetz seien allerdings Vereinbarungen über den Umfang der Nutzungsrechte zulässig. Auftraggebervertreter: Laut Paragraph 40, d Absatz 4, Urheberrechtsgesetz seien allerdings Vereinbarungen über den Umfang der Nutzungsrechte zulässig.

SV: Dies schließe gemäß § 40 d Abs. 4 letzter Halbsatz Vereinbarungen über den Umfang der bestimmungsgemäßen Nutzung iSd Abs. 2 nicht aus. SV: Dies schließe gemäß Paragraph 40, d Absatz 4, letzter Halbsatz Vereinbarungen über den Umfang der bestimmungsgemäßen Nutzung iSd Absatz 2, nicht aus.

- -Strichaufzählung

Zur Escrow-Vereinbarung:

SV: Hierbei handle es sich um eine Vereinbarung über eine treuhändische Verwahrung des Sourcecodes bei einem Dritten (z.B. einem Notar). Seinen Erfahrungen nach werde eine Sourcecode Escrow-Vereinbarung grundsätzlich zu dem Zweck abgeschlossen, sich für den Konkursfall des Softwareunternehmers zu "wappnen". In manchen Fällen (ca. 50%), würde eine solche Vereinbarung auch zur Absicherung dagegen geschlossen werden, dass der Softwareunternehmer nicht ordnungsgemäß liefere bzw. die Wartung zu vernünftigen Bedingungen verweigere.

Der Escrow-Vertrag sei in der Regel ein dreiseitiger Vertrag mit einer Hinterlegungsstelle zu Gunsten des Begünstigten.

Auftraggeber (G***): Laut Altvertrag hätte eine Escrow-Vereinbarung abgeschlossen werden sollen. Dies sei jedoch nicht gemacht worden.

SV: Die C*** selbst habe keinen unmittelbaren Zugriff auf den Sourcecode erhalten, sie sei Generalunternehmerin gewesen und habe die D*** als Subunternehmerin eingesetzt.

Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers: Der Nichtabschluss eines Escrow-Agreements sei vertragsgemäß nicht vorgenommen worden. Pkt. 2.1 letzter Absatz des Altvertrages regle die Escrow-Vereinbarung. Hieraus ergebe sich, dass der Sourcecode für Individualsoftware und projektspezifische Software zu hinterlegen sei. Da es keine Individualsoftware gegeben habe, sei der Anwendungsfall der Hinterlegung des Sourcecodes gegenständlich nicht zur Anwendung gekommen. Die Regelung sei jedoch in den Vertrag aufgenommen worden, da der Einsatz von Individualsoftware denkbar gewesen wäre. Es liege allerdings im Interesse eines Softwarebenutzers, möglichst "Alles" in den Standard zu implementieren, um eine leichtere standardisierte Wartung zu bekommen.

Zum Satz "Softwareprodukte von namhaft gemachten Sublieferanten, die zugleich Hersteller der Software sind, sind ebenfalls zu hinterlegen" des Pkt. 2.1 letzter Absatz des Altvertrages: Es gebe keine projektspezifischen Erweiterungen der Standardsoftware. Alles sei in den "Kern" aufgenommen worden. Die Formulierung "Die Hinterlegung erfolgt jeweils durch Abschluss einer entsprechenden Escrow-Vereinbarung", bedeute, dass für jeden gesonderten Datenträger eine Escrow-Vereinbarung abgeschlossen werde.

SV dazu, dass Pkt. 2.1 letzter Absatz des Altvertrages nach Auffassung des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers nur eine Sourcecodehinterlegung im Bezug auf die Individualsoftware, nicht jedoch auf die Standardsoftware (IO) erfassen solle: Diese Regelung könne auch anders interpretiert werden. Die vorgenommenen Abweichungen von den AVB-IT könnten bedeuten, dass nicht vollständig alle Rechte für die Individualsoftware zu liefern und zu übergeben seien und der Sourcecode hierfür nicht übergeben werde, sondern nur hinterlegt werde. Dass, bzw. ob sich diese Regelung auf die in den AVB-IT vorgesehene Hinterlegung des Sourcecodes zur Standardsoftware beziehen würde, sei für ihn nicht klar, zumal der letzte Satz des Pkt. 2.1 des Altvertrages laute: "Die übrigen Bestimmungen bleiben sinngemäß aufrecht". Weiters sei auf die Definition zur Individualsoftware des Pkt. 2.3 der AVB-IT hinzuweisen, wo nicht darauf abgestellt werde, ob etwas in die Standardsoftware übernommen werde, sondern darauf, ob etwas auf Basis der Spezifikation für den Auftraggeber entwickelt werde.

Unter Standardsoftware sei hier Impact Ordering zu verstehen, wie Impact Ordering vor dem Einsatz von Impact Ordering bei der BBG existiert habe. Daneben gebe es Anpassungen von Impact Ordering speziell für die BBG. Den Vertrag lese er so, dass die BBG für den Konkursfall des Softwareherstellers Zugriff auf den gesamten Sourcecode und generell Zugriff auf den individuell für sie geschriebenen Sourcecode haben hätte sollen.

In Beantwortung der Frage 2 seines Gutachtens heiße es, dass der Auftraggeber auf diesen Zugriff allerdings offenbar verzichtet habe. Da kein Escrow-Agreement abgeschlossen worden sein soll, habe die BBG daher weder Zugriff auf den Sourcecode für die Standardsoftware noch Zugriff auf den Sourcecode für die Individualleistungen. Technisch sei es völlig unsinnig, lediglich den Sourcecode für die Individualsoftware zu hinterlegen, da man damit im Ernstfall nichts anfangen könne.

Aus praktischer Erfahrung kenne er allerdings auch Verträge, in die der Abschluss einer Escrow-Vereinbarung aufgenommen worden sei, in der Praxis jedoch dann aus innerorganisatorischen oder sonstigen Gründen vom Kunden verabsäumt werde, auf die "Exekution" dieser Verpflichtung zu dringen.

Auftraggeber (G***): Der Abschluss einer Escrow-Vereinbarung wäre mit Kosten verbunden gewesen wäre, die die BBG zu tragen gehabt hätte.

SV hält es für ausgeschlossen, dass keinerlei Anpassungen der Standardsoftware an die Gegebenheiten der BBG im ursprünglichen Projekt erforderlich gewesen sein sollten und verweist insbesondere auf die Unterlage "LV 06 Systemintegration 2.02.doc", in der beispielsweise die Schnittstelle zwischen dem elektronischen Einkaufssystem und dem österreichischen ELAK und zum SAP der Republik Österreich beschrieben werde. Diese Schnittstelle sei in dieser Form außerhalb von Österreich nicht einsetzbar.

- -Strichaufzählung
Zum Wartungsbegriff:

SV: Dieser Begriff habe im gegenständlichen Zusammenhang zwei

Anwendungsbereiche: Einerseits die Wartung der Software (Fehlerbehebung, Weiterentwicklung nach Anforderungen des AG, ...) und andererseits die Pflege der Daten, die in dem elektronischen Einkaufssystem die bestellbaren Artikel und die dafür von diversen Lieferanten gebotenen Preise darstellen würden. Unter Datenwartung sei Letzteres zu verstehen. Dies sei laut der Anlage 4 "Aufgabenverteilung" keine Aufgabe der B***, sondern der BBG.

Generell sei es so, dass sich der Softwarehersteller das "Geschäft" mit der Softwarewartung selbst vorbehalte, da es sich hierbei um den "einträglicheren" Teil handle.

- -Strichaufzählung

Zur Zeugenaussage von H*** (BBG):

H***: Die Escrow-Vereinbarung sei im Altvertrag abweichend von AVB-IT 2004 für die Individualsoftware vorgesehen gewesen. Die einzige Abweichung von AVB-IT habe darin bestanden, dass eine Abweichung hinsichtlich der Art der Hinterlegung getroffen worden sei.

Die Escrow-Vereinbarung sei damals nicht abgeschlossen worden, da die BBG keine Individualsoftware beauftragt habe. Alles was beauftragt worden sei, sei in den Standard aufgenommen worden. Es habe individuelle Anpassungen der Software gegeben, diese seien jedoch stets in den Standard aufgenommen worden.

SV: Es gebe auf Basis der gängigen ERP-Systeme sehr wohl die Variante, dass der Kunde durch Customizing oder Zusatzprogrammierungen die Software an seine Bedürfnisse anpassen lasse und diese Anpassungen nicht in den Standard übernommen würden. Es gebe aber auch die Variante, dass Anpassungen in den Standard übernommen würden.

H***: Seine E-Mail-Mitteilung an den SV vom 6.10.2010 bedeute, dass alle individuellen Anpassungen in den Standard übernommen worden seien.

Auch nach dem Neuvertrag sollten die Individualanpassungen in den Standard übernommen werden.

SV: Die Frage in seinem E-Mail an F*** nach einer Liste der Softwaremodule, die im Sourcecode bei der BBG oder in deren Zugriffsbereich vorhanden wären, sei eine Frage auf der faktischen Ebene gewesen, um herauszufinden, welche Teile des Sourcecodes sich allenfalls im Zugriffsbereich der BBG befänden.

Nach seinem Vertragsverständnis wäre der gesamte Sourcecode zu hinterlegen gewesen. Es gebe keinen faktischen Zugriff der BBG auf den Sourcecode. Nach Auffassung der B*** und der BBG gebe es auch keinen Fall, in dem dieser Zugriff zu sichern gewesen wäre.

H***: Es sei nicht ersichtlich gewesen, was in den Standard aufgenommen worden sei. Von der BBG seien Meilensteine gesetzt worden. Maßgeblich sei gewesen, was leistungsumfangsmäßig zum gegebenen Zeitpunkt vorhanden gewesen sei (in qualitativer und preislicher Hinsicht). Es sei für die BBG im Zuge der Angebotsprüfung unerheblich gewesen, was in den Standard aufgenommen worden sei.

Zur Frage des Rechtsvertreters des Antragstellers, wann die Entscheidung getroffen worden sei, jene Dinge, die die BBG wünsche, in den Standard aufzunehmen: Es habe im Zuge der Verhandlungen Festlegungen auf den Leistungsumfang gegeben. In den ersten beiden Jahren sei zu Festpreisen das Initialprojekt umgesetzt worden. Hiernach habe es ergänzende Dienstleistungen für die BBG gegeben, die jedoch jeweils in den Standard aufgenommen worden seien.

Der Auftraggebervertreter legte dem BVA eine Musterescrow-Vereinbarung, Multi-Lizenzvertrag vor.

H***: Hierbei handle es sich um jene Beilage, die in Pkt. 2.1 letzter Absatz des Altvertrages genannt werde. Dieses Vertragsmuster sei jedoch nicht zur Anwendung gelangt, da der Abschluss einer Escrow-Vereinbarung nicht aktuell geworden sei.

- -Strichaufzählung

Zur Dekompilierung des Pseudo-Maschinencodes:

SV zur Frage des Antragstellervertreeters, ob jemand, der den Pseudo-Maschinencode dekompile, etwas damit anfangen könne: Er verweise auf sein Gutachten. Kleinere Anpassungen seien möglich unter großem Aufwand. Die Gesamtlogik werde damit aber jedenfalls nicht erfasst werden können.

- -Strichaufzählung

Zur Erbringung der nicht sourcecodegebundenen Tätigkeiten durch den Dienstleister der Erbringung der sourcecodegebundenen Tätigkeiten:

SV: Diese Aussage würde sich - ebenso wie die Beantwortung von Frage 5 seines Gutachtens (Üblichkeit der Höhe des Wartungsentgeltes) - auf seine Erfahrungen als einschlägiger Fachmann gründen.

- -Strichaufzählung

Zur Üblichkeit der Höhe des Wartungsentgeltes:

SV: Im Standardsoftwarebereich liege die jährliche Pauschalwartungssumme zumindest in der Höhe von 10% des Einmalentgeltes für die Beschaffung der Software. Bei bekannten Softwareproduzenten würden diese Prozentsätze durchaus höher liegen. Als Anschauungsmaterial dazu lege er einen Bericht aus der "Computerwoche" vor, nach dem die Wartungsgebühren in der Größenordnung von 17% und in Zukunft bei 22% pro Jahr des Listenpreises der Standardsoftware liegen würden. Hierbei handle es sich um das Entgelt für jene Wartungsleistungen, die laut Vertrag von der B*** wahrzunehmen wären, wobei der genaue Leistungsumfang dem Wartungsvertrag nicht zweifelsfrei entnommen werden könne.

