

TE Verg Bescheid 2008/5/20 N/0042-BVA/07/2008-32

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.05.2008

Norm

BVergG 2006 §8

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitbb

BVergG 2006 §103

BVergG 2006 §104 Abs2

BVergG 2006 §319

1. BVergG 2006 § 8 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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 § 103 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 103 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 104 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für die Realisierung von SOA-Services für die öffentliche Verwaltung als PPP-Projekt" des Auftraggebers Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Inneres (Sektion IV Support Unit ZMR, Hahngasse 8, Top 26/28, 1090 Wien), dieser vertreten durch

die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 3. April 2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für die Realisierung von SOA-Services für die öffentliche Verwaltung als PPP-Projekt" des Auftraggebers Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Inneres (Sektion römisch vier Support Unit ZMR, Hahngasse 8, Top 26/28, 1090 Wien), dieser vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 3. April 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag, gerichtet auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages, wird stattgegeben.

Die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages "Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für die Realisierung von SOA-Services für die öffentliche Verwaltung als PPP-Projekt, GZ: BMI-BH1000/0168-IV SU-ZMR/2008, Erkundung des Bewerberkreises" wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag, gerichtet auf Gebührenersatz gemäß § 319 Abs 3 BVergG der für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro 2.400,--, wird stattgegeben. Der Auftraggeber ist verpflichtet, der Antragstellerin zu Händen ihrer ausgewiesenen Vertreter X***, die für den Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 1.600,-- sowie die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 800,--, sohin insgesamt Euro 2.400,--, binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Dem Antrag, gerichtet auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG der für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro 2.400,--, wird stattgegeben. Der Auftraggeber ist verpflichtet, der Antragstellerin zu Händen ihrer ausgewiesenen Vertreter X***, die für den Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 1.600,-- sowie die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 800,--, sohin insgesamt Euro 2.400,--, binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Auftraggeber schrieb den verfahrensgegenständlichen Auftrag durch Bekanntmachung vom 22.3.2008, veröffentlicht im Supplement zum Amtsblatt ZI 2008/S 58-078931, aus. Laut Bekanntmachung handelt es sich um ein nicht offenes Verfahren zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote bzw. Teilnahmeanträge wurde der 21.4.2008, 11.00 Uhr, fixiert.

Die Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises", lautet auszugsweise:

"1.3. Gegenstand der Dienstleistungskonzession

Realisierung des Dienstes SOA-Services wie unten beschrieben als PPP-Projekt zusammen mit dem BMI SU ZMR, wobei der private Partner (Dienstleistungskonzessionär) für die Bereitstellung, Weiterentwicklung, Second Level Support und Wartung der Software, der öffentliche Partner BMI für Vermarktung, Betrieb des Rechenzentrums, Bereitstellung von Netzverbindungen und Datenbanken, die Abrechnung, die Bereitstellung des First Level Support zuständig sind. Alle Funktionen und Anwendungen werden über den Portalverbund bereitgestellt. Damit können alle bereits in den beteiligten Organisationen vorhandenen Rollendefinitionen und darauf basierte Benutzerberechtigungen in die Services übernommen werden. Die realisierten Entgelte aus der Dienstleistung werden zwischen privatem und öffentlichem Partner geteilt. Der genaue Modus der Aufteilung der Entgelte sowie sonstige Vertragsbedingungen sind Teil der Verhandlung. Die Leistungen der beiden Partner werden für die Entgeltaufteilung grundsätzlich als gleichwertig angesehen. Mit Ausnahme der Einnahmenaufteilung erfolgen keine Zahlungen des Auftraggebers an den Konzessionär.

Der PPP-Vertrag wird in den ersten 48 Monaten nur aus wichtigem Grund außerordentlich kündbar sein. Danach ist für jede Vertragspartei eine ordentliche Kündigung mit einer Frist von zwei Monaten zum Quartalsende möglich.

1.4 Vergabenormen und Verfahrensart

Die Vergabe erfolgt gemäß den Vorgaben des Bundesvergabegesetzes 2006 für Dienstleistungskonzessionen nach einer Verfahrensart, die sich an ein Verhandlungsverfahren anlehnt.

Der Verfahrensablauf ist geplant wie folgt: Ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung der Bewerbersuche im EU-Amtsblatt können sich Bewerber melden und das Vorliegen der Voraussetzungen nachweisen. Ab dem Zeitpunkt der positiven Prüfung der Voraussetzungen wird mit dem oder den Bewerbern verhandelt. Mit einem oder mehreren der Bewerber wird letztendlich der Dienst probeweise und nach erfolgreichem Probebetrieb als Echtsystem realisiert. Ein Vertragsabschluss erfolgt frühestens 30 Kalendertage ab Veröffentlichung der Bewerbersuche im EU- Amtsblatt. Für die Kontrolle dieses Vergabeverfahrens sind die ordentlichen Gerichte zuständig.

[...]

1.8 Eignungs- und Auswahlkriterien

Alle iSd BVergG befugten und zuverlässigen Unternehmer, die die allgemeinen Kriterien der wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit erfüllen, eine entsprechende sofort einsetzbare Softwarelösung besitzen und ein entsprechendes Einsatzkonzept vorlegen, werden zur Verhandlung eingeladen.

1.9 Kriterien für den Vertragsabschluss

Ein PPP-Vertrag wird mit maximal den ersten drei Bewerbern abgeschlossen, die die Eignungs- und Auswahlkriterien erfüllen und mit denen in vernünftiger Zeit ein erfolgreicher Probebetrieb möglich ist und eine Einigung über die Details der Dienstleistung und die Aufteilung des Entgelts (ca 50:50) zustande kommt.

[...]

3.6 Nachweise über die technische Leistungsfähigkeit des Bewerbers

3.6.1 Vorhandensein einer SOA-fähigen Software

Der Bewerbung ist eine Beschreibung der Software beizulegen, die auch beschreibt, wie sich die vergebende Stelle von Vorhandensein und Einsetzbarkeit der Software ohne hohen Aufwand überzeugen kann (zB eingesetzt bei..., Testsystem vorhanden,...). Die Beschreibung muss insbesondere auch die Spezifikation der schon realisierten Schnittstellen zu ZMR, ERnP, Standarddokumentenregister sowie Gebäude- und Wohnungsregister enthalten.

[...]

4. Dienstbeschreibung, Anforderungskatalog

4.1 Ziele

Die SU-ZMR hat zum Ziel eine Serviceplattform bereitzustellen, welche gemäß den SOA Prinzipien (Service Oriented Architecture) unterschiedliche Service-Szenarien aus dem Bereich E-Government bedienen kann. Der Zugang zur Service-Plattform steht allen Organisationen aus dem öffentlichen Bereich zur Verfügung. Als Leistungsangebot sind auf der Plattform Services für Bürger oder auch zur Steigerung der Effizienz innerhalb der öffentlichen Verwaltung vorhanden.