Auch im Altvertrag habe es die Wartungskomponente gegeben. Das für den Neuvertrag vorgesehene Entgelt, liege sogar geringfügig unter dem Entgelt des Altvertrages.

Das Vorbringen des Antragstellers, dass die aktuellen Marktpreise für entsprechende Wartungsleistungen vergleichsweise deutlich unter Euro 20.000,- pro Jahr liegen würden, könne er so nicht nachvollziehen. Würde eine Software zum Preis von Euro 200.000,- angeschafft, wäre es nachvollziehbar, dass das jährliche Wartungsentgelt Euro 20.000,- betragen würde. Es bestehe eine eindeutige Relation zwischen Anschaffungspreis der Software und den zu erwartenden jährlichen Wartungskosten.

Bei der Prüfung der Üblichkeit des Wartungsentgeltes habe er - so wie er H*** verstanden habe - auch die heute von H*** getätigte Aussage berücksichtigt.

Er kenne einige Tools zur Dekompilierung von Javasoftware. Es sei technisch möglich, dass durch die Dekompilierung auch die Variablennamen bekannt seien und hänge dies davon ab, mit welchen Mitteln der Sourcecode kompiliert worden sei.

Es gebe auch Javacodes, die nicht mit sinnvollem Ergebnis dekompiert werden könnten.

Zum Vorbringen des Antragstellers, wonach bei Kauf eines funktionierenden Katalogeinkaufssystems die Wartung mit den Jahren immer weniger werden solle, da die Fehlermeldungen abnehmen würden: Er kenne kein technisches System, in dem über die Lebensdauer die Fehlerzahl gegen Null gehen würde. Die Wartungskosten würden nicht sinken. Im Gegenteil, da es laufend Anpassungen an die technische Umgebung gebe, würden neue Fehlerquellen entstehen.

Zur Frage, ob es international üblich sei, dass Weiterentwicklungen eines Katalogsystems, die in eine Standardsoftware übernommen würden, kostenlos durchgeführt würden: Er habe eine solche internationale Üblichkeit bisher nicht feststellen können.

Antragsteller (I***): Kleine Weiterentwicklungen würden vom Softwareersteller durchgeführt werden, sofern diese auch anderen Kunden seiner Standardsoftware zur Verfügung gestellt werden könnten. Bei großen Änderungen zahle der Kunde 1/3 und 2/3 übernehme der Auftragnehmer. Hiervon spreche er im Zusammenhang mit Katalogeinkaufssoftware.

SV zur Relation zwischen Personaleinsatz und Wartungsgebühr: Nach einer "Daumenregel" in der Softwareindustrie benötige eine Software, deren Erstellung einen Aufwand von 10 Personenjahren erfordert habe, im Schnitt ein Personenjahr Wartungsaufwand pro Jahr.

Auftraggebervertreter zur Frage eines allenfalls unüblich hohen Personaleinsatzes bei der BBG: Es handle sich

tatsächlich um XXX und nicht um XXX Mitarbeiter, die neben der Wartung der 300 bis 400 Verträge auch als Koordinationsstelle für die einzelnen Bereiche in der BBG einerseits und mit den Kunden der BBG andererseits, fungieren würden. Weiters obliege diesen Personen die Durchführung von anderen IT-Projekten. Auftraggebervertreter zur Frage eines allenfalls unüblich hohen Personaleinsatzes bei der BBG: Es handle sich tatsächlich um römisch 30 und nicht um römisch 30 Mitarbeiter, die neben der Wartung der 300 bis 400 Verträge auch als Koordinationsstelle für die einzelnen Bereiche in der BBG einerseits und mit den Kunden der BBG andererseits, fungieren würden. Weiters obliege diesen Personen die Durchführung von anderen IT-Projekten.

SV, ob es rein wirtschaftlich gesprochen sinnvoll sein könnte, im Falle zu hoher Aufwendungen ein altes System komplett durch ein neues System zu ersetzen: Rein theoretisch könnte dies so sein, allerdings sei das Projektrisiko zu beachten, und weiters, dass zahlreiche User an ein neues System herangeführt werden müssten.

Zur Frage der Auftraggebervertreters, ob die BBG im Falle, dass die Escrow-Vereinbarung bezüglich der Hinterlegung des Sourcecodes für Individualsoftware unterfertigt worden wäre bzw. dieser vereinbarungsgemäß hinterlegt worden wäre und hinsichtlich der Standardsoftware in Anlehnung an die AVB-IT (Pkt. 2.8) auch der diesbezügliche Sourcecode hinterlegt worden wäre, bei Abschluss des Neuvertrages mit den dort genannten Leistungen berechtigt wäre, auf die Sourcecodes zuzugreifen; dies unter Hinweis darauf, dass der Zugriff von bestimmten Gründen (Insolvenz etc.) abhängig gemacht werde: SV: Vermutlich nein. Das Vorliegen der sonstigen Herausgabegründe iSd Pkt. 6.1 des Multilizenzvertrages wäre vermutlich nicht gegeben. Zu prüfen wäre das hypothetische Vorliegen des Pkt. 6.1.3, wonach der Berechtigte auf den Sourcecode dann zugreifen könne, wenn sich der Lizenzgeber des Sourcecodes "begebe" und der Übernehmer des Sourcecodes kein entsprechendes Wartungsvertragsangebot stelle.

- -Strichaufzählung

Zur Betriebsteilübernahme XXX der D*** durch die B*** Zur Betriebsteilübernahme römisch 30 der D*** durch die B***:

Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers: Bis zur Übernahme des Betriebsteiles der D*** durch die B*** habe die D*** die Wartung von IO (Impact Ordering) besorgt. Genau jener Betriebsteil gehöre nun B***, d.h. B*** mache dies weiter.

Die D*** habe mehrere Niederlassungen. Die Niederlassung in XXX habe sich immer um IO gekümmert (für alle Kunden dieser Standardsoftware). Die B*** sei noch nicht existent gewesen, diese sei erst gegründet worden. Danach habe die B*** den Betriebsteil XXX gekauft. Die D*** habe mehrere Niederlassungen. Die Niederlassung in römisch 30 habe sich immer um IO gekümmert (für alle Kunden dieser Standardsoftware). Die B*** sei noch nicht existent gewesen, diese sei erst gegründet worden. Danach habe die B*** den Betriebsteil römisch 30 gekauft.

Der Unternehmenskaufvertrag sei ein Geschäft der Vor-GmbH. Insofern entspreche das deutsche dem österreichischen Gesellschaftsrecht.

B*** habe den Betriebsteil XXX durch Bezahlung des Kaufpreises erworben und nicht über Abspaltung B*** habe den Betriebsteil römisch 30 durch Bezahlung des Kaufpreises erworben und nicht über Abspaltung.

Die B*** habe inzwischen nur mehr den Standort in XXX (Umzug von XXX) Die B*** habe inzwischen nur mehr den Standort in römisch 30 (Umzug von römisch 30).

Es handle sich um eine konzerninterne Umstrukturierung. B*** und D*** seien Schwestergesellschaften und Töchter der Konzernmutter E***.

- -Strichaufzählung

Zum Unternehmenskaufvertrag im Einzelnen:

Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers: Die Bezeichnung "IO" in der Präambel sei die unternehmensinterne Bezeichnung von Impact Ordering. Die Abkürzung IO sei gewählt worden, da alle Beteiligten aus dem Konzern stammen würden und ihnen die Bedeutung daher klar sei.

Pkt. 4, 3. Unterstrich der Präambel, wonach die gewerblichen Schutzrechte, Patente, Lizenzen bezüglich der Software IO und des Betriebsteils XXX übertragen werden sollen, bedeute, dass auch die gewerblichen Schutzrechte, Patente und Lizenzen nicht nur der Software IO, sondern des Betriebsteils XXX selbst, übertragen worden seien. Pkt. 4, 3.

Unterstrich der Präambel, wonach die gewerblichen Schutzrechte, Patente, Lizenzen bezüglich der Software IO und des Betriebsteils römisch 30 übertragen werden sollen, bedeute, dass auch die gewerblichen Schutzrechte, Patente und Lizenzen nicht nur der Software IO, sondern des Betriebsteils römisch 30 selbst, übertragen worden seien.

Die Verwendung des Begriffes "Quellcode" im § 1 im Plural bedeute, dass alle Quellcodes übertragen worden seien. Es könnte sich dabei auch um Vorcodes handeln. Sicherzustellen sei gewesen, dass keine diesbezüglichen Rechte bei der Verkäuferin verbleiben würden. Die Verwendung des Begriffes "Quellcode" im Paragraph eins, im Plural bedeute, dass alle Quellcodes übertragen worden seien. Es könnte sich dabei auch um Vorcodes handeln. Sicherzustellen sei gewesen, dass keine diesbezüglichen Rechte bei der Verkäuferin verbleiben würden.

SV: Die Idee sei wohl gewesen, dass allfällige vorhandene mehrere Versionen des Quellcodes mitgehen würden. "Quellcodes" könnten sich auf mehrere Versionen ein- und derselben Software (konkret Impact Ordering), beziehen.

Rechtsvertreter des präsuntiven Zuschlagsempfängers: Zusätzlich würden laut § 1 auch sämtliche Nutzungsrechte und das unbeschränkte Nutzungs-, Weiterentwicklungs- und Verwertungsrecht auf den Käufer übergehen. Rechtsvertreter des präsuntiven Zuschlagsempfängers: Zusätzlich würden laut Paragraph eins, auch sämtliche Nutzungsrechte und das unbeschränkte Nutzungs-, Weiterentwicklungs- und Verwertungsrecht auf den Käufer übergehen.

Mit der Übertragung der Softwareprodukte Dritter (Fremdsoftware) könnten etwa die Microsoft Office Lizenzen auf den Rechnern zu verstehen gewesen sein.

Auf Frage nach der Bedeutung des § 1 letzter Satz: "Eine nicht abschließende Aufstellung der von dieser Klausel erfassten Software bzw. der Softwarerechte befindet sich in Anlage 1": Nach seinem Verständnis werde von dieser Klausel damit der gesamte vorstehend genannte Bereich des § 1 umfasst. Auf Frage nach der Bedeutung des Paragraph eins, letzter Satz: "Eine nicht abschließende Aufstellung der von dieser Klausel erfassten Software bzw. der Softwarerechte befindet sich in Anlage 1": Nach seinem Verständnis werde von dieser Klausel damit der gesamte vorstehend genannte Bereich des Paragraph eins, umfasst.

Auf Vorhalt, dass hiermit grundsätzlich auch Fremdsoftware erfasst wäre, die allerdings laut B*** mit diesem Vertrag nicht mit übertragen worden sein solle: § 1 des Vertrages spreche von einer Aufstellung. Es handle sich dabei um eine nicht abschließende Aufstellung. Diese Aufstellung sei die Anlage 1 und somit jene Leistungsbeschreibung von Impact Ordering, die dem SV übermittelt worden sei. Auf Vorhalt, dass hiermit grundsätzlich auch Fremdsoftware erfasst wäre, die allerdings laut B*** mit diesem Vertrag nicht mit übertragen worden sein solle: Paragraph eins, des Vertrages spreche von einer Aufstellung. Es handle sich dabei um eine nicht abschließende Aufstellung. Diese Aufstellung sei die Anlage 1 und somit jene Leistungsbeschreibung von Impact Ordering, die dem SV übermittelt worden sei.

Hierbei handle es sich um keine Aufstellung im eigentlichen Wortsinn, sondern um die Beschreibung des Produktes (IO).

IO werde zunächst kurz in der Präambel genannt und danach in der Anlage 1 (Leistungsbeschreibung von IO) im Detail spezifiziert.

Auf nochmalige Nachfrage des SV nach der Anlage 1 habe er nochmals bei B*** nachgefragt. Ihm sei dann, wie in seinem Mail an den SV vom 25.10.2010 geschrieben werde, bestätigt worden, dass Anhang 1 zum Unternehmenskaufvertrag nur aus der ihm bereits vorliegenden Produktbeschreibung von IO bestehe.

Die Ausführungen im Schriftsatz, dass sich B*** auf allfällige Anfrage der C*** nicht mehr als Subunternehmerin zur Verfügung stellen würde, würde bedeuten, dass diese ihre Leistung nur mehr selbst vertreiben würde. B*** habe allerdings mit dem Unternehmenskaufvertrag alle Dauerschuldverhältnisse, so auch den Subunternehmervertrag der D*** mit C*** übernommen. Deshalb müsse sie auch der C*** derzeit weiterleisten (§ 6). Die Ausführungen im Schriftsatz, dass sich B*** auf allfällige Anfrage der C*** nicht mehr als Subunternehmerin zur Verfügung stellen würde, würde bedeuten, dass diese ihre Leistung nur mehr selbst vertreiben würde. B*** habe allerdings mit dem Unternehmenskaufvertrag alle Dauerschuldverhältnisse, so auch den Subunternehmervertrag der D*** mit C*** übernommen. Deshalb müsse sie auch der C*** derzeit weiterleisten (Paragraph 6,).

B*** habe keine Implementierungspartner für das Produkt Impact Ordering. Dies sei ein einmaliges Vertragsverhältnis mit C*** gewesen, mit dem Zweck einer späteren Auftragsakquisition. B*** betreibe das Produkt ausschließlich alleine und warte dies auch selbst.

1. 2.Ziffer 2

Rechtliche Beurteilung:

A) Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

Die Bundesbeschaffung Gesellschaft m.b.H. ist als zentrale Beschaffungsstelle gemäß § 2 Z 48 BVergG öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Der geschätzte Auftragswert der Vergabe wurde vom Auftraggeber mit Euro 900.000,-- (exkl. USt) angegeben. Die Bundesbeschaffung Gesellschaft m.b.H. ist als zentrale Beschaffungsstelle gemäß Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Der geschätzte Auftragswert der Vergabe wurde vom Auftraggeber mit Euro 900.000,-- (exkl. USt) angegeben.

Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag (§ 6 BVergG) im Oberschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 Z 1 BVergG), der in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG vergeben werden soll. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag (Paragraph 6, BVergG) im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG), der in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG vergeben werden soll.

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Vergabeverfahren nicht widerrufen. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Behandlung des Antrages zuständig.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger stellt die Antragslegitimation des Antragstellers mit der Begründung in Abrede, dass es sich bei der bekämpften Entscheidung um keine gesondert anfechtbare Entscheidung handeln solle. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen.

Gemäß § 49 Abs. 1 BVergG kann der Auftraggeber Bekanntmachungen und Mitteilungen, die nicht einer Bekanntmachungsverpflichtung gemäß diesem Bundesgesetz unterliegen, der Kommission unter Verwendung allenfalls existierender einschlägiger Standardformulare für Bekanntmachungen übermitteln. Gemäß Paragraph 49, Absatz eins, BVergG kann der Auftraggeber Bekanntmachungen und Mitteilungen, die nicht einer Bekanntmachungsverpflichtung gemäß diesem Bundesgesetz unterliegen, der Kommission unter Verwendung allenfalls existierender einschlägiger Standardformulare für Bekanntmachungen übermitteln.

Gemäß § 49 Abs. 2 BVergG kann der Auftraggeber, wenn ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt wurde, der Kommission unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars für Bekanntmachungen die Entscheidung bekanntgeben, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Gemäß Paragraph 49, Absatz 2, BVergG kann der Auftraggeber, wenn ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt wurde, der Kommission unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars für Bekanntmachungen die Entscheidung bekanntgeben, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll.

Im vorliegenden Fall hat der Auftraggeber von einer solchen freiwilligen ex-ante Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung auf Gemeinschaftsebene im Sinne des § 49 Abs. 2 BVergG Gebrauch gemacht. Im vorliegenden Fall hat der Auftraggeber von einer solchen freiwilligen ex-ante Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung auf Gemeinschaftsebene im Sinne des Paragraph 49, Absatz 2, BVergG Gebrauch gemacht.

Die Gesetzesmaterialien EBRV 327 BlgNR XIV GP führen zu § 49 Abs. 2 BVergG aus: "Die Bekanntgabe bzw. Bekanntmachung der 'Zuschlagsentscheidung' ist - obwohl sie im vorliegenden Kontext freiwillig erfolgt - jedenfalls eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 lit. a (das Gesetz differenziert nicht, aus welcher Motivation die Bekanntgabe oder Bekanntmachung erfolgt)". Die Gesetzesmaterialien EBRV 327 BlgNR römisch vierzehn Gesetzgebungsperiode führen zu Paragraph 49, Absatz 2, BVergG aus: "Die Bekanntgabe bzw. Bekanntmachung der 'Zuschlagsentscheidung' ist - obwohl sie im vorliegenden Kontext freiwillig erfolgt - jedenfalls eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Litera a, (das Gesetz differenziert nicht, aus welcher Motivation die Bekanntgabe oder Bekanntmachung erfolgt)".

Die freiwillige ex-ante Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** ist demnach als gesondert anfechtbare Entscheidung (Zuschlagsentscheidung) im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. ee BVergG zu qualifizieren. Die freiwillige ex-ante Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** ist demnach als gesondert

anfechtbare Entscheidung (Zuschlagsentscheidung) im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG zu qualifizieren.

Die gegenteilige Ansicht würde dazu führen, dass ein potenzieller Auftragsinteressent, der im Falle der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung naturgemäß von der Zuschlagsentscheidung keine Kenntnis erhält, keine Möglichkeit hätte, die Zuschlagsentscheidung zu bekämpfen. Damit ginge ein potenzieller Auftragsinteressent jeglichen Rechtsschutzes verloren. Einem am Auftragserhalt interessierten Unternehmer - konkret dem Antragsteller - ist es nämlich nicht einmal möglich, mit Erfolg ein - ohne dies nicht auf den Auftragserhalt, sondern nur auf Schadenersatzansprüche abzielendes - Feststellungsverfahren anzustrengen, da ein Feststellungsverfahren erst nach erfolgter Zuschlagserteilung in Betracht kommt (§ 312 Abs. 3 BVergG), sodass auch der vom Antragsteller gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG gestellte Eventualantrag zurückzuweisen ist (siehe Spruchpunkt II). Die gegenteilige Ansicht würde dazu führen, dass ein potenzieller Auftragsinteressent, der im Falle der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung naturgemäß von der Zuschlagsentscheidung keine Kenntnis erhält, keine Möglichkeit hätte, die Zuschlagsentscheidung zu bekämpfen. Damit ginge ein potenzieller Auftragsinteressent jeglichen Rechtsschutzes verloren. Einem am Auftragserhalt interessierten Unternehmer - konkret dem Antragsteller - ist es nämlich nicht einmal möglich, mit Erfolg ein - ohne dies nicht auf den Auftragserhalt, sondern nur auf Schadenersatzansprüche abzielendes - Feststellungsverfahren anzustrengen, da ein Feststellungsverfahren erst nach erfolgter Zuschlagserteilung in Betracht kommt (Paragraph 312, Absatz 3, BVergG), sodass auch der vom Antragsteller gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG gestellte Eventualantrag zurückzuweisen ist (siehe Spruchpunkt römisch zwei).

Mit seinem Antrag auf Nichtigerklärung der freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung über die beabsichtigte Vergabe (Mitteilung, welchem Bieter der Auftrag erteilt werden soll), hat der Antragsteller somit die Zuschlagsentscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit.a sublit. ee BVergG bekämpft und damit einen zulässigen Nachprüfungsantrag eingebracht. Mit seinem Antrag auf Nichtigerklärung der freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung über die beabsichtigte Vergabe (Mitteilung, welchem Bieter der Auftrag erteilt werden soll), hat der Antragsteller somit die Zuschlagsentscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG bekämpft und damit einen zulässigen Nachprüfungsantrag eingebracht.

Die Beurteilung, ob der Antragsteller aufgrund eines Ausschließlichkeitsrechtes zur Erbringung der zu vergebenden Leistungen gar nicht in der Lage wäre, ist Inhalt und eigentlicher Gegenstand des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens und keine Frage der Antragslegitimation.

Die Antragslegitimation des Antragstellers gemäß § 320 Abs1 BVergG ist somit gegeben. Die Antragslegitimation des Antragstellers gemäß Paragraph 320, Abs1 BVergG ist somit gegeben.

B) Zu den Anträgen im Einzelnen:

1. a) Litera a
zu Spruchpunkt I:

- -Strichaufzählung

Zur Wahl der Verfahrensart eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung:

Der Auftraggeber hat die Verfahrensform eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung im Sinne des § 25 Abs. 6 BVergG gewählt und die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** getroffen. Der Auftraggeber begründet die konkret getroffene Verfahrenswahl mit dem Tatbestand des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG in seiner 3. Fallvariante des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten. Der Auftraggeber hat die Verfahrensform eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung im Sinne des Paragraph 25, Absatz 6, BVergG gewählt und die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** getroffen. Der Auftraggeber begründet die konkret getroffene Verfahrenswahl mit dem Tatbestand des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG in seiner 3. Fallvariante des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten.

Gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG können Dienstleistungsaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn der Dienstleistungsauftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann. Gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG können Dienstleistungsaufträge im

Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn der Dienstleistungsauftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann.

Der Schutz von Ausschließlichkeitsrechten iSd zit. Gesetzesbestimmung knüpft an die rechtlichen Möglichkeiten potenzieller Mitbieter zur Leistungserbringung an. Unter dem Begriff des "Ausschließlichkeitsrechtes" sind ausschließliche Verfügungs- oder Nutzungsrechte zu verstehen (zB. Patente, Lizenzrechte, Urheberrechte).

Die Voraussetzungen für diesen Ausnahmetatbestand sind nach dem Urteil des EuGH vom 3.5.1994, Rs C-328/92, Arzneimittel, dass 1. die gegenständlichen Leistungen durch Ausschließlichkeitsrechte geschützt sind, 2. die gegenständlichen Leistungen nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden können, was nur vorliegt, wenn es für diese auf dem Markt keinen Wettbewerb gibt, dass 3. Dritte über keine Lizenzen zur Nutzung dieses Ausschließlichkeitsrechtes verfügen oder in angemessener Weise erlangen können und dass 4. ohne Rückgriff auf die durch Ausschließlichkeitsrechte geschützten Leistungen sich unüberwindliche Schwierigkeiten ergeben würden. (Vergleiche Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, §§ 28-30 Rz 43 sowie 1171 der Beilagen XXII. GP, RV-Materialien zu den §§ 28-30). Die Voraussetzungen für diesen Ausnahmetatbestand sind nach dem Urteil des EuGH vom 3.5.1994, Rs C-328/92, Arzneimittel, dass 1. die gegenständlichen Leistungen durch Ausschließlichkeitsrechte geschützt sind, 2. die gegenständlichen Leistungen nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden können, was nur vorliegt, wenn es für diese auf dem Markt keinen Wettbewerb gibt, dass 3. Dritte über keine Lizenzen zur Nutzung dieses Ausschließlichkeitsrechtes verfügen oder in angemessener Weise erlangen können und dass 4. ohne Rückgriff auf die durch Ausschließlichkeitsrechte geschützten Leistungen sich unüberwindliche Schwierigkeiten ergeben würden. (Vergleiche Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraphen 28 -, 30, Rz 43 sowie 1171 der Beilagen römisch 22 . GP, RV-Materialien zu den Paragraphen 28 -, 30,).

In der unter Nutzung des von der Europäischen Kommission vorgegebenen Standardformblattes erfolgten freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung der Zuschlagsentscheidung wurde vom Auftraggeber im Anhang D unter "Begründung für die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union" das Kästchen angekreuzt, dass die Dienstleistungen aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Bieter ausgeführt werden können (lit.c). Unter lit.m des Anhanges D wird ausgeführt: "Das Unternehmen, dem der Zuschlag erteilt werden soll, ist Inhaber der Rechte am Sourcecode für das beim Auftraggeber verwendete elektronische Katalogeinkaufssystem (E-Shop) und daher als einziger berechtigt, die notwendigen Wartungs- und Entwicklungsarbeiten zu erbringen". In der unter Nutzung des von der Europäischen Kommission vorgegebenen Standardformblattes erfolgten freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung der Zuschlagsentscheidung wurde vom Auftraggeber im Anhang D unter "Begründung für die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union" das Kästchen angekreuzt, dass die Dienstleistungen aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Bieter ausgeführt werden können (Littera c). Unter Littera m, des Anhanges D wird ausgeführt: "Das Unternehmen, dem der Zuschlag erteilt werden soll, ist Inhaber der Rechte am Sourcecode für das beim Auftraggeber verwendete elektronische Katalogeinkaufssystem (E-Shop) und daher als einziger berechtigt, die notwendigen Wartungs- und Entwicklungsarbeiten zu erbringen".

Ein dem inhaltlich entsprechender und dies noch näher ausführender Aktenvermerk zur Begründung der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens iSd § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG findet sich auch im Vergabeakt. Ein dem inhaltlich entsprechender und dies noch näher ausführender Aktenvermerk zur Begründung der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens iSd Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG findet sich auch im Vergabeakt.