4.2. Wesentliche Leistungsmerkmale

- -Strichaufzählung
die Möglichkeit, registergebundene Formulare ohne Durchführung von Programmierarbeiten durch Fachabteilungen zu erstellen, also zB Formular- und Ablaufdefinition über ein Web GUI
- -Strichaufzählung
Die dazu notwendigen Konnektoren (damit gemeint: Verbindungen zu Registern und ähnlichen Datenquellen) ermöglichen den Datenzugriff auf (externe) Registerdaten -datenbanken (extern wie intern) und können von der Fachabteilung direkt (ohne Zuhilfenahme einer Person mit Programmierkenntnissen) in die Formularfunktion integriert werden
- -Strichaufzählung

Integration von Zeitstempeldienst, Verwaltungs- und Bürgerkartensignatur sowie deren automatische Prüfung und elektronische Zustellung

- -Strichaufzählung

Insgesamt wird die vollelektronische Abwicklung von (Verwaltungs-)Verfahren ermöglicht (zB Identifikation mit Bürgerkarte, Ergebnisübermittlung mit elektronischer Zustellung)

4.3. Gliederung der SOA-Services

4.3.1. Formularsystem

Das Formularsystem bietet fachlich versierten Mitarbeitern der Behörde die Möglichkeit, Formulare für einen bidirektionalen Kommunikationsprozess zwischen Anwender und Behörde aufzubauen. Über ein via Web-Browser aktivierbares Werkzeug aus dem Bereich des Formularsystems werden die einzelnen Formularinhalte auf den unterschiedlichen Ebenen - einzelnes Datenfeld, Feldgruppen, Formularblöcke und gesamtes Formular - aufgebaut. Wesentliches Merkmal hierfür ist das hierzu keinerlei Programmier oder HTML-Kenntnisse notwendig sind. Alle Funktionen des aufgebauten Formulars - Zugriff auf zentrale Register zur Dateneinblendung, variable Ein-/Ausblendung von Formularteilen oder Verzweigungen im Workflow eines Formulars - erfolgen über eine intuitive Benutzeroberfläche. Dabei können nicht nur bestehende Registerdaten verwendet werden, sondern diese auch für die im jeweiligen fachlichen Kontext notwendigen Strukturen gebracht werden und als wieder verwendbare "intelligente Blöcke" im Repository abgelegt werden.

Über diesen Mechanismus können auch eigene Rechenblöcke - wie zB Erfassung von Rechnungen mit beliebig viele Rechnungspositionen und unterschiedlichen Ust-Sätzen - aufgebaut werden. Ergebnisdokumente des Formularsystems können in unterschiedlichen elektronischen Formaten generiert werden. Es sind dies zumindest HTML-Formulare, PDF-Formulare, OpenOffice-Formulare. Es besteht jedoch - wieder ohne Programmierkenntnisse vorauszusetzen - die Möglichkeit, bestehende Drucksorten in das Formularsystem zu integrieren und somit automatisch mit Daten befüllen zu lassen. Die durch die Bearbeitung der Formulare entstandenen Ergebnisdokumente werden durch einen zentralen Service entgegengenommen, digital signiert (elektronischer Eingangsstempel) und je nach Verfahrenskonfiguration an die notwendigen verfahrensspezifischen Systeme weitergeleitet. Alle Daten werden parallel zum Dokumenten-Format als leicht verarbeitbare XML-Daten in der Eingangsdatenbank abgelegt. Für manuell abzuwickelnde Verfahren steht auf der Serviceplattform auch eine ad-hoc-workflow-Anwendung unter dem Namen "Vorgangsbearbeitung" zur Verfügung

Ergebnisse bzw. Zwischenergebnisse einer Verfahrensabwicklung können an Verfahrensbeteiligte über den Zustelldienst elektronisch übermittelt werden. Die dazu notwendige Software hat vom BKA auf Konformität mit den zugrunde liegenden Spezifikationen geprüft zu sein.

4.3.2 OpenOffice Schreibsystem

Das OpenOffice Schreibsystem ist eine konsequente Fortführung des Formularsystems, wobei der Endbenutzer zum Ausfüllen des Formulars nicht einen Web-Browser verwendet, sondern diese Funktion ("intelligente Blöcke") in das System OpenOffice integriert ist. [...]

4.3.3 Registeranbindung

Wesentliche Funktionalität der oben vorgestellten intelligenten Formularblöcke ist die Integration von zentralen Registern in eine bidirektionale Kommunikation mit dem Anwender, der das Formular ausfüllt. Zentrale Register im Sinne dieser Beschreibung sind staatlich geführte Register, denen regelmäßig die Vermutung der Richtigkeit der in ihnen gespeicherten Daten zukommt. Damit wird auf der Service-Plattform die Anbindung der Register auf Basis eines generischen Registerkonnektors unter Einhaltung aller Portalverbund-Spezifikationen mittels Web-Services bereitgestellt. Der Registerkonnektor ist ein voll integrierter Bestandteil der Formularlösung und ermöglicht unter Verwendung der von den anzubinden Registern publizierte SOAP-Schnittstellen den Zugriff auf und die Weiterverarbeitung der in den Registern geführten Daten. Jeder Bewerber muss zumindest die Anbindung an das ZMR/ERnP/Standarddokumentenregister sowie Gebäude- und Wohnungsregister erfüllen. Bei der Anbindung an die Register muss der Zugriff nicht nur auf aktuelle Daten möglich sein, sondern auch die korrekte Wiedergabe historischer Datensätze ermöglichen (inklusive beispielsweise der freien Wahl eines Stichtages bei der Abfrage der Historie).

4.3.4 Schnittstellen/Technologie

Grundlage aller externen Schnittstellen der SOA-Services basieren auf offenen Technologien wie z.B. XML und SOAP. Zentral durch die verschiedenen Register definierte Abläufe erfolgen durch die Integration des Formularsystems mit der Prozess-Engine der zentralen Register. Diese Integration stellt sicher, dass der formularbezogene Workflow in Abstimmung mit den Verfahrensabläufen stattfindet."

Mit Schriftsatz vom 3.4.2008 beantragte die A***, vertreten durch X*** (im Folgenden Antragstellerin) die Nichtigerklärung der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Akteneinsicht. Weiters wurden die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie der Ersatz der Gebühren gemäß § 319 BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt. Mit Schriftsatz vom 3.4.2008 beantragte die A***, vertreten durch X*** (im Folgenden Antragstellerin) die Nichtigerklärung der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Akteneinsicht. Weiters wurden die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie der Ersatz der Gebühren gemäß Paragraph 319, BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt.

Mit Bescheid vom 10.4.2008, GZ N/0042-BVA/07/2008-EV14, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben.

Begründend brachte die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 3.4.2008, 18.4.2008 bzw. 28.4.2008 im Wesentlichen vor, dass es sich beim gegenständlichen Vergabeverfahren um keine Dienstleistungskonzession iSv § 8 BVergG handle, sondern vielmehr um einen Dienstleistungsauftrag iSv § 6 BVergG. Begründend brachte die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 3.4.2008, 18.4.2008 bzw. 28.4.2008 im Wesentlichen vor, dass es sich beim gegenständlichen Vergabeverfahren um keine Dienstleistungskonzession iSv Paragraph 8, BVergG handle, sondern vielmehr um einen Dienstleistungsauftrag iSv Paragraph 6, BVergG.