Der Auftraggeber hat seine Wahl der Verfahrensform somit sowohl im Vergabeakt als auch in der freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung ausreichend begründet, zumal er das hierfür eigens vorgesehene Formular der EU verwendet und in den jeweiligen Rubriken die verlangten Angaben bzw. Ausführungen gemacht hat.

- -Strichauflistung

Zur Zuschlagsentscheidung an die B*** im Einzelnen:

Unter Punkt IX (Rechtseinräumung), Punkt 2 (Immaterialgüterrechte) des Altvertrages der BBG mit der C*** wird in Punkt 2.1 (Allgemeines) zur Rechteverteilung an der Software Folgendes festgelegt: Unter Punkt römisch neun (Rechtseinräumung), Punkt 2 (Immaterialgüterrechte) des Altvertrages der BBG mit der C*** wird in Punkt 2.1

(Allgemeines) zur Rechteverteilung an der Software Folgendes festgelegt:

Ergänzend zu Punkt 3.2.AVB-IT wird folgendes vereinbart:

An Ausarbeitungen, Internet-Inhalten, Individualsoftwarekomponenten, Makros, Applets o.Ä. und individuell angefertigten Softwareanpassungen, die vom Auftragnehmer u. U. in Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber erstellt werden, erwirbt der Auftraggeber unabhängig von der Laufzeit dieses Vertrages weltweit alle jetzt bekannten und zukünftig bekannt werdenden immaterialgüterrechtlichen nicht ausschließlichen Nutzungs- und Verwertungsrechte wie sie sich z.B. aus Urheberrecht, Patentrecht, Gebrauchsmusterschutz oder Trade Secret Law ergeben und ist zu notwendigen Anmeldungen für die Erlangung von Schutzrechten und zur Übertragung aller oder einzelner Rechte an Dritte ohne Zustimmung des Auftragnehmers berechtigt.

[...]

Abweichend zu Punkt 2.8 AVB-IT wird folgendes vereinbart:

Für die im Rahmen des Projektes zum Einsatz kommende Individual-Software und projektspezifische Softwareerweiterungen ist der Sourcecode zu hinterlegen. Softwareprodukte von namhaftgemachten Sublieferanten, die zugleich Hersteller der Software sind, sind ebenfalls zu hinterlegen. Die Hinterlegung erfolgt jeweils durch Abschluss einer entsprechenden Escrow Vereinbarung (vgl. Beilage [Anmerkung wird nach Zuschlagserteilung ergänzt]). Für die im Rahmen des Projektes zum Einsatz kommende Individual-Software und projektspezifische Softwareerweiterungen ist der Sourcecode zu hinterlegen. Softwareprodukte von namhaftgemachten Sublieferanten, die zugleich Hersteller der Software sind, sind ebenfalls zu hinterlegen. Die Hinterlegung erfolgt jeweils durch Abschluss einer entsprechenden Escrow Vereinbarung vergleiche Beilage [Anmerkung wird nach Zuschlagserteilung ergänzt]).

Die übrigen Bestimmungen bleiben sinngemäß aufrecht.

Punkt 2.3 des Altvertrages "Grundsätzliche Anforderungen an die Lizenzmodelle" lautet:

Die BBG hat das uneingeschränkte und unbefristete nicht ausschließliche Nutzungsrecht an der Standardsoftware, an projektspezifischen Erweiterungen an dieser und an Individualentwicklungen.

Die BBG hat das nicht ausschließliche Verwertungsrecht an Systemerweiterungen, Anpassungen und Individualprogrammierungen. Ausgenommen hiervon sind Systemerweiterungen, Anpassungen und Individualprogrammierungen, sofern diese Systemerweiterungen, Anpassungen und Individualprogrammierungen in die Standardsoftware aufgenommen werden. Im letzteren Fall hat der Auftragnehmer das ausschließliche Verwertungsrecht.

[...]

Festzuhalten ist demnach, dass die BBG das nicht ausschließliche Nutzungsrecht an der Standardsoftware und an Individualentwicklungen hat. Das nicht ausschließliche Verwertungsrecht an Systemerweiterungen, Anpassungen und Individualprogrammierungen hat die BBG dann, wenn diese nicht in die Standardsoftware aufgenommen werden. Werden diese in die Standardsoftware aufgenommen, hat hingegen der Auftragnehmer das ausschließliche Verwertungsrecht. Das Verwertungsrecht des Auftraggebers bezieht sich grundsätzlich nicht auf die Standardsoftware.

Gegenständlich wurden die individuellen Weiterentwicklungen für die BBG allerdings in die Standardsoftware aufgenommen (vgl. H***, G*** mündliche Verhandlung sowie den Befund des Sachverständigengutachtens: "B*** verfolgt die Politik, alle Adaptierungen des Sourcecodes in das Standardprodukt zu integrieren, was auch mit den Anforderungen der BBG geschah"). Das (nicht ausschließliche) Verwertungsrecht an den Individualentwicklungen ist daher nicht auf die BBG übergegangen. Gegenständlich wurden die individuellen Weiterentwicklungen für die BBG allerdings in die Standardsoftware aufgenommen vergleiche H***, G*** mündliche Verhandlung sowie den Befund des Sachverständigengutachtens: "B*** verfolgt die Politik, alle Adaptierungen des Sourcecodes in das Standardprodukt zu integrieren, was auch mit den Anforderungen der BBG geschah"). Das (nicht ausschließliche) Verwertungsrecht an den Individualentwicklungen ist daher nicht auf die BBG übergegangen.

Auch der zur Bearbeitung und Veränderung der Software erforderliche Sourcecode wurde nicht auf die BBG übertragen, sondern ist beim Hersteller (der seinerzeitigen D***) verblieben:

Im Standardsoftwarebereich ist es üblich, dass der Ersteller der Software dem Kunden anlässlich der Überlassung

seiner Standardsoftware den Sourcecode (Quellcode) nicht mit überlässt, sondern grundsätzlich behält. Der Sourcecode ist zur Bearbeitung bzw. Veränderung der Software erforderlich.

Um sich für den Insolvenzfall des Softwareerstellers (Softwareunternehmers) zu "wappnen", werden daher in der Praxis sogenannte Escrow-Vereinbarungen geschlossen.

Die Escrow-Vereinbarung ist eine Vereinbarung über eine treuhändische Verwahrung des Sourcecodes bei einem Dritten (z.B. bei einem Notar). In der Regel wird eine solche Escrow-Vereinbarung als dreiseitiger Vertrag mit einer Hinterlegungsstelle zu Gunsten eines im Anlassfall Begünstigten geschlossen. Eine Escrow-Vereinbarung dient demnach grundsätzlich der Absicherung gegen das Insolvenzrisiko des Softwareunternehmers. In etwa der Hälfte der Fälle, in denen Escrow-Vereinbarungen abgeschlossen werden, erfolgt dies allerdings auch zur Absicherung dagegen, dass der Softwareunternehmer nicht ordnungsgemäß liefert bzw. die Wartung zu vernünftigen Preisen verweigert. (Zum Wesen einer Escrow-Vereinbarung siehe Sachverständiger mündliche Verhandlung).

Die BBG ist also selbst nicht Inhaber des Sourcecodes geworden. Wäre hingegen der Sourcecode an den Auftraggeber (BBG) übertragen worden, sodass die BBG ohnedies selbst Zugriff auf den Sourcecode hätte, hätte keine die Hinterlegung bzw. den Abschluss einer Escrow-Vereinbarung vorsehende Regelung in den Altvertrag aufgenommen zu werden brauchen.

Aber auch der Altvertragspartner der BBG, die C***, ist nicht Inhaber des Sourcecodes geworden, sondern nur als Lizenzmittler aufgetreten, indem die C*** den Entwickler der Software und alleinigen Sourcecodeinhaber D*** zur Erfüllung der entsprechenden Pflichten nach dem Altvertrag als Subunternehmer herangezogen hat.

Die BBG hat die oben wiedergegebene Regelung des Pkt. 2.1 letzter Absatz des Altvertrages über den Abschluss einer Escrow-Vereinbarung - offensichtlich in Anlehnung an ihren Wortlaut - allein auf die im Rahmen des Projektes zum Einsatz kommende Individualsoftware bezogen. Die BBG hat diese Regelung daher so verstanden, dass eine Escrow-Vereinbarung überhaupt nur für den Fall abzuschließen (gewesen) wäre, dass es gegenständlich zu nicht in die Standardsoftware aufgenommenen Individualentwicklungen gekommen wäre.

Der Fall, dass eine Escrow-Hinterlegung darüber hinaus für den Sourcecode der Standardsoftware vorzunehmen gewesen wäre, soll von der maßgeblichen Vertragsregelung nach Auffassung des Auftraggebers wie auch nach dem Verständnis des präsumtiven Zuschlagsempfängers hingegen gar nicht erfasst worden sein. Vergleiche hiezu die Zeugenaussage des auf Auftraggeberseite mit den technischen Belangen des Projektes befassten H***. So führte H*** aus, dass im vorliegenden Fall keine Escrow-Vereinbarung abgeschlossen worden sei, da alle für die BBG vorgenommenen individuellen Softwareanpassungen in den Standard aufgenommen worden seien.

Damit im Einklang steht auch das Vorbringen des Rechtsvertreters des präsumtiven Zuschlagsempfängers, wonach es grundsätzlich im Interesse eines Softwarebenutzers liegt, zum Zwecke des Erhaltes einer leichteren standardisierten Wartung möglichst "Alles" in den Standard zu implementieren.

Dass es dennoch auch Individualentwicklungen geben dürfte, die für keinen anderen Kunden als die BBG von Nutzen sein mögen (vgl. Sachverständiger mündliche Verhandlung, etwa die Schnittstelle zwischen dem ELAK des Bundes und dem SAP der Republik Österreich) und die demnach nicht in den Standard übergegangen sein dürften, kann dahingestellt bleiben. Selbst die in diesem Fall jedenfalls bestehende Verpflichtung zur Escrow-Hinterlegung des individuell für die BBG geschriebenen Sourcecodes hätte der BBG nämlich keinen zur Softwareanpassung notwendigen Zugriff auf den Sourcecode zur Standardsoftware verschaffen können. Dass es dennoch auch Individualentwicklungen geben dürfte, die für keinen anderen Kunden als die BBG von Nutzen sein mögen vergleiche Sachverständiger mündliche Verhandlung, etwa die Schnittstelle zwischen dem ELAK des Bundes und dem SAP der Republik Österreich) und die demnach nicht in den Standard übergegangen sein dürften, kann dahingestellt bleiben. Selbst die in diesem Fall jedenfalls bestehende Verpflichtung zur Escrow-Hinterlegung des individuell für die BBG geschriebenen Sourcecodes hätte der BBG nämlich keinen zur Softwareanpassung notwendigen Zugriff auf den Sourcecode zur Standardsoftware verschaffen können.

Feststeht, wie der Auftraggeber - unter Zugrundelegung seines Vertragsverständnisses von der Verpflichtung zum Abschluss einer Escrow-Vereinbarung - glaubhaft darzulegen vermochte, dass nach seinem Dafürhalten der im Altvertrag grundsätzlich vorgesehene Abschluss einer Escrow-Vereinbarung bzw. -Hinterlegung gar nicht aktuell geworden ist. Infolge dessen wurde auch tatsächlich keine Escrow-Vereinbarung abgeschlossen bzw. hat die BBG nicht

auf den Abschluss einer Escrow-Vereinbarung zu ihren Gunsten als begünstigte Dritte durch ihren Altvertragspartner C*** gedungen (vgl. auch Auftraggeber, G***, mündliche Verhandlung).Feststeht, wie der Auftraggeber - unter Zugrundelegung seines Vertragsverständnisses von der Verpflichtung zum Abschluss einer Escrow-Vereinbarung - glaubhaft darzulegen vermochte, dass nach seinem Dafürhalten der im Altvertrag grundsätzlich vorgesehene Abschluss einer Escrow-Vereinbarung bzw. -Hinterlegung gar nicht aktuell geworden ist. Infolge dessen wurde auch tatsächlich keine Escrow-Vereinbarung abgeschlossen bzw. hat die BBG nicht auf den Abschluss einer Escrow-Vereinbarung zu ihren Gunsten als begünstigte Dritte durch ihren Altvertragspartner C*** gedungen vergleiche auch Auftraggeber, G***, mündliche Verhandlung).

Im konkreten Fall erfolgte somit überhaupt kein Escrow-Agreement, und zwar weder hinsichtlich der für die BBG vorgenommenen Individualentwicklungen noch in Bezug auf den Sourcecode für die Standardsoftware.

Der Umstand, dass im Altvertrag der BBG mit C*** ungeachtet dessen eine Regelung enthalten war, die den Abschluss einer Escrow-Vereinbarung bzw. -Hinterlegung grundsätzlich vorgesehen hat, steht dem nicht entgegen und führt zu keinem abweichenden Ergebnis.

Zunächst ist anzumerken, dass es immerhin denkbar und vorweg jedenfalls nicht auszuschließen gewesen wäre, dass es zum Einsatz entsprechender Individualsoftware - die auch nach der Auffassung des Auftraggebers die Verpflichtung zu einer Escrow-Hinterlegung nach sich gezogen hätte, - kommen hätte können, sodass im Vertrag für diesen Fall entsprechend Vorsorge getroffen wurde (siehe auch Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers, mündliche Verhandlung).

Abgesehen davon erklärte der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung ganz allgemein - und damit losgelöst von konkreten Fallkonstellationen und vom tatsächlichen Umfang der konkret zu betrachtenden Vertragsregelung - dass es in der Praxis durchaus vorkommt, dass im Vertrag zwar der Abschluss einer Escrow-Vereinbarung vorgesehen, in weiterer Folge jedoch verabsäumt wird, "auf die Exekution dieser Verpflichtung zu dringen". In diesem Lichte ist auch die vom Sachverständigen in Befund und Gutachten (unter Beantwortung der Frage 2) getroffene Feststellung zu sehen, "dass der Auftraggeber offenbar auf diesen Zugriff verzichtet hat". Diese Ausführungen des Sachverständigen in Befund und Gutachten sowie dessen Erläuterungen in der mündlichen Verhandlung wurden auch vom Antragsteller unwidersprochen zur Kenntnis genommen.

Angesichts des Unterbleibens jeglicher Escrow-Hinterlegung ist es auch ohne Belang, dass es laut dem Sachverständigen im Hinblick auf die Definition der Individualsoftware nach IT- AVB nicht darauf ankommt, ob Individualsoftwareentwicklungen später in den Standard übernommen werden, sondern allein darauf, ob die Entwicklungen auf Basis der Spezifikation für den Auftraggeber erfolgten.

Im Hinblick auf das Nichtvorhandensein einer Escrow-Hinterlegung kann letztlich aber auch dahin gestellt bleiben, dass die im Altvertrag in Pkt. 2.1 letzter Absatz festgeschriebene Verpflichtung zum Abschluss einer Escrow-Vereinbarung nach dem Verständnis des Sachverständigen noch weitergehender zu verstehen gewesen sein sollte. Nach dem Verständnis des Sachverständigen hätte sich die Vertragsregelung über die Escrow-Vereinbarung nämlich nicht nur auf die Individualsoftware, sondern darüber hinaus auf den gesamten Sourcecode für die Standardsoftware Impact Ordering zu beziehen gehabt.

Aus dem Unterbleiben einer Escrow-Hinterlegung (für den Gesamtsourcecode) ist in weiterer Folge der Schluss zu ziehen, dass die BBG - wie der Sachverständige in Beantwortung der Frage 2 seines Gutachtens ausführte - keinen faktischen Zugriff auf den Sourcecode für die zum Einsatz gelangende Software Impact Ordering hat.

Aber selbst die Vornahme einer Escrow-Hinterlegung im Bezug auf die Standardsoftware hätte im vorliegenden Fall nicht dazu geführt, dass die BBG Zugriff auf den Sourcecode erhalten hätte. Selbst im Falle, dass (in Anlehnung an Pkt. 2.8 der AVB- IT) hinsichtlich der Standardsoftware eine Sourcecodehinterlegung erfolgt wäre, hätte die BBG nämlich keinen Zugriff auf den Sourcecode erhalten. Wie der Auftraggebervertreter in der mündlichen Verhandlung in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen darauf aufmerksam machte, wären nämlich die in Pkt. 6 "Übergabe des Materials an den Lizenznehmer" der gemäß Pkt. 2.1 letzter Absatz des Altvertrages (vgl. "Beilage") zur Verwendung in Aussicht genommenen Musterescrow-Vereinbarung, Multi-Lizenzvertrag, normierten "Herausgabetatbestände" nicht verwirklicht gewesen wären.Aber selbst die Vornahme einer Escrow-Hinterlegung im Bezug auf die Standardsoftware hätte im vorliegenden Fall nicht dazu geführt, dass die BBG Zugriff auf den Sourcecode erhalten hätte. Selbst im Falle, dass (in Anlehnung an Pkt. 2.8 der AVB- IT) hinsichtlich der Standardsoftware eine Sourcecodehinterlegung erfolgt

wäre, hätte die BBG nämlich keinen Zugriff auf den Sourcecode erhalten. Wie der Auftraggebervertreter in der mündlichen Verhandlung in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen darauf aufmerksam machte, wären nämlich die in Pkt. 6 "Übergabe des Materials an den Lizenznehmer" der gemäß Pkt. 2.1 letzter Absatz des Altvertrages vergleiche "Beilage") zur Verwendung in Aussicht genommenen Musterescrow-Vereinbarung, Multi-Lizenzvertrag, normierten "Herausgabetatbestände" nicht verwirklicht gewesen wären.

Vgl. Pkt. 6.1 des Multi-Lizenzvertrages: Insbesondere Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über den Lizenzgeber bzw. Ablehnung eines entsprechenden Antrages mangels Masse bzw. Eintritt eines dieser Ereignisse gleichkommenden Ereignisses. Auch der in Pkt. 6.1 des Multi-Lizenzvertrages vorgesehene Überlassungsfall für den Sourcecode wäre gegenständlich nicht eingetreten. Demnach kann der Berechtigte dann auf den Sourcecode zugreifen, wenn sich der Lizenzgeber des Sourcecodes begibt und der Übernehmer des Sourcecodes kein entsprechendes Wartungsangebot macht. Dies ist im konkreten Fall nicht anzunehmen, da mit dem Wartungsangebot der B*** ein entsprechendes Wartungsangebot des Sourcecodeübernehmers vorliegt und auch ein dies fixierender Wartungsvertrag bereits in seinem Entwurf vorhanden ist.

Da aber der Auftraggeber somit selbst keinen Zugriff auf den Sourcecode für die Standardsoftware Impact Ordering hat und einen Zugriff auf den Sourcecode mangels Escrow-Hinterlegung auch nicht erlangen kann, liegt es auf der Hand, dass der Auftraggeber auch keinem vom Sourcecodeinhaber verschiedenen Dritten Zugang zum Sourcecode verschaffen kann.

Wie erwähnt, ist der Sourcecode jedoch zur Bearbeitung und zur Anpassung der Software, somit zur vertragsgegenständlichen Wartung der Software (Fehlerbehebung, Weiterentwicklung nach den Anforderungen des Auftraggebers etc.) notwendig.

Der Softwareersteller - und gleichzeitig Sourcecodeinhaber - behält sich die Softwarewartung als den "einträglicheren Teil des Geschäftes" generell selbst vor (siehe Sachverständiger mündliche Verhandlung).

Wie aus dem Befund des Sachverständigengutachtens hervorgeht, wäre durch eine allfällige Dekompilierung des Java-Codes (Pseudomaschinencodes) - die Software Impact Ordering ist in der Programmiersprache Java geschrieben - nur eine notdürftige Bearbeitung möglich. In der dekompierten Form eines Java-Codes finden sich in der Regel keine sinnvollen Variablennamen und dergleichen, sodass die Bearbeitung äußerst mühsam ist. In der mündlichen Verhandlung ergänzte der Sachverständige seine Ausführungen dahingehend, dass lediglich kleinere Anpassungen möglich wären, die Gesamtlogik der Software damit allerdings jedenfalls nicht erfasst werden kann. Hinzu kommt, dass es auch Java-Codes gibt, die gar nicht mit sinnvollem Ergebnis dekompiert werden können.

Die Kerntätigkeiten des zwischen der BBG und der B*** in Aussicht genommenen Neuvertrages - insbesondere die Erstellung von Softwareanpassungen, Anpassen der Schnittstellen und die Beseitigung von Fehlern in der Software - erfordern daher den Zugriff auf den Sourcecode und können entgegen der Auffassung des Antragstellers tatsächlich nur vom Quellcodeinhaber erbracht werden (siehe Beantwortung der Frage 1 des Sachverständigengutachtens).

Was jene in Anlage 4 des Neuvertrages "Aufgabenverteilung Zusammenarbeit HH BBG" genannten Tätigkeiten betrifft, die grundsätzlich ohne Sourcecode erledigt werden könnten (z.B. in den Kategorien Kommunikation und Dokumentation; siehe im Einzelnen den Befund zum Sachverständigengutachten) so sind diese Tätigkeiten Nebentätigkeiten zu den Arbeiten am Sourcecode und werden in der Regel vom selben Dienstleister erbracht, der auch die sourcecodegebundenen bzw. sourcecodenahen Tätigkeiten durchführt. Dies findet seine Begründung darin, dass diese Tätigkeiten ohne detaillierte Informationen zu den übrigen Aufgaben (Kernaufgaben) nicht erbracht werden können. Eine getrennte Besorgung von sourcecodegebundenen Tätigkeiten einerseits und sourcecodeungebundenen Tätigkeiten andererseits durch verschiedene Unternehmer ist demnach - so der Sachverständige in seinem Gutachten - kaum sinnvoll und in der EDV- Branche auch nicht üblich. Diese Ausführungen des Sachverständigen stützen sich auf seine diesbezügliche Erfahrung als einschlägiger Fachmann.

Unter Zugrundelegung des Gesagten kommt daher aber auch eine allfällige Teilvergabe iSd § 22 Abs. 1 BVergG schon im Hinblick auf dagegen sprechende technische Gesichtspunkte nicht in Betracht. Unter Zugrundelegung des Gesagten kommt daher aber auch eine allfällige Teilvergabe iSd Paragraph 22, Absatz eins, BVergG schon im Hinblick auf dagegen sprechende technische Gesichtspunkte nicht in Betracht.

- -Strichaufzählung

Zur Übertragung des Sourcecodes vom Sourcecodeinhaber D*** auf die B***:

Sourcecodeinhaber für die Software Impact Ordering ist der Softwareersteller und damit grundsätzlich die D***, sodass grundsätzlich nur diese zur umfassenden Bearbeitung ihrer Software berechtigt ist. Der Sourcecodeinhaber kann diese Berechtigung allerdings vertraglich übertragen. Dies ist im gegenständlichen Fall geschehen:

Die D*** ist als Hersteller und Entwickler der Katalogeinkaufssoftware Impact Ordering alleiniger Inhaber des Sourcecodes. Zur Erfüllung des zwischen der BBG und C*** abgeschlossenen Altvertrages zur Besorgung der Agenden der Standardsoftware Impact Ordering hat die C*** daher die D*** als Subunternehmer eingesetzt. Die entsprechenden Leistungen konnten nur von der D*** als Sourcecodeinhaber erbracht werden. Die C*** selbst ist niemals Inhaber des Sourcecodes, sondern nur als Lizenzmittler tätig geworden (siehe oben). Die Belange der Implementierung und Wartung von Impact Ordering wurden von der D*** durch ihre seinerzeit in XXX ansässige Niederlassung mit rund 15 Mitarbeitern für alle Kunden der Standardsoftware Impact Ordering besorgt. Die D*** ist als Hersteller und Entwickler der Katalogeinkaufssoftware Impact Ordering alleiniger Inhaber des Sourcecodes. Zur Erfüllung des zwischen der BBG und C*** abgeschlossenen Altvertrages zur Besorgung der Agenden der Standardsoftware Impact Ordering hat die C*** daher die D*** als Subunternehmer eingesetzt. Die entsprechenden Leistungen konnten nur von der D*** als Sourcecodeinhaber erbracht werden. Die C*** selbst ist niemals Inhaber des Sourcecodes, sondern nur als Lizenzmittler tätig geworden (siehe oben). Die Belange der Implementierung und Wartung von Impact Ordering wurden von der D*** durch ihre seinerzeit in römisch 30 ansässige Niederlassung mit rund 15 Mitarbeitern für alle Kunden der Standardsoftware Impact Ordering besorgt.