Dienstleistungskonzessionen iSd § 8 leg.cit. seien Verträge, deren Gegenleistungen für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich im Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises bestünden. Das primär signifikante Merkmal einer Dienstleistungskonzession liege in der Einräumung des Rechts zur Nutzung der Dienstleistung durch den Konzessionsgeber an den Konzessionär. Als weiterer wesentlicher Aspekt dieses Nutzungsrechts werde auf die von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur des Risikoüberganges vom Auftraggeber auf den Konzessionär abgestellt. Unter einem Risikoübergang sei die Übernahme desjenigen wirtschaftlichen Risikos zu verstehen, das über das jeder Auftragsvergabe zugrunde liegende "normale" Kalkulationsrisiko hinausgehe. Nach gegenständlichem Sachverhalt solle der Auftragnehmer (Konzessionär) gemäß Punkt 1.3 des gegenständlichen Teilnahmeantrages beauftragt werden, die SOA-Services zusammen mit dem BMI SU ZMR umzusetzen, wobei der Auftragnehmer für die Bereitstellung, Weiterentwicklung, Second Level Support und Wartung der Software zuständig sei. Die realisierten Entgelte aus der Dienstleistung würden zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber geteilt. Daraus könne jedoch lediglich geschlossen werden, dass eine Aufteilung des Entgelts aus den Einnahmen der Dienstleistung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer erfolge. Weiters würden die Nutzungsrechte vom Auftragnehmer auf den Auftraggeber übertragen und nicht - wie gesetzlich gefordert - vom Auftraggeber auf den Auftragnehmer. Dem zukünftigen Auftragnehmer werde daher zu keinem Zeitpunkt das Recht zur Nutzung der Dienstleistung eingeräumt und erfolge daher auch kein daraus resultierender Risikoübergang vom Auftraggeber auf den Konzessionär. Dienstleistungskonzessionen iSd Paragraph 8, leg.cit. seien Verträge, deren Gegenleistungen für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich im Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises bestünden. Das primär signifikante Merkmal einer Dienstleistungskonzession liege in der Einräumung des Rechts zur Nutzung der Dienstleistung durch den Konzessionsgeber an den Konzessionär. Als weiterer wesentlicher Aspekt dieses Nutzungsrechts werde auf die von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur des Risikoüberganges vom Auftraggeber auf den Konzessionär abgestellt. Unter einem Risikoübergang sei die Übernahme desjenigen wirtschaftlichen Risikos zu verstehen, das über das jeder Auftragsvergabe zugrunde liegende "normale" Kalkulationsrisiko hinausgehe. Nach gegenständlichem Sachverhalt solle der Auftragnehmer (Konzessionär) gemäß Punkt 1.3 des gegenständlichen Teilnahmeantrages beauftragt werden, die SOA-Services zusammen mit dem BMI SU ZMR umzusetzen, wobei der Auftragnehmer für die Bereitstellung, Weiterentwicklung, Second Level Support und Wartung der Software zuständig sei. Die realisierten Entgelte aus der Dienstleistung würden zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber geteilt. Daraus könne jedoch lediglich geschlossen werden, dass eine Aufteilung des

Entgelts aus den Einnahmen der Dienstleistung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer erfolge. Weiters würden die Nutzungsrechte vom Auftragnehmer auf den Auftraggeber übertragen und nicht - wie gesetzlich gefordert - vom Auftraggeber auf den Auftragnehmer. Dem zukünftigen Auftragnehmer werde daher zu keinem Zeitpunkt das Recht zur Nutzung der Dienstleistung eingeräumt und erfolge daher auch kein daraus resultierender Risikoübergang vom Auftraggeber auf den Konzessionär.

Der Auftragnehmer solle mit der Durchführung der Dienstleistungen "Bereitstellung, Weiterentwicklung, Second Level Support und Wartung der Software" beauftragt werden. Aufgrund der Tatsache, dass der Nutzer lediglich über die Schnittstelle des Auftragnehmers die Leistung abrufen könne, es demgemäß keinen zusätzlichen Wettbewerb für den Auftragnehmer gebe und sich dieser daher nicht am Markt gegenüber anderen Unternehmen behaupten müsse, stünden die Nutzer für diese Leistung somit fest. Ein Risiko außerhalb des "normalen" Kalkulationsrisikos sei für den Auftragnehmer somit nicht vorhanden. Durch den nicht vorhandenen Wettbewerb werde den Nutzern ein konkreter Benutzungszwang auferlegt und zwar unabhängig davon, ob jeweils ein Leistungsvertrag mit drei Unternehmern abgeschlossen werde. Darüber hinaus schließe der Nutzer bei einer einschlägigen Abfrage mit dem Auftraggeber und nicht mit dem Auftragnehmer den Vertrag ab. Das Wesen einer Dienstleistungskonzession liege jedoch gerade darin, dass der Konzessionär (Auftragnehmer) mit den Nutzern den Vertrag über seine allein zu erbringende Leistung schließe. Dem Auftragnehmer werde ein konkreter (Benutzungs)Zwang auferlegt, die Dienstleistung für den Auftraggeber durchzuführen. Dadurch sei klar ersichtlich, dass das wirtschaftliche Risiko nicht auf den Auftragnehmer abgewälzt werden solle. Ein weiteres Indiz für eine Dienstleistungskonzession sei, dass der Konzessionsgeber im Zuge des Risikoüberganges die öffentliche Leistung in ihrer Gesamtheit einem Unternehmer zur Durchführung übertrage und nicht nur die Erbringung einzelner Dienstleistungen vereinbare. Im vorliegenden Fall würden dem Auftragnehmer allerdings gemäß Punkt 1.3. des gegenständlichen Teilnahmeantrages nur Teile der gegenständlichen Dienstleistung übertragen. Aus Punkt 1.3 ergebe sich, dass Leistungen für den Auftraggeber erbracht werden sollten (z.B. die daraus entstandenen neuen Verdienstmöglichkeiten für den Auftraggeber). Nutznießer der zu erbringenden Leistungen seien demnach nicht nur Dritte, sondern auch am gegenständlichen Vertrag Beteiligte, nämlich der Auftraggeber. Die Vergabe einer Dienstleistung im Wege einer Dienstleistungskonzession setze zwingend voraus, dass dem Konzessionär die Möglichkeit eingeräumt werde, durch seine eigenen wirtschaftlichen Strategien einen Nutzen aus dem "Recht zur Nutzung" zu ziehen. Der Konzessionär solle, wenn er auch das gesamte wirtschaftliche Risiko tragen müsse, die Möglichkeit besitzen, eigene Vermarktungsstrategien aufzubauen, um den Nutzen aus dieser Konzession wirtschaftlich geltend zu machen. Im vorliegenden Fall würde dies bedeuten, dass der Konzessionär den Bürgern neue Möglichkeiten anbiete, ausgestalte und einräume, ZMR-Daten abzufragen. Diese Möglichkeit werde im gegenständlichen Fall vom Auftraggeber jedoch unterbunden, da das gesamte Marketing gemäß dem gegenständlichen Teilnahmeantrag ausschließlich vom Auftraggeber übernommen werde. Diese klare Festlegung verwundere nicht, da sowohl die Rolle des Betreibers ausschließlich an das BMI gebunden sei und die Art und der Umfang der Abfrage der ZMR-Daten durch gesetzliche Bestimmungen und Kooperationsabkommen strikt vorgegeben seien. Diese Vorgaben ließen keinen Raum für notwendige Vermarktungsstrategien und Produktinnovationen durch den Konzessionär zu. Dazu komme, dass in einem Kooperationsabkommen zwischen Bund, Ländern und Gemeinden klar festgelegt sei, wie Abfrageformulare im öffentlichen Bereich auszusehen hätten. Das bedeute, dass es dem IT-Dienstleister als Konzessionär nicht nur nicht gestattet sei, Werbung für sein Produkt zu machen, sondern er an den vorgegebenen "Styleguide" gebunden wäre. Mit dieser über den zwingenden gesetzlichen Rahmen hinausgehenden weiteren Einschränkung werde dem IT-Dienstleister auch jede Möglichkeit genommen, sein Produkt in der Aufmachung und im Design so zu gestalten, dass diesem Alleinstellung zukomme. Gemäß § 15 Meldegesetz-Durchführungsverordnung sei auch die Höhe der Gebühren für eine Abfrage aus dem ZMR fest vorgegeben. Es fehle daher auch an jedem nur denkbaren Innovationspotenzial in der preislichen Gestaltung eines Vermarktungsmodells. Weiters würden insbesondere das Datenschutzgesetz 2000 sowie die einschlägigen Materiengesetze vorgeben, welche Daten von wem und wann an Dritte übermittelt werden dürften. § 16 Meldegesetz 1991 definiere eindeutig, welche Daten wie und von wem im ZMR verwaltet werden dürften. Eine flexible wirtschaftliche Ausgestaltung eines Produktes, so wie für einen Konzessionär üblich und notwendig, sei im vorliegenden Fall daher nicht möglich. Darüber hinaus sei es rechtlich unzulässig, eine Konzession für das ZMR zu vergeben. Das BMI habe die ausgeschriebenen Leistungen bereits mit der B*** (im Folgenden B***) unter dem Produktnamen XXX abgewickelt. Die gegenständliche Vergabe diene nur dem Zweck, die bisher erfolgte unzulässige Direktvergabe des BMI an die B*** zu sanieren. Dieser Umstand erkläre auch, weshalb das BMI in den Ausschreibungsunterlagen die Festlegung getroffen habe, dass die geforderten Schnittstellen bereits ausprogrammiert