Mit "Unternehmenskaufvertrag" vom 1.7.2010 zwischen der D***, und der B***, wurde der Betriebsteil XXX der D*** im Zuge einer Konzernumstrukturierung der E*** auf die B*** übertragen. Bei der mit Gesellschaftsvertrag vom 22.6.2010 neu gegründeten und am 3.8.2010 in das Handelsregister XXX eingetragenen B*** handelt es sich um eine Schwestergesellschaft der D***. Beide Gesellschaften sind Tochtergesellschaften der Konzernmuttergesellschaft E***. Mit "Unternehmenskaufvertrag" vom 1.7.2010 zwischen der D***, und der B***, wurde der Betriebsteil römisch 30 der D*** im Zuge einer Konzernumstrukturierung der E*** auf die B*** übertragen. Bei der mit Gesellschaftsvertrag vom 22.6.2010 neu gegründeten und am 3.8.2010 in das Handelsregister römisch 30 eingetragenen B*** handelt es sich um eine Schwestergesellschaft der D***. Beide Gesellschaften sind Tochtergesellschaften der Konzernmuttergesellschaft E***.

Der Abschluss des erwähnten Unternehmenskaufvertrages durch die B*** ist als gültiges Geschäft einer Vor-GmbH zu qualifizieren. Nach den Nachforschungen der Senatsvorsitzenden entspricht der Status der (Teil)rechtsfähigkeit einer Vor-GmbH nach deutschem Recht jenem nach österreichischem Gesellschaftsrecht.

Die B*** hat den Betriebsteil XXX der D*** nicht durch Abspaltung im eigentlichen Sinne, sondern durch Entrichtung des entsprechenden Kaufpreises erworben (siehe Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der mündlichen Verhandlung). Die B*** hat den Betriebsteil römisch 30 der D*** nicht durch Abspaltung im eigentlichen Sinne, sondern durch Entrichtung des entsprechenden Kaufpreises erworben (siehe Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der mündlichen Verhandlung).

Seit der Übernahme des Betriebsteiles XXX der D*** durch die B*** besorgt die B*** die bis zu diesem Zeitpunkt von der D*** wahrgenommenen Tätigkeiten für alle Kunden der Software Impact Ordering weiter. Seit der Übernahme des Betriebsteiles römisch 30 der D*** durch die B*** besorgt die B*** die bis zu diesem Zeitpunkt von der D*** wahrgenommenen Tätigkeiten für alle Kunden der Software Impact Ordering weiter.

In Bezug auf die BBG nimmt die B*** diese Aufgaben derzeit noch in ihrer Funktion als Subunternehmernachfolger der D*** für die C*** wahr. Aufgrund des Unternehmenskaufvertrages zwischen D*** und B*** ist die B*** nämlich unter anderem in die schuldrechtlichen Verhältnisse der D***, so auch in die Subunternehmerstellung der D*** mit dem "Nochvertragspartner" C*** der BBG, eingetreten. (Vgl. auch Pkt XVI des Altvertrages, wonach sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf einen Dritten überbunden werden können). Aufgrund der vertraglichen Übernahme ua. der schuldrechtlichen Verpflichtungen der seinerzeitigen D*** durch die B*** ist die B*** derzeit noch vertraglich an die C*** gebunden und dieser gegenüber als Subunternehmer zur Erbringung der Wartungs- und Weiterentwicklungsleistungen an die BBG verpflichtet. In Bezug auf die BBG nimmt die B*** diese Aufgaben derzeit noch in ihrer Funktion als Subunternehmernachfolger der D*** für die C*** wahr. Aufgrund des Unternehmenskaufvertrages zwischen D*** und B*** ist die B*** nämlich unter anderem in die schuldrechtlichen

Verhältnisse der D***, so auch in die Subunternehmerstellung der D*** mit dem "Nachvertragspartner" C*** der BBG, eingetreten. (Vgl. auch Pkt römisch sechzehn des Altvertrages, wonach sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf einen Dritten überbunden werden können). Aufgrund der vertraglichen Übernahme ua. der schuldrechtlichen Verpflichtungen der seinerzeitigen D*** durch die B*** ist die B*** derzeit noch vertraglich an die C*** gebunden und dieser gegenüber als Subunternehmer zur Erbringung der Wartungs- und Weiterentwicklungsleistungen an die BBG verpflichtet.

Unter der Voraussetzung des Zustandekommens des beabsichtigten (Wartungs)neuvertrages zwischen der BBG und der B*** wird allerdings der derzeit noch aufrechte Altvertrag zwischen BBG und C*** einvernehmlich aufgelöst werden, sodass die B*** ab diesem Zeitpunkt nicht mehr als Subunternehmer tätig sein wird, sondern ihre Leistung ausschließlich selbst vertreiben wird. Eines Subunternehmers oder eines Implementierungspartners wird sich die B*** hierzu nicht bedienen (vgl. Befundaufnahme des Sachverständigengutachtens, Website der B***, auf der keine Implementierungspartner aufscheinen sowie Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers mündliche Verhandlung). Unter der Voraussetzung des Zustandekommens des beabsichtigten (Wartungs)neuvertrages zwischen der BBG und der B*** wird allerdings der derzeit noch aufrechte Altvertrag zwischen BBG und C*** einvernehmlich aufgelöst werden, sodass die B*** ab diesem Zeitpunkt nicht mehr als Subunternehmer tätig sein wird, sondern ihre Leistung ausschließlich selbst vertreiben wird. Eines Subunternehmers oder eines Implementierungspartners wird sich die B*** hierzu nicht bedienen vergleiche Befundaufnahme des Sachverständigengutachtens, Website der B***, auf der keine Implementierungspartner aufscheinen sowie Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers mündliche Verhandlung).

Laut der Präambel des genannten Unternehmenskaufvertrages tritt der Käufer in sämtliche bei der D*** bezüglich des Betriebsteils XXX bestehenden Anstellungsverhältnisse ein, erwirbt das gesamte bewegliche Sachanlagevermögen des Betriebsteils XXX der D***, tritt in die bestehenden Dauerschuldverhältnisse bezüglich des Betriebsteils XXX der D*** ein, erhält das Recht, in die von der D*** bezüglich des Betriebsteils XXX bereits begründeten bzw. auf diese übergeleitete Kundenbeziehungen einzutreten, erwirbt die per 1.7.2010 vorhandenen Forderungen aus Lieferungen und Leistungen bezüglich der Kunden des Betriebsteils XXX der D***, erwirbt das per 1.7.2010 vorhandene Kassenvermögen des Betriebsteils XXX der D*** und übernimmt die per 1.7.2010 definierten Passiva bezüglich des Betriebsteils XXX der D***. Laut der Präambel des genannten Unternehmenskaufvertrages tritt der Käufer in sämtliche bei der D*** bezüglich des Betriebsteils römisch 30 bestehenden Anstellungsverhältnisse ein, erwirbt das gesamte bewegliche Sachanlagevermögen des Betriebsteils römisch 30 der D***, tritt in die bestehenden Dauerschuldverhältnisse bezüglich des Betriebsteils römisch 30 der D*** ein, erhält das Recht, in die von der D*** bezüglich des Betriebsteils römisch 30 bereits begründeten bzw. auf diese übergeleitete Kundenbeziehungen einzutreten, erwirbt die per 1.7.2010 vorhandenen Forderungen aus Lieferungen und Leistungen bezüglich der Kunden des Betriebsteils römisch 30 der D***, erwirbt das per 1.7.2010 vorhandene Kassenvermögen des Betriebsteils römisch 30 der D*** und übernimmt die per 1.7.2010 definierten Passiva bezüglich des Betriebsteils römisch 30 der D***.

Mit dem Unternehmenskaufvertrag zwischen der D*** und der B*** über den Betriebsteil XXX der D*** sind aber nicht nur ein umfassender Rechtsübergang in schuldrechtlicher Hinsicht und weiters die Übernahme des Umlaufvermögens usw. erfolgt, sondern ist auch der zur Wahrnehmung der ehemals von der D*** als Subunternehmer der C*** besorgten Tätigkeiten erforderliche Sourcecode für die Software Impact Ordering auf die B*** übergegangen: Mit dem Unternehmenskaufvertrag zwischen der D*** und der B*** über den Betriebsteil römisch 30 der D*** sind aber nicht nur ein umfassender Rechtsübergang in schuldrechtlicher Hinsicht und weiters die Übernahme des Umlaufvermögens usw. erfolgt, sondern ist auch der zur Wahrnehmung der ehemals von der D*** als Subunternehmer der C*** besorgten Tätigkeiten erforderliche Sourcecode für die Software Impact Ordering auf die B*** übergegangen:

Gemäß Pkt. 4, 1. Teilstich der Präambel des Unternehmenskaufvertrages erwirbt die Käuferin weiters die von der D*** entwickelten Softwareprodukte exklusiv und erhält das Recht, in die Kundenbeziehungen einzutreten.

Gemäß Pkt. 4, 3. Teilstich der Präambel werden auf die Käuferin sämtliche vorhandenen gewerblichen Schutzrechte, Patente, Lizenzen bezüglich der Software IO und des Betriebsteils XXX übertragen. Gemäß Pkt. 4, 3. Teilstich der Präambel werden auf die Käuferin sämtliche vorhandenen gewerblichen Schutzrechte, Patente, Lizenzen bezüglich der Software IO und des Betriebsteils römisch 30 übertragen.

Zum in der Vertragspräambel angekündigten exklusiven Erwerb der von der D*** entwickelten Softwareprodukte sowie zur Übertragung sämtlicher vorhandenen gewerblichen Schutzrechte, Patente und Lizenzen bezüglich der Software IO und des Betriebsteils XXX, wird in § 1 des Vertragstextes des Unternehmenskaufvertrages (Immaterielle Vermögensgegenstände), im Einzelnen Folgendes geregelt: Zum in der Vertragspräambel angekündigten exklusiven Erwerb der von der D*** entwickelten Softwareprodukte sowie zur Übertragung sämtlicher vorhandenen gewerblichen Schutzrechte, Patente und Lizenzen bezüglich der Software IO und des Betriebsteils römisch 30, wird in Paragraph eins, des Vertragstextes des Unternehmenskaufvertrages (Immaterielle Vermögensgegenstände), im Einzelnen Folgendes geregelt:

§ 1 (Immaterielle Vermögensgegenstände) lautet: Paragraph eins, (Immaterielle Vermögensgegenstände) lautet:

Die Verkäuferin verkauft und übereignet mit wirtschaftlicher Wirkung zum Übergangszeitpunkt gemäß § 6 an die dies annehmende Käuferin: Die Verkäuferin verkauft und übereignet mit wirtschaftlicher Wirkung zum Übergangszeitpunkt gemäß Paragraph 6, an die dies annehmende Käuferin:

Das gesamte in der D*** Betriebsteil XXX verkörperte Know-how, die Kundenbeziehungen, die von der D*** Betriebsteil XXX entwickelten, auf Datenträgern befindlichen Softwareprodukte, Quellcodes, Softwaredokumentationen sowie weiterer schriftlicher Materialien zur Produktbeschreibung (nachfolgend nur "Software" oder "Softwareprodukte" genannt), die Schulungsunterlagen mit Dokumentationen sowie sämtliche vorhandenen gewerblichen Schutzrechte, Patente und Lizenzen. Die Verkäuferin veräußert und überträgt der Käuferin diese Softwareprodukte exklusiv inklusive aller daran bestehenden Rechte. Insbesondere hat die Käuferin das Recht, die ihr übertragene Software in jeder Form zu dekompileieren, weiter zu entwickeln und beliebig zu verwerten. Die Verwertung umfasst insbesondere das Recht zur Veräußerung der Software im Ganzen oder von Teilen derselben an Dritte. Zu diesem Zweck überträgt die Verkäuferin dem Erwerber für alle bekannten Nutzungsarten ein exklusives, ausschließliches, übertragbares, unwiderrufliches und unbeschränktes Nutzungs-, Weiterentwicklungs- und Verwertungsrecht. Ferner überträgt die Verkäuferin der Käuferin sämtliche Lizenzen an Softwareprodukten Dritter (Fremdsoftware), soweit diese der Verkäuferin zustehen und /oder soweit sie hierüber verfügen kann. Eine nicht abschließende Aufstellung der von dieser Klausel erfassten Software bzw. der Softwareprodukte befindet sich in Anlage 1. Das gesamte in der D*** Betriebsteil römisch 30 verkörperte Know-how, die Kundenbeziehungen, die von der D*** Betriebsteil römisch 30 entwickelten, auf Datenträgern befindlichen Softwareprodukte, Quellcodes, Softwaredokumentationen sowie weiterer schriftlicher Materialien zur Produktbeschreibung (nachfolgend nur "Software" oder "Softwareprodukte" genannt), die Schulungsunterlagen mit Dokumentationen sowie sämtliche vorhandenen gewerblichen Schutzrechte, Patente und Lizenzen. Die Verkäuferin veräußert und überträgt der Käuferin diese Softwareprodukte exklusiv inklusive aller daran bestehenden Rechte. Insbesondere hat die Käuferin das Recht, die ihr übertragene Software in jeder Form zu dekompileieren, weiter zu entwickeln und beliebig zu verwerten. Die Verwertung umfasst insbesondere das Recht zur Veräußerung der Software im Ganzen oder von Teilen derselben an Dritte. Zu diesem Zweck überträgt die Verkäuferin dem Erwerber für alle bekannten Nutzungsarten ein exklusives, ausschließliches, übertragbares, unwiderrufliches und unbeschränktes Nutzungs-, Weiterentwicklungs- und Verwertungsrecht. Ferner überträgt die Verkäuferin der Käuferin sämtliche Lizenzen an Softwareprodukten Dritter (Fremdsoftware), soweit diese der Verkäuferin zustehen und /oder soweit sie hierüber verfügen kann. Eine nicht abschließende Aufstellung der von dieser Klausel erfassten Software bzw. der Softwareprodukte befindet sich in Anlage 1.