sein müssten, um überhaupt anbieten zu können. Nach Recherchen der Antragstellerin erfülle diese Forderung derzeit nur B***. Aufgrund der von der Antragstellerin vorgebrachten Ausführungen handle es sich somit eindeutig um die prioritäre Dienstleistung "Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten" iSd Anhangs III, Kategorie 7, BVergG. Die Durchführung des Vergabeverfahrens habe daher nach den Regeln des BVergG für ein nicht offenes Verfahren im Oberschwellenbereich mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung zu erfolgen. Der Auftragnehmer solle mit der Durchführung der Dienstleistungen "Bereitstellung, Weiterentwicklung, Second Level Support und Wartung der Software" beauftragt werden. Aufgrund der Tatsache, dass der Nutzer lediglich über die Schnittstelle des Auftragnehmers die Leistung abrufen könne, es demgemäß keinen zusätzlichen Wettbewerb für den Auftragnehmer gebe und sich dieser daher nicht am Markt gegenüber anderen Unternehmen behaupten müsse, stünden die Nutzer für diese Leistung somit fest. Ein Risiko außerhalb des "normalen" Kalkulationsrisikos sei für den Auftragnehmer somit nicht vorhanden. Durch den nicht vorhandenen Wettbewerb werde den Nutzern ein konkreter Benutzungszwang auferlegt und zwar unabhängig davon, ob jeweils ein Leistungsvertrag mit drei Unternehmen abgeschlossen werde. Darüber hinaus schließe der Nutzer bei einer einschlägigen Abfrage mit dem Auftraggeber und nicht mit dem Auftragnehmer den Vertrag ab. Das Wesen einer Dienstleistungskonzession liege jedoch gerade darin, dass der Konzessionär (Auftragnehmer) mit den Nutzern den Vertrag über seine allein zu erbringende Leistung schließe. Dem Auftragnehmer werde ein konkreter (Benutzungs)Zwang auferlegt, die Dienstleistung für den Auftraggeber durchzuführen. Dadurch sei klar ersichtlich, dass das wirtschaftliche Risiko nicht auf den Auftragnehmer abgewälzt werden solle. Ein weiteres Indiz für eine Dienstleistungskonzession sei, dass der Konzessionsgeber im Zuge des Risikoüberganges die öffentliche Leistung in ihrer Gesamtheit einem Unternehmer zur Durchführung übertrage und nicht nur die Erbringung einzelner Dienstleistungen vereinbare. Im vorliegenden Fall würden dem Auftragnehmer allerdings gemäß Punkt 1.3. des gegenständlichen Teilnahmeantrages nur Teile der gegenständlichen Dienstleistung übertragen. Aus Punkt 1.3. ergebe sich, dass Leistungen für den Auftraggeber erbracht werden sollten (z.B. die daraus entstandenen neuen Verdienstmöglichkeiten für den Auftraggeber). Nutznießer der zu erbringenden Leistungen seien demnach nicht nur Dritte, sondern auch am gegenständlichen Vertrag Beteiligte, nämlich der Auftraggeber. Die Vergabe einer Dienstleistung im Wege einer Dienstleistungskonzession setze zwingend voraus, dass dem Konzessionär die Möglichkeit eingeräumt werde, durch seine eigenen wirtschaftlichen Strategien einen Nutzen aus dem "Recht zur Nutzung" zu ziehen. Der Konzessionär solle, wenn er auch das gesamte wirtschaftliche Risiko tragen müsse, die Möglichkeit besitzen, eigene Vermarktungsstrategien aufzubauen, um den Nutzen aus dieser Konzession wirtschaftlich geltend zu machen. Im vorliegenden Fall würde dies bedeuten, dass der Konzessionär den Bürgern neue Möglichkeiten anbiete, ausgestalte und einräume, ZMR-Daten abzufragen. Diese Möglichkeit werde im gegenständlichen Fall vom Auftraggeber jedoch unterbunden, da das gesamte Marketing gemäß dem gegenständlichen Teilnahmeantrag ausschließlich vom Auftraggeber übernommen werde. Diese klare Festlegung verwundere nicht, da sowohl die Rolle des Betreibers ausschließlich an das BMI gebunden sei und die Art und der Umfang der Abfrage der ZMR-Daten durch gesetzliche Bestimmungen und Kooperationsabkommen strikt vorgegeben seien. Diese Vorgaben ließen keinen Raum für notwendige Vermarktungsstrategien und Produktinnovationen durch den Konzessionär zu. Dazu komme, dass in einem Kooperationsabkommen zwischen Bund, Ländern und Gemeinden klar festgelegt sei, wie Abfrageformulare im öffentlichen Bereich auszusehen hätten. Das bedeute, dass es dem IT-Dienstleister als Konzessionär nicht nur nicht gestattet sei, Werbung für sein Produkt zu machen, sondern er an den vorgegebenen "Styleguide" gebunden wäre. Mit dieser über den zwingenden gesetzlichen Rahmen hinausgehenden weiteren Einschränkung werde dem IT-Dienstleister auch jede Möglichkeit genommen, sein Produkt in der Aufmachung und im Design so zu gestalten, dass diesem Alleinstellung zukomme. Gemäß Paragraph 15, Meldegesetz-Durchführungsverordnung sei auch die Höhe der Gebühren für eine Abfrage aus dem ZMR fest vorgegeben. Es fehle daher auch an jedem nur denkbaren Innovationspotenzial in der preislichen Gestaltung eines Vermarktungsmodells. Weiters würden insbesondere das Datenschutzgesetz 2000 sowie die einschlägigen Materiengesetze vorgeben, welche Daten von wem und wann an Dritte übermittelt werden dürften. Paragraph 16, Meldegesetz 1991 definiere eindeutig, welche Daten wie und von wem im ZMR verwaltet werden dürften. Eine flexible wirtschaftliche Ausgestaltung eines Produktes, so wie für einen Konzessionär üblich und notwendig, sei im vorliegenden Fall daher nicht möglich. Darüber hinaus sei es rechtlich unzulässig, eine Konzession für das ZMR zu vergeben. Das BMI habe die ausgeschriebenen Leistungen bereits mit der B*** (im Folgenden B***) unter dem Produktnamen römisch 30 abgewickelt. Die gegenständliche Vergabe diene nur dem Zweck, die bisher erfolgte unzulässige Direktvergabe des BMI an die B*** zu sanieren. Dieser Umstand erkläre auch, weshalb das BMI in den Ausschreibungsunterlagen die Festlegung getroffen habe, dass die geforderten

Schnittstellen bereits ausprogrammiert sein müssten, um überhaupt anbieten zu können. Nach Recherchen der Antragstellerin erfülle diese Forderung derzeit nur B***. Aufgrund der von der Antragstellerin vorgebrachten Ausführungen handle es sich somit eindeutig um die prioritäre Dienstleistung "Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten" iSd Anhangs römisch drei, Kategorie 7, BVergG. Die Durchführung des Vergabeverfahrens habe daher nach den Regeln des BVergG für ein nicht offenes Verfahren im Oberschwellenbereich mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung zu erfolgen.