Gemäß den Regelungen des § 1 des Unternehmenskaufvertrages im Zusammenhalt mit der Vertragspräambel wurden somit sämtliche Nutzungsrechte und das unbeschränkte Nutzungsrecht, Weiterentwicklungsrecht und Verwertungsrecht für die Software Impact Ordering an die B*** als Käuferin des Betriebsteiles XXX der D*** exklusiv und inklusive aller daran bestehenden Rechte übertragen. Unter einem sind auch alle Quellcodes an die B*** übergegangen. Gemäß den Regelungen des Paragraph eins, des Unternehmenskaufvertrages im Zusammenhalt mit der Vertragspräambel wurden somit sämtliche Nutzungsrechte und das unbeschränkte Nutzungsrecht, Weiterentwicklungsrecht und Verwertungsrecht für die Software Impact Ordering an die B*** als Käuferin des Betriebsteiles römisch 30 der D*** exklusiv und inklusive aller daran bestehenden Rechte übertragen. Unter einem sind auch alle Quellcodes an die B*** übergegangen.

Den Gebrauch des Begriffes "Quellcode" in seinem Plural erklärte der Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfänger nachvollziehbar damit, dass es sich hierbei um Vorcodes handeln könne und durch die

getroffene Formulierung in der Mehrzahl sichergestellt werden sollte, dass alle Quellcodes übertragen und keine diesbezüglichen Rechte beim Verkäufer D*** verbleiben würden. Die Plausibilität dieser Ausführungen ergibt sich auch aus den Bemerkungen des Sachverständigen. Der Sachverständige hielt in der mündlichen Verhandlung nämlich fest, dass sich der Terminus "Quellcodes" im Plural auf mehrere Versionen ein und derselben Software (konkret Impact Ordering) beziehen kann "und die dahinterstehende Idee wohl gewesen sei, dass allfällige vorhandene mehrere Versionen des Quellcodes mitgehen würden".

Neben allen Quellcodes sind laut § 1 des Vertrages darüber hinaus auch sämtliche Nutzungsrechte und das unbeschränkte Nutzungs-, Weiterentwicklungs- und Verwertungsrecht auf die B*** übergegangen. Neben allen Quellcodes sind laut Paragraph eins, des Vertrages darüber hinaus auch sämtliche Nutzungsrechte und das unbeschränkte Nutzungs-, Weiterentwicklungs- und Verwertungsrecht auf die B*** übergegangen.

Daran, dass es sich bei der übertragenen Software, den an dieser bestehenden Rechten und den Quellcodes um jene für das in Rede stehende Standardsoftwareprodukt Impact Ordering handelt, besteht unter Betrachtung des Vertragstextes im Zusammenhalt mit der Vertragspräambel und unter Würdigung der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger in der mündlichen Verhandlung getätigten Aussagen kein Zweifel.

So ist schon in der Präambel davon die Rede, dass auf die Käuferin sämtliche vorhandenen gewerblichen Schutzrechte, Patente, Lizenzen bezüglich der Software IO und des Betriebsteiles XXX übertragen werden. Die Abkürzung "IO" ist schon im Hinblick auf die beiden Anfangsbuchstaben I und O eindeutig der Software Impact Ordering zuzuordnen und steht als Kurzform für deren Langtitel Impact Ordering. So ist schon in der Präambel davon die Rede, dass auf die Käuferin sämtliche vorhandenen gewerblichen Schutzrechte, Patente, Lizenzen bezüglich der Software IO und des Betriebsteiles römisch 30 übertragen werden. Die Abkürzung "IO" ist schon im Hinblick auf die beiden Anfangsbuchstaben römisch eins und O eindeutig der Software Impact Ordering zuzuordnen und steht als Kurzform für deren Langtitel Impact Ordering:

Die Verwendung der Abkürzung IO an Stelle der Langbezeichnung Impact Ordering wurde vom Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers nachvollziehbar begründet. Da es sich um eine konzerninterne Übertragung gehandelt habe, sei die - allen Beteiligten vertraute - unternehmensinterne Bezeichnung von Impact Ordering gewählt worden.

Darüber hinaus wird das konkret übertragene Softwareprodukt Impact Ordering in der dem Vertrag als Anlage 1 angeschlossenen 39 Seiten umfassenden "Leistungsbeschreibung ImpactTM Ordering 6.1" eingehend beschrieben.

Dass es sich - wie auch der Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers einräumt - hierbei um eine Produktbeschreibung und um keine "Aufstellung" im eigentlichen Wortsinn des § 1 letzter Satz des Unternehmenkaufvertrages handelt, ist ohne Belang. Dass es sich - wie auch der Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers einräumt - hierbei um eine Produktbeschreibung und um keine "Aufstellung" im eigentlichen Wortsinn des Paragraph eins, letzter Satz des Unternehmenkaufvertrages handelt, ist ohne Belang.

Die Bedeutung des im Vertragstext verwendeten Begriffes "Aufstellung" relativiert sich zunächst schon dadurch, dass sich diese "Aufstellung" ihrer ausdrücklichen Diktion zur Folge ohnehin als nicht abschließend versteht. Weiters ist dies auch stimmig damit, dass mit dem konkreten Vertrag allein die Software Impact Ordering, nicht jedoch auch die im vorletzten Absatz des § 1 des Vertragstextes angesprochene Fremdsoftware übertragen wurde. Die Fremdsoftware wurde von der B*** gesondert erworben (siehe Schriftverkehr zwischen Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers und Sachverständigem sowie mündliche Verhandlung). Die Bedeutung des im Vertragstext verwendeten Begriffes "Aufstellung" relativiert sich zunächst schon dadurch, dass sich diese "Aufstellung" ihrer ausdrücklichen Diktion zur Folge ohnehin als nicht abschließend versteht. Weiters ist dies auch stimmig damit, dass mit dem konkreten Vertrag allein die Software Impact Ordering, nicht jedoch auch die im vorletzten Absatz des Paragraph eins, des Vertragstextes angesprochene Fremdsoftware übertragen wurde. Die Fremdsoftware wurde von der B*** gesondert erworben (siehe Schriftverkehr zwischen Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers und Sachverständigem sowie mündliche Verhandlung).

Dies verdeutlicht und belegt, dass die im Vertrag ausdrücklich als "nicht abschließende Aufstellung" bezeichnete Anlage 1 von vornherein keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhoben hat.

Schließlich teilte auch der Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers dem Sachverständigen nach

nochmaliger Nachfrage bei seinem Mandanten mittels E-Mails mit, dass es sich bei der in Rede stehenden Leistungsbeschreibung von Impact Ordering um die im Vertrag angesprochene Anlage 1 handelt und dass die Fremdsoftware von der B*** gesondert übernommen wurde.

Hinzu kommt, dass der aus rund 15 Mitarbeitern bestehende ehemalige Betriebsteil XXX der D*** die Wartung für sämtliche Kunden des Softwareproduktes Impact Ordering besorgt hat, sodass davon auszugehen ist, dass die Agenden "Impact Ordering" ein Haupttätigkeitsfeld der seinerzeitigen Niederlassung XXX der D*** mit ihren 15 Mitarbeitern waren. Mit dem Unternehmenskaufvertrag ist die B*** auch in alle Anstellungsverhältnisse der Mitarbeiter der seinerzeitigen D*** eingetreten. Auch dies zeugt davon, dass mit dem gegenständlichen Unternehmenskaufvertrag über die Niederlassung XXX der D*** die Agenden und die Rechte an der Standardsoftware Impact Ordering einschließlich der Quellcodes an die B*** übertragen wurden. Hinzu kommt, dass der aus rund 15 Mitarbeitern bestehende ehemalige Betriebsteil römisch 30 der D*** die Wartung für sämtliche Kunden des Softwareproduktes Impact Ordering besorgt hat, sodass davon auszugehen ist, dass die Agenden "Impact Ordering" ein Haupttätigkeitsfeld der seinerzeitigen Niederlassung römisch 30 der D*** mit ihren 15 Mitarbeitern waren. Mit dem Unternehmenskaufvertrag ist die B*** auch in alle Anstellungsverhältnisse der Mitarbeiter der seinerzeitigen D*** eingetreten. Auch dies zeugt davon, dass mit dem gegenständlichen Unternehmenskaufvertrag über die Niederlassung römisch 30 der D*** die Agenden und die Rechte an der Standardsoftware Impact Ordering einschließlich der Quellcodes an die B*** übertragen wurden.

- -Strichaufzählung

Schlussfolgerungen:

Aufgrund des bestehenden Ausschließlichkeitsrechtes der B*** an der Software Impact Ordering iSd § 30 Abs 2 Z 2 BVergG ist daher tatsächlich nur dieses Unternehmen zur Erbringung der konkret zu vergebenden Wartungs- und Entwicklungsleistungen in der Lage. Es verfügt kein Dritter über die Lizenz zur Nutzung des Ausschließlichkeitsrechtes der B*** und kein Dritter kann eine solche Lizenz in angemessener (nämlich rechtmäßiger) Weise erlangen. Aufgrund des bestehenden Ausschließlichkeitsrechtes der B*** an der Software Impact Ordering iSd Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ist daher tatsächlich nur dieses Unternehmen zur Erbringung der konkret zu vergebenden Wartungs- und Entwicklungsleistungen in der Lage. Es verfügt kein Dritter über die Lizenz zur Nutzung des Ausschließlichkeitsrechtes der B*** und kein Dritter kann eine solche Lizenz in angemessener (nämlich rechtmäßiger) Weise erlangen.

Wie sich schon der Beantwortung der Frage 3 des Sachverständigengutachtens entnehmen lässt, ist somit auch das Erfordernis des Nichtvorliegens eines Wettbewerbes für die verfahrensgegenständlichen Leistungen am Markt erfüllt. Die verfahrensgegenständlichen Leistungen können nur vom Sourcecodeinhaber (B***) erbracht werden. Zumal durch allfällige Dekompilierung nur geringfügige Softwareanpassungen vorgenommen werden können, stehen der Wahrnehmung der geschuldeten Leistungserbringung durch einen von der B*** verschiedenen Unternehmer ohne Zugriff auf die durch das Ausschließlichkeitsrecht der B*** geschützte Berechtigung unüberwindbare Schwierigkeiten entgegen.

Der Sachverständige kam in seinem Gutachten somit abschließend zu dem Ergebnis, dass ein Unternehmer, der keinen Zugriff auf den Sourcecode der Lösung und keinen Zugriff auf das Personal mit dem Know-how der technischen Lösung besitzt, zur Auftragserfüllung tatsächlich nicht in der Lage ist (siehe Frage 4 des Sachverständigengutachtens).

Es ist daher auch im Sinne der EuGH- Judikatur (vgl. EuGH 18.5.1995, Rs C- 57/94, Kommission/Italien) unbedingt erforderlich, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen, nämlich an die B***, zu vergeben (vgl. auch VfGH 5.12.2008, G 113/08). Es ist daher auch im Sinne der EuGH- Judikatur vergleiche EuGH 18.5.1995, Rs C- 57/94, Kommission/Italien) unbedingt erforderlich, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen, nämlich an die B***, zu vergeben vergleiche auch VfGH 5.12.2008, G 113/08).

- -Strichaufzählung

Zur Üblichkeit des Wartungsentgeltes:

Am dargestellten Ergebnis vermag auch das im Neuvertrag der BBG mit der B*** veranschlagte Wartungsentgelt, dessen Angemessenheit vom Antragsteller - zu Unrecht - in Abrede gestellt wurde, keine Änderung zu ergeben.