Ein wesentlicher Grundsatz des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung sei die Zweistufigkeit. In der ersten Stufe würden die Bewerber zur Abgabe eines Teilnahmeantrages, in der zweiten Stufe die übrig gebliebenen Bieter aufgefordert, ein Angebot zu legen. Außerdem herrsche im nicht offenen Verfahren Verhandlungsverbot. Im gegenständlichen Vergabeverfahren werde zwar zur Abgabe eines Teilnahmeantrages aufgefordert, jedoch gleichzeitig in Punkt 1.4 des gegenständlichen Teilnahmeantrages darauf hingewiesen, dass ein Vertragsabschluss - der im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung erst nach Abgabe des Angebotes erfolge - bereits 30 Tage nach Bekanntmachung erfolgen könne. Dem Bieter sei es daher gar nicht möglich, ein Angebot zu legen. Die unerlässliche Zweistufigkeit des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei somit nicht erkennbar. Auch seien im gegenständlichen Teilnahmeantrag Verhandlungsrunden vorgesehen; dies widerspreche klar den Grundsätzen des BVergG. Der Auftraggeber habe sich darüber hinaus nicht an die vorgegebenen Fristen des BVergG für ein nicht offenes Verfahren im Oberschwellenbereich gehalten. Es sei nicht einmal eine Angebotsfrist "angedacht" worden. Der Auftraggeber habe daher nicht gemäß § 57 Abs. 1 bzw. § 60 Abs. 2 BVergG gehandelt und verstoße gegen die Bestimmungen des BVergG. Auch fehle es an der Bekanntmachung über eine öffentliche Angebotsöffnung. Gemäß § 103 Abs. 6 BVergG dürfe die Anzahl der aufzufordernden Unternehmen bei einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nicht unter fünf liegen. Der gegenständliche Teilnahmeantrag sehe jedoch gemäß Punkt 1.9 lediglich drei Bewerber vor, auch dies widerspreche dem BVergG. Weiters sei aus dem gegenständlichen Teilnahmeantrag nicht ersichtlich, welche Eignungs- und Auswahlkriterien vorzuweisen seien, um die Anforderungen des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu erfüllen bzw. für die zweite Stufe berücksichtigt werden zu können. Der Auftraggeber habe es weiters unterlassen, diese rudimentären und vergabegesetzwidrig dargelegten Eignungs- und Auswahlkriterien im gegenständlichen Teilnahmeantrag klar zu nennen, eine allfällige Trennung sei jedenfalls sachlich nicht nachvollziehbar. Daher gehe die Antragstellerin davon aus, dass die Unterteilung durch den Auftraggeber willkürlich festgelegt worden sei. Auch die Art der Nachweise dieser Kriterien bzw. die Art der Bewertung dieser Nachweise, sei aus dem Teilnahmeantrag nicht ersichtlich. Darüber hinaus enthielte die geforderte Leistung eindeutig produktspezifische Festlegungen. So werde verlangt, dass sich der Bewerber auf die umgesetzten Standards durch den Auftraggeber bzw. auf das Open Office Schreibsystem festlegen solle. Diese produktspezifischen Festlegungen würden klar gegen § 96 Abs. 1 BVergG verstoßen. Zudem seien Bietergemeinschaften ohne sachliche Rechtfertigung nicht zugelassen. Der geforderte jährliche Mindestumsatz in Höhe von Euro 3.000.000,-- könne jedoch von den Marktteilnehmern der B*** ohne der Möglichkeit der Substituierung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht erreicht werden. Aufgrund des rechtswidrigen und diskriminierenden Teilnahmeantrages sei es der Antragstellerin nicht möglich, ein ausschreibungskonformes Angebot zu legen.

Ein wesentlicher Grundsatz des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung sei die Zweistufigkeit. In der ersten Stufe würden die Bewerber zur Abgabe eines Teilnahmeantrages, in der zweiten Stufe die übrig gebliebenen Bieter aufgefordert, ein Angebot zu legen. Außerdem herrsche im nicht offenen Verfahren Verhandlungsverbot. Im gegenständlichen Vergabeverfahren werde zwar zur Abgabe eines Teilnahmeantrages aufgefordert, jedoch gleichzeitig in Punkt 1.4 des gegenständlichen Teilnahmeantrages darauf hingewiesen, dass ein Vertragsabschluss - der im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung erst nach Abgabe des Angebotes erfolge - bereits 30 Tage nach Bekanntmachung erfolgen könne. Dem Bieter sei es daher gar nicht möglich, ein Angebot zu legen. Die unerlässliche Zweistufigkeit des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei somit nicht erkennbar. Auch seien im gegenständlichen Teilnahmeantrag Verhandlungsrunden vorgesehen; dies widerspreche klar den Grundsätzen des BVergG. Der Auftraggeber habe sich darüber hinaus nicht an die vorgegebenen Fristen des BVergG für ein nicht offenes Verfahren im Oberschwellenbereich gehalten. Es sei nicht einmal eine Angebotsfrist "angedacht" worden. Der Auftraggeber habe daher nicht gemäß Paragraph 57, Absatz eins, bzw. Paragraph 60, Absatz 2, BVergG gehandelt und verstoße gegen die Bestimmungen des BVergG. Auch fehle es an der Bekanntmachung über eine öffentliche Angebotsöffnung. Gemäß Paragraph 103, Absatz 6, BVergG dürfe die Anzahl der aufzufordernden Unternehmen bei einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nicht unter fünf liegen. Der gegenständliche Teilnahmeantrag sehe jedoch gemäß Punkt 1.9 lediglich drei Bewerber vor, auch

dies widerspreche dem BVergG. Weiters sei aus dem gegenständlichen Teilnahmeantrag nicht ersichtlich, welche Eignungs- und Auswahlkriterien vorzuweisen seien, um die Anforderungen des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu erfüllen bzw. für die zweite Stufe berücksichtigt werden zu können. Der Auftraggeber habe es weiters unterlassen, diese rudimentären und vergabegesetzwidrig dargelegten Eignungs- und Auswahlkriterien im gegenständlichen Teilnahmeantrag klar zu nennen, eine allfällige Trennung sei jedenfalls sachlich nicht nachvollziehbar. Daher gehe die Antragstellerin davon aus, dass die Unterteilung durch den Auftraggeber willkürlich festgelegt worden sei. Auch die Art der Nachweise dieser Kriterien bzw. die Art der Bewertung dieser Nachweise, sei aus dem Teilnahmeantrag nicht ersichtlich. Darüber hinaus enthielte die geforderte Leistung eindeutig produktspezifische Festlegungen. So werde verlangt, dass sich der Bewerber auf die umgesetzten Standards durch den Auftraggeber bzw. auf das Open Office Schreibsystem festlegen solle. Diese produktspezifischen Festlegungen würden klar gegen Paragraph 96, Absatz eins, BVergG verstoßen. Zudem seien Bietergemeinschaften ohne sachliche Rechtfertigung nicht zugelassen. Der geforderte jährliche Mindestumsatz in Höhe von Euro 3.000.000,-- könne jedoch von den Marktteilnehmern der B*** ohne der Möglichkeit der Substituierung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht erreicht werden. Aufgrund des rechtswidrigen und diskriminierenden Teilnahmeantrages sei es der Antragstellerin nicht möglich, ein ausschreibungskonformes Angebot zu legen.