Sieht man einmal davon ab, dass nicht erkennbar ist, inwiefern eine allfällige Preisunangemessenheit von Einfluss auf das aus rechtlichen Gründen bestehende Ausschließkeitsrecht des präsumtiven Zuschlagsempfängers zur Leistungserbringung sein sollte, liegt eine solche Preisunangemessenheit gegenständlich aber ohnehin nicht vor.

Schon in seinem Gutachten in Beantwortung der Frage 5 bezeichnete der Sachverständige das veranschlagte Wartungsentgelt als üblich und führte aus, dass das im Altvertrag mit Euro 96.078,49 pro Jahr ausgepreiste Wartungsentgelt und das im Neuvertrag vorgesehene fixe Pauschalwartungsentgelt von Euro 92.152,- pro Jahr in üblicher Relation zueinander stehen. Weiters, dass es sich beim Neuvertrag um einen in der EDV üblichen Wartungsvertrag mit einer Weiterentwicklungskomponente nach Aufwand handelt.

In der mündlichen Verhandlung vermochte sich der Sachverständige auch der Ansicht des Antragstellers, dass die aktuellen Marktpreise für entsprechende Wartungsleistungen vergleichsweise deutlich unter Euro 20.000,- pro Jahr liegen würden - zumal beim Kauf eines funktionierenden Katalogeinkaufssystems die Wartung mit den Jahren in Folge der Abnahme der Fehlermeldungen immer weniger werden solle - nicht anzuschließen.

Im Gegenteil: Der Sachverständige erklärte dezidiert, dass die Wartungskosten über die Lebensdauer grundsätzlich nicht sinken und die Fehlerzahl nicht gegen Null geht, sondern dass vielmehr aufgrund laufender Anpassungen an die technische Umgebung neue Fehlerquellen entstehen. Bezeichnenderweise traf der Sachverständige hiezu die Bemerkung, kein technisches System zu kennen, in dem über die Lebensdauer die Fehlerzahl gegen Null gehen würde.

Der Sachverständige stellte weiters klar, dass eine eindeutige Relation zwischen dem Anschaffungspreis einer Software und den zu erwartenden jährlichen Wartungskosten besteht und bezeichnete infolge dessen die vom Antragsteller pauschal getroffene Feststellung, dass das jährliche Wartungsentgelt bei Euro 22.000,- liegen würde, als nicht nachvollziehbar. Nachvollziehbar wäre dieser Betrag nur dann, wenn der Anschaffungspreis der Software Euro 200.000,- betragen hätte. Im Standardsoftwarebereich liegt die jährliche Pauschalwartungssumme zumindest in der Höhe von 10% des Einmalentgeltes für die Beschaffung der Software, wobei diese Prozentsätze bei bekannten Softwareproduzenten noch darüber liegen können.

Zur Untermauerung seiner Ausführungen legte der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung einen der Fachzeitschrift "Computerwoche" entnommenen, mit der Überschrift "SAP langt bei den Wartungskosten kräftig hin" übertitelten Artikel vor. Darin ist davon die Rede, dass "beginnend ab Januar 2009 die jährlichen Wartungskosten für alle SAP- Kunden von derzeit 17% stufenweise über vier Jahre auf 22% angehoben werden". Das wiedergegebene Preisniveau der Softwarewartung wie auch der erwähnte Artikel betreffen die Wartungskosten für Standardsoftware ganz allgemein. Dass sich dies bei Katalogeinkaufssoftware anders verhalten sollte, vermochte weder der Antragsteller stichhaltig darzulegen noch konnte der Sachverständige dies bestätigen. Der Sachverständige stellte unter Bezugnahme auf den besagten Artikel vielmehr unmissverständlich fest, "dass es sich hierbei um das Entgelt für jene Wartungsleistungen handelt, die laut Vertrag von der B*** wahrzunehmen wären". Die Tatsache, dass der Sachverständige aufgrund der "Schwammigkeit" der ihm vorliegenden Neuvertragsregelungen den tatsächlichen Wartungsumfang nicht zweifelsfrei festmachen konnte, vermag dieser grundsätzlich geltenden Aussage keinen Abbruch zu tun.

Nicht zuletzt ist anzumerken, dass es auch nach dem Altvertrag eine - abzugeltende - Wartungskomponente gegeben hat. Das im Neuvertrag vorgesehene Entgelt liegt sogar geringfügig unter dem im Altvertrag ausgepreisten Entgelt.

Schließlich erteilte der Sachverständige auch der Ansicht des Antragstellers, wonach es international üblich sein solle, dass in die Standardsoftware übernommene Weiterentwicklungen eines Katalogsystems vom Softwareersteller kostenlos durchgeführt würden, eine Absage. Der Sachverständige stellte hiezu fest, dass er eine solche internationale "Üblichkeit" bisher nicht feststellen konnte.

Wäre dies tatsächlich der Fall, müsste gerade im Sinne des vom Antragsteller ins Treffen geführten Wirtschaftlichkeitsaspektes von einer Neuausschreibung des Gesamtsystems jedenfalls abgesehen werden, da der ursprüngliche Softwareunternehmer sein System ohnehin kostenlos weiterbetreuen würde. Bezeichnenderweise spricht der Antragsteller selbst (I***), in der mündlichen Verhandlung auch gar nicht mehr davon. In der mündlichen Verhandlung war nur mehr davon die Rede, dass der Softwareersteller kleine Weiterentwicklungen selbst durchführen würde und auch dies nur unter der Voraussetzung, dass er diese Weiterentwicklungen auch anderen Kunden seiner Software zur Verfügung stellen kann. Ansonsten spricht der Antragsteller "nur mehr" von einer Kostenteilung zwischen dem Kunden und dem Auftragnehmer.

Die Beurteilung des keineswegs als unüblich oder gar als unangemessen zu bezeichnenden Wartungsentgeltes durch den Sachverständigen erfolgte zudem unter Einbeziehung der von H*** in der mündlichen Verhandlung getätigten Aussagen (vgl. Sachverständiger mündliche Verhandlung). Die Beurteilung des keineswegs als unüblich oder gar als unangemessen zu bezeichnenden Wartungsentgeltes durch den Sachverständigen erfolgte zudem unter Einbeziehung der von H*** in der mündlichen Verhandlung getätigten Aussagen vergleiche Sachverständiger mündliche Verhandlung).

Im Hinblick auf die Üblichkeit des konkret in Rechnung zu stellenden Wartungsentgeltes ist die beabsichtigte Auftragsvergabe aber auch unter dem Gesichtspunkt des § 19 Abs 1 2. Satz BVergG, wonach die Vergabe ua. zu angemessenen Preisen zu erfolgen hat, nicht zu beanstanden. Im Hinblick auf die Üblichkeit des konkret in Rechnung zu stellenden Wartungsentgeltes ist die beabsichtigte Auftragsvergabe aber auch unter dem Gesichtspunkt des Paragraph 19, Absatz eins, 2. Satz BVergG, wonach die Vergabe ua. zu angemessenen Preisen zu erfolgen hat, nicht zu beanstanden.

Auf das Vorbringen des Antragstellers, dass der beim präsumtiven Zuschlagsempfänger wie auch der beim Auftraggeber selbst benötigte Mitarbeiterereinsatz unangemessen bzw. unwirtschaftlich sein sollte, braucht daher nicht näher eingegangen zu werden.

Abgesehen davon konnte der Auftraggeber den Vorwurf eines unverhältnismäßig hohen Personaleinsatzes in der mündlichen Verhandlung entkräften. Die beim Auftraggeber nicht nur mit der Wartung des Vertrages mit der C*** bzw. mit der B***, sondern mit der Wartung von insgesamt 300 bis 400 Verträgen befassten 4,5 - und nicht sechs - Mitarbeiter fungieren darüber hinaus als Koordinationsstelle für die einzelnen Bereiche in der BBG einerseits und für die Kunden der BBG andererseits. Dazu obliegt diesen Personen auch die Durchführung anderer IT-Projekte.

Schließlich erweist sich auch die grundsätzliche Behauptung des Antragstellers, dass ein Auftraggeber aus wirtschaftlichen Überlegungen ein vorhandenes Softwaresystem aufzugeben und eine komplette Systemneuanschaffung eines Gesamtsoftwaresystems inklusive Wartung zu tätigen hätte, als unzutreffend.

Mit seiner Argumentation übersieht der Antragsteller, dass es grundsätzlich in die Dispositionsfreiheit des Auftraggebers gestellt ist, seinen konkreten Beschaffungsbedarf seinen Bedürfnissen und Vorstellungen entsprechend festzulegen. Dementsprechend muss auch dem Auftraggeber die Entscheidung darüber überlassen bleiben, welche Leistung oder Menge dafür am zweckmäßigsten und am besten geeignet ist (vgl. BVA 20.9.2006, N/0068- BVA/03/2006-20; BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31). Mit seiner Argumentation übersieht der Antragsteller, dass es grundsätzlich in die Dispositionsfreiheit des Auftraggebers gestellt ist, seinen konkreten Beschaffungsbedarf seinen Bedürfnissen und Vorstellungen entsprechend festzulegen. Dementsprechend muss auch dem Auftraggeber die Entscheidung darüber überlassen bleiben, welche Leistung oder Menge dafür am zweckmäßigsten und am besten geeignet ist vergleiche BVA 20.9.2006, N/0068- BVA/03/2006-20; BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31).

In diesem Sinne kann ein Auftraggeber zweifellos auch nicht dazu gezwungen werden, ein bestehendes und funktionierendes Altsystem über Bord zu werfen und ein neues Gesamtsystem zu beschaffen.

Ist ein solches Gebot schon allgemein nicht konstruierbar, liegt zudem die Problematik und Impraktikabilität einer solchen Vorgangsweise gerade im verfahrensgegenständlichen IT- Bereich auf der Hand. Selbst wenn es nämlich - rein theoretisch und rein wirtschaftlich gesprochen - allenfalls sinnvoll sein könnte, im Falle zu hoher Aufwendungen für die Weiterbetreuung eines Altsystems dieses durch ein Neusystem zu ersetzen, gilt es nämlich, das damit verbundene Projektrisiko zu beachten und weiters, dass zahlreiche User an ein neues System herangeführt werden müssten (vgl. Sachverständiger mündliche Verhandlung). Offensichtlich ist auch, dass ein Auftraggeber, der wie hier ein zeitlich unbegrenztes Nutzungsrecht für ein Produkt erworben hat, dieses Produkt nicht ohne weiteres austauschen möchte. Ist ein solches Gebot schon allgemein nicht konstruierbar, liegt zudem die Problematik und Impraktikabilität einer solchen Vorgangsweise gerade im verfahrensgegenständlichen IT- Bereich auf der Hand. Selbst wenn es nämlich - rein theoretisch und rein wirtschaftlich gesprochen - allenfalls sinnvoll sein könnte, im Falle zu hoher Aufwendungen für die Weiterbetreuung eines Altsystems dieses durch ein Neusystem zu ersetzen, gilt es nämlich, das damit verbundene Projektrisiko zu beachten und weiters, dass zahlreiche User an ein neues System herangeführt werden

müssten vergleiche Sachverständiger mündliche Verhandlung). Offensichtlich ist auch, dass ein Auftraggeber, der wie hier ein zeitlich unbegrenztes Nutzungsrecht für ein Produkt erworben hat, dieses Produkt nicht ohne weiteres austauschen möchte.

- -Strichaufzählung

Conclusio:

Der Auftraggeber hat sich zu Recht auf die Inanspruchnahme des Ausnahmetatbestandes des Ausschließlichkeitsrechtes des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung berufen, sodass die Zuschlagsentscheidung an die B*** zu Recht erfolgt ist. Der Auftraggeber hat sich zu Recht auf die Inanspruchnahme des Ausnahmetatbestandes des Ausschließlichkeitsrechtes des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung berufen, sodass die Zuschlagsentscheidung an die B*** zu Recht erfolgt ist.

1. b) Litera b

zu Spruchpunkt II:

Da eine Zuschlagserteilung noch nicht erfolgt ist, war der Eventualantrag auf Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen Verstoßes gegen das BVergG, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG zurückzuweisen (siehe bereits unter Pkt. 2A). Da eine Zuschlagserteilung noch nicht erfolgt ist, war der Eventualantrag auf Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen Verstoßes gegen das BVergG, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG zurückzuweisen (siehe bereits unter Pkt. 2A).

1. c) Litera c

zu Spruchpunkt III:

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Der Antragsteller hat, wie sich aus Spruchpunkt I ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen. Der Antragsteller hat, wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

09.02.2011

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