Als Softwarehersteller und IT-Dienstleister im ausschreibungsgegenständlichen Umfeld sei die Antragstellerin an einer Ausschreibungsbeteiligung massiv interessiert. Aufgrund der bisherigen Befassung mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren seien Kosten in der Höhe von zumindest Euro xxx (exkl. USt) angefallen. Sollte die Antragstellerin aufgrund der bekämpften Entscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag nicht erhalten, entstünde ihr darüber hinaus ein Schaden durch entgangenen Deckungsbeitrag. Bestandteil des Schadens seien auch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren in Höhe von derzeit rund Euro xxx (exkl. USt). Darüber hinaus entginge der Antragstellerin durch die Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung die Chance auf Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, auf Festlegung vergaberechtskonformer Eignungs- und Auswahlkriterien, auf Vergleichbarkeit der Teilnahmeunterlagen, auf Abgabe von Teilnahmeanträgen ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken, auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens sowie auf rechtskonforme Prüfung der Teilnahmeanträge und auf Gleichbehandlung der Bewerber/Bieter verletzt.

Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 8.4.2008 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren: Es handle sich um einen Dienstleistungskonzessionsauftrag. In Anlehnung an das 2- stufige Verhandlungsverfahren sei ein Verfahren nach dem Bestbieterprinzip gewählt worden, das sich derzeit in der 1. Stufe (Teilnahmeanträge) befände. Es seien bis dato weder eine Angebotsöffnung erfolgt noch eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden. In weiteren Stellungnahmen vom 11.4.2008 bzw. 23.4.2008 führte der Auftraggeber aus, dass der Konzessionär eine Softwarelösung bereitstellen solle, die es Dritten ermögliche, die im Bereich des zentralen Melderegisters vorhandenen Daten dahingehend zu nutzen, dass diese über eine bloße Meldeanfrage hinaus für die Zwecke des Nutzers verwendet werden könnten. Beispielsweise solle es ermöglicht werden, dass ein Nutzer der Dienstleistung über die vom Konzessionär zur Verfügung zu stellende Schnittstelle Daten des zentralen Melderegisters unmittelbar in die für seine Zwecke erforderlichen Formulare übernehme. Ziel der Softwarelösung sei es, dass der Nutzer nur noch jene Daten einer Person eingeben müsse, die erforderlich seien, um die Person eindeutig zu identifizieren. Zweck der gegenständlichen Softwarelösung sei es daher, eine Schnittstelle zwischen dem Datenbestand des zentralen Melderegisters und den EDV-Systemen der jeweiligen Nutzer herzustellen. Für die Erstellung der Softwarelösung erhalte der Konzessionär vom Konzessionsgeber kein Entgelt. Der Konzessionär könne aus seiner Dienstleistung Einnahmen lukrieren, wenn diese von Dritten in Anspruch genommen werde. Diesfalls sei eine Einnahmenteilung zwischen dem Konzessionsgeber, der den Datenbestand zur Verfügung stelle, und dem Konzessionär, der die dafür erforderliche Softwarelösung zur Verfügung stelle, angedacht.

Die potentiellen Nutzer seien in keiner Weise verpflichtet, den Service des jeweiligen Konzessionärs zu nutzen. Dieser Service stelle lediglich ein Dienstleistungsangebot dar; es stehe jedoch den Benutzern frei, die Dienste eines der Konzessionäre in Anspruch zu nehmen oder auf derartige Dienste gänzlich zu verzichten; es bestehe kein Abschlusszwang. Sollten sich daher keine Interessenten für den Dienst finden, würden der oder die Konzessionäre kein Entgelt erhalten. Insbesondere würden die Konzessionäre kein Entgelt aus dem Budget der Republik Österreich

erhalten. Das Risiko für die Verwertung der Dienstleistung liege eindeutig beim Konzessionär. Da die Inanspruchnahme der Dienstleistung ein ungewisses zukünftiges Ereignis sei, sei das Entgelt für die Leistung weder bestimmt noch vorweg bestimmbar. Die Europäische Kommission habe in ihrer Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht vom 29.4.2000, ABl 2000/C 121/02 ausgeführt, dass das Kriterium der Nutzung von entscheidender Bedeutung sei und dass entsprechend diesem Kriterium eine Konzession dann vorliege, wenn der Unternehmer die mit der Dienstleistung verbundenen Risiken trägt, indem er seine Vergütung, in welcher Form auch immer, über den Benutzer, insbesondere durch die Erhebung von Gebühren erhalte. Die Art der Vergütung, die der Unternehmer erhält, zeige, wer das Nutzungsrisiko trägt. Demnach sei für das Vorliegen einer Konzession wesentlich, dass nicht die Erbringung der Dienstleistung, sondern deren Nutzung durch Dritte bezahlt werde. Der EuGH stelle nur noch auf das Betriebsrisiko ab, welches bereits dann beim Konzessionär liege, wenn dieser nicht vom Auftraggeber, sondern von den Benutzern der Leistung bezahlt werde. Die potentiellen Nutzer seien in keiner Weise verpflichtet, den Service des jeweiligen Konzessionärs zu nutzen. Dieser Service stelle lediglich ein Dienstleistungsangebot dar; es stehe jedoch den Benutzern frei, die Dienste eines der Konzessionäre in Anspruch zu nehmen oder auf derartige Dienste gänzlich zu verzichten; es bestehe kein Abschlusszwang. Sollten sich daher keine Interessenten für den Dienst finden, würden der oder die Konzessionäre kein Entgelt erhalten. Insbesondere würden die Konzessionäre kein Entgelt aus dem Budget der Republik Österreich erhalten. Das Risiko für die Verwertung der Dienstleistung liege eindeutig beim Konzessionär. Da die Inanspruchnahme der Dienstleistung ein ungewisses zukünftiges Ereignis sei, sei das Entgelt für die Leistung weder bestimmt noch vorweg bestimmbar. Die Europäische Kommission habe in ihrer Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht vom 29.4.2000, Amtsblatt 2000/C 121/02 ausgeführt, dass das Kriterium der Nutzung von entscheidender Bedeutung sei und dass entsprechend diesem Kriterium eine Konzession dann vorliege, wenn der Unternehmer die mit der Dienstleistung verbundenen Risiken trägt, indem er seine Vergütung, in welcher Form auch immer, über den Benutzer, insbesondere durch die Erhebung von Gebühren erhalte. Die Art der Vergütung, die der Unternehmer erhält, zeige, wer das Nutzungsrisiko trägt. Demnach sei für das Vorliegen einer Konzession wesentlich, dass nicht die Erbringung der Dienstleistung, sondern deren Nutzung durch Dritte bezahlt werde. Der EuGH stelle nur noch auf das Betriebsrisiko ab, welches bereits dann beim Konzessionär liege, wenn dieser nicht vom Auftraggeber, sondern von den Benutzern der Leistung bezahlt werde.

Einer im Vergabeakt des Auftraggebers enthaltenen "gutachterlichen Stellungnahme zu verfahrensrechtlichen Fragen bei der Einrichtung der XXX - E-Government XXX" von C***, allgemein beeideter und gerichtlich
Einer im Vergabeakt des Auftraggebers enthaltenen "gutachterlichen Stellungnahme zu verfahrensrechtlichen Fragen bei der Einrichtung der römisch 30 - E-Government XXX" von C***, allgemein beeideter und gerichtlich

zertifizierter Sachverständiger für Informationstechnik und Telekommunikation, IT-Projektcontrolling, EDV-Vertragsberatung, Streitschlichtung, Universitätslektor im Fach EDV- und Fernmelderecht, XXX, vom 29.2.2008 ist Folgendes zu entnehmen: zertifizierter Sachverständiger für Informationstechnik und Telekommunikation, IT-Projektcontrolling, EDV-Vertragsberatung, Streitschlichtung, Universitätslektor im Fach EDV- und Fernmelderecht, römisch 30, vom 29.2.2008 ist Folgendes zu entnehmen:

"[...]

Rechtliche Beurteilung:

Nachdem das private Unternehmen kein Entgelt vom BMI erhält, handelt es sich um keinen Auftrag iSd Vergaberechts. BMI und Privatunternehmen möchten die Dienstleistung gemeinsam gegen Entgelt anbieten, das vom Drittnutzer zu zahlen ist. Es liegt also der Gedanke nahe, es handle sich um eine Dienstleistungskonzession iSd § 8 BVergG 2006: [...]. Das Element des Risikoübergangs liegt hier offenbar auch vor, da das Entgelt des Konzessionärs vom wirtschaftlichen Erfolg des Dienstes XXX abhängen soll. Nachdem das private Unternehmen kein Entgelt vom BMI erhält, handelt es sich um keinen Auftrag iSd Vergaberechts. BMI und Privatunternehmen möchten die Dienstleistung gemeinsam gegen Entgelt anbieten, das vom Drittnutzer zu zahlen ist. Es liegt also der Gedanke nahe, es handle sich um eine Dienstleistungskonzession iSd Paragraph 8, BVergG 2006: [...]. Das Element des Risikoübergangs liegt hier offenbar auch vor, da das Entgelt des Konzessionärs vom wirtschaftlichen Erfolg des Dienstes römisch 30 abhängen soll.

[...]

Der Wert der Leistungen des privaten Partners im vorliegenden Fall ist schwer abschätzbar, dürfte aber erheblich über der Schwelle von EURO 40.000 liegen. Das Gesetz fordert also einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit und ein Verfahren mit mehreren Unternehmern. [...]"

Der Auftraggeber beantragte die a-limine-Zurückweisung des Antrages der Antragstellerin vom 3.4.2008 mangels Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gemäß § 11 BVergG. Weiters wurde darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht einmal die Bewerbungsunterlagen angefordert habe, weshalb ihr Antrag bereits wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses abzuweisen wäre. Der Auftraggeber beantragte die a-limine-Zurückweisung des Antrages der Antragstellerin vom 3.4.2008 mangels Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gemäß Paragraph 11, BVergG. Weiters wurde darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht einmal die Bewerbungsunterlagen angefordert habe, weshalb ihr Antrag bereits wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses abzuweisen wäre.

In der mündlichen Verhandlung vom 29.4.2008 führte der Auftraggebervertreter aus, Kunden würden insbesondere die Gemeinden, Länder, aber auch die Sozialversicherungsträger sein. Auch der Bund würde Kunde sein, jedoch nicht primär. Insbesondere würden jene öffentlichen Stellen potenzielle Kunden sein, die direkten Kontakt mit den Bürgern hätten (Verweis auf § 16a Abs. 4 Meldegesetz), aber auch Private, wenn sie eine Abfrageberechtigung hätten (Verweis auf § 16a Abs. 5a Meldegesetz). In der mündlichen Verhandlung vom 29.4.2008 führte der Auftraggebervertreter aus, Kunden würden insbesondere die Gemeinden, Länder, aber auch die Sozialversicherungsträger sein. Auch der Bund würde Kunde sein, jedoch nicht primär. Insbesondere würden jene öffentlichen Stellen potenzielle Kunden sein, die direkten Kontakt mit den Bürgern hätten (Verweis auf Paragraph 16 a, Absatz 4, Meldegesetz), aber auch Private, wenn sie eine Abfrageberechtigung hätten (Verweis auf Paragraph 16 a, Absatz 5 a, Meldegesetz).

Der Antragstellervertreter brachte vor, dass es sich um eine Adaptierung einer bereits vorhandenen und in Verwendung stehenden Softwarelösung im BMI handle. Pkt. 3.6.1 der Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" beschreibe die Software der B*** genau. C*** (Technischer Berater der Auftraggeberin) erläuterte, dass der Kunde auf seinem eigenen EDV-System eine Software installieren oder programmieren müsse, die in der Lage sei, mit der geplanten Anmeldung über ein Datennetz zu kommunizieren. Diese Software sei jene des Kunden. Der Auftraggebervertreter ergänzte, dass das BMI mit dem Auftragnehmer eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR) bilden werde. Das Risiko des einzelnen Gesellschafters für die in die Gesellschaft eingebrachten Leistungen habe jedenfalls jeder Gesellschafter für sich zu tragen. Sollten die Verträge mit drei Auftragnehmern geschlossen werden, würden somit drei Gesellschaften entstehen. Der Vertrag des Nutzers würde im Falle der Inanspruchnahme der Dienstleistung mit der GesbR geschlossen werden. Das BMI übernehme keine Haftung für die vom Auftragnehmer entwickelte Software. Die im zentralen Melderegister enthaltenen Daten seien die einzigen Daten, die vom BMI zur Verfügung gestellt würden. Eine Ausweitung auf andere öffentlich rechtliche Quellen sei technisch möglich. Daten, die im Melderegister vorhanden seien, würden in die Formulare (z.B. Passansuchen) automatisiert eingefügt.

Der Antragstellervertreter brachte vor, dass das BMI einen Dienstleister suche, der das Angebot des BMI "attraktivieren" solle. Der Endkunde sei, wie vom Auftraggeber ausgeführt, in der Regel ein öffentlicher Auftraggeber. Dieser öffentliche Auftraggeber hätte die vom BMI anzubietenden Dienstleistungen als prioritäre Dienstleistungen öffentlich auszuschreiben. Die vom BMI in der nunmehrigen Ausschreibung angestellte Suche nach geeigneten Unternehmern sei als Suche nach entsprechenden Subunternehmern zu werten, um im Falle einer öffentlichen Ausschreibung über entsprechende Ressourcen zu verfügen. Die herrschende Rechtsprechung des EuGH verpflichte öffentliche Auftraggeber, auch Subunternehmerleistungen, die für die Teilnahme an Ausschreibungen anderer öffentlicher Ausschreibungen notwendig seien, im Wege eines Vergabeverfahrens zu ermitteln. Das Risiko, das für den Dritten mit einer Teilnahme an einer Ausschreibung, z.B. der Stadt Wien, an der Seite des BMI verbunden wäre, sei für jeden Subunternehmer kalkulierbar und bewertbar. Im Übrigen werde diese Dienstleistung von der Antragstellerin erbracht.

Der Auftraggebervertreter erwiderte, das Risiko des Konzessionärs unterscheide sich von jenem eines klassischen Subauftragnehmers dadurch, dass der Subauftragnehmer seine Leistung erst dann erbringe, wenn auch der Hauptauftragnehmer beauftragt sei, sodass er erst dann leiste, wenn die Bezahlung seiner Leistungen, welche im Vorhinein feststünden, vertraglich sichergestellt sei. Mit der vorliegenden Ausschreibung werde der Konzessionär jedoch verpflichtet, vorweg seine Leistung zu erbringen. Zu diesem Zeitpunkt sei noch unklar, ob und in welchem Umfang die Leistung überhaupt in Anspruch genommen werde, sodass er das volle wirtschaftliche Risiko für seine

Dienstleistung zu tragen habe und daher als Konzessionär zu qualifizieren sei.

Der Antragstellervertreter ergänzte, dass die Ausschreibungspflicht nach der europarechtlichen Rechtsprechung nicht nur für die Subunternehmensuche, sondern auch für die Suche nach einem geeigneten ARGE-Partner, in welcher Konstellation auch immer, gelte. Das Risiko, bei einer öffentlichen Ausschreibung nicht zum Zug zu kommen, stelle nicht das wirtschaftliche Risiko dar, das zum Vorliegen einer Dienstleistungskonzession verlangt werde.

Der Auftraggebervertreter erklärte, dass die Höhe des Entgelts, welches der Nutzer der Dienstleistung an die Gesellschaft zu leisten habe, in der Verhandlung mit dem Auftragnehmer zu klären sein werde. Hierzu ergänzte C***, dass der Auftragnehmer in seinem Teilnahmeantrag ein Konzept vorzulegen habe. Darin müsse er sich überlegen, ob er eine qualitativ hochwertige Leistung zu einem höheren Preis oder eine einfachere Leistung zu einem geringen Preis anstrebe. Das Preismodell werde Gegenstand der Verhandlungen sein. Darunter fiele auch eine allfällig unterschiedliche Preisgestaltung gegenüber verschiedenen Nutzern. Die Preisgestaltung erfolge einvernehmlich zwischen dem BMI und dem Auftragnehmer. Der Kunde zahle die jeweilige Nutzung nach Art, Menge und Umfang an die ARGE. Der Auftraggebervertreter erläuterte, dass das Entgelt vom BMI im Namen der ARGE, die eine GesbR sei, eingehoben werden solle. Es gebe noch keine Festlegungen hinsichtlich eines gemeinsamen Kontos. Den Vertrag mit dem Nutzer solle die GesbR schließen. Die Software solle auf dem Rechner des BMI installiert werden. Das Werknutzungsrecht/Werknutzungsbewilligung an der Software verbleibe beim Auftragnehmer.

Der Antragstellervertreter bestritt dies und erwiderte, dass der Auftragnehmer in der Lage sein müsse, entsprechende Werknutzungsrechte bzw. Bewilligungen auf den Dritten (z.B. Gemeinde Wien etc.) weiter zu geben bzw. zu übertragen. Gleiches gelte für den Auftraggeber selbst, der nach der Ausschreibungsunterlage den First Level Support, den Rechenzentrumsbetrieb und die Verwaltung der Plattform innehabe. Laut Auftraggebervertreter ändere dies nichts daran, dass das Werknutzungsrecht beim Auftragnehmer verbleibe. Sollte der Dritte Probleme bei der Abfrage haben, so habe sich dieser zunächst an den First Level Support des BMI bzw. sodann an den Second Level Support des Auftragnehmers zu wenden. Im Falle einer Klage müsste sich der Nutzer wohl an einen oder beide Vertragspartner (Republik Österreich/Bund bzw. Auftragnehmer) halten, da die GesbR nicht parteifähig sei. Der Konzessionär habe zusätzlich zur Erbringung der Softwarelösung das Risiko der Implementierung im Rechenzentrum des BMI, das Risiko der Wartungsleistung und das mit der Unterhaltung des Second Level Support verbundene Risiko zu tragen.

Der Antragstellervertreter erwiderte, dass diese vom Auftraggeber beschriebenen Risiken keine Risiken im Sinne einer Dienstleistungskonzession darstellen würden, da in der Ausschreibung eine bereits existierende Software gefordert werde. Weiters werde darauf verwiesen, dass diese Leistungen wohl erst dann anfielen, wenn von Dritten entsprechende Ausschreibungen/Beauftragungen (Zuschläge) vorlägen. In diesem Zusammenhang werde auch darauf verwiesen, dass nach Angaben des Auftraggebers je nach Einzelfall Vereinbarungen über das Auftragsvolumen und die Entgeltaufteilung getroffen werden könnten. Im Übrigen zeige sich, dass der Auftraggeber offensichtlich die von ihm im Vorfeld einer Ausschreibung durchzuführenden Aufgaben nicht abgeschlossen habe. Die vorliegende Unterlage diene offensichtlich einer reinen Markterkundung; es fehle dem Auftraggeber somit der Vergabewille. Der Auftraggebervertreter brachte vor, dass der Aufwand für Wartung und Second Level Support unabhängig davon entstehe, in welchem Ausmaß die Leistung von Dritten in Anspruch genommen werde. Weiters könnten im Zeitpunkt der Implementierung der Software noch gar keine Verträge mit Dritten vorliegen. C*** führte aus, dass - ausgehend von einer geschätzten Mitarbeiterzahl für die Durchführung der Wartung samt Second Level Support - der geschätzte Auftragswert jedenfalls im Oberschwellenbereich anzusiedeln wäre.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages
I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Für die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ist ausschlaggebend, welcher Auftragsart der gegenständliche Beschaffungsvorgang entspricht.

Gemäß § 11 BVergG gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme der §§ 3 Abs 1, 8, 49, 335, 344 und 345 Abs 1 bis 3 nicht für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen. Daraus folgt, dass für Dienstleistungskonzessionen der vergabespezifische Rechtsschutz nicht anwendbar ist. Die Rechtsschutzfunktion soll hinsichtlich dieser Leistungen bei den ordentlichen Gerichten verbleiben (vgl. EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 33). Gemäß Paragraph 11, BVergG gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme der Paragraphen 3, Absatz eins, 8, 49, 335, 344 und 345 Absatz eins bis 3 nicht für die

Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen. Daraus folgt, dass für Dienstleistungskonzessionen der vergabespezifische Rechtsschutz nicht anwendbar ist. Die Rechtsschutzfunktion soll hinsichtlich dieser Leistungen bei den ordentlichen Gerichten verbleiben vergleiche EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . GP, 33).

Der durchgängigen Bezeichnung des Auftrags in der Bekanntmachung (vgl. Punkt II.1.1 "Dienstleistungskonzessionen für die Realisierung von SOA-Services für die öffentliche Verwaltung als PPP-Projekt"; Punkt VI.3 "Sonstige Informationen: Es handelt sich um eine Dienstleistungskonzession, für die das Formular nur schlecht geeignet ist, [...]") und der Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" (vgl. Punkt 1.3 "Gegenstand der Dienstleistungskonzessionen") zufolge sowie auf Grund seines Vorbringens in den Schriftsätzen geht der Auftraggeber davon aus, dass es sich gegenständlich um ein Verfahren zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession handle. Dies wird jedoch von der Antragstellerin bestritten. Der durchgängigen Bezeichnung des Auftrags in der Bekanntmachung vergleiche Punkt römisch zwei.1.1 "Dienstleistungskonzessionen für die Realisierung von SOA-Services für die öffentliche Verwaltung als PPP-Projekt"; Punkt römisch sechs.3 "Sonstige Informationen: Es handelt sich um eine Dienstleistungskonzession, für die das Formular nur schlecht geeignet ist, [...]") und der Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" vergleiche Punkt 1.3 "Gegenstand der Dienstleistungskonzessionen") zufolge sowie auf Grund seines Vorbringens in den Schriftsätzen geht der Auftraggeber davon aus, dass es sich gegenständlich um ein Verfahren zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession handle. Dies wird jedoch von der Antragstellerin bestritten.

Es ist daher zunächst zu prüfen, ob es sich gegenständlich tatsächlich um ein Verfahren zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession handelt:

Gemäß § 8 BVergG sind Dienstleistungskonzessionsverträge Verträge, deren Vertragsgegenstand von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Gemäß Paragraph 8, BVergG sind Dienstleistungskonzessionsverträge Verträge, deren Vertragsgegenstand von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Aus den europäischen Materialien, Dokumenten und Judikatur zur geltenden DKR lässt sich keine sichere Definition des Dienstleistungskonzessionsbegriffs entnehmen. Es sind jedoch folgende Definitionselemente zu erkennen, die in unterschiedlicher Akzentuierung geprüft werden:

1. 1) Ziffer eins

Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag, der in der Art der Gegenleistung von einem Dienstleistungsauftrag abweicht;

2. 2) Ziffer 2

die Gegenleistung des Auftraggebers besteht in einem vom Konzessionsgeber auf den Konzessionär übertragenen Recht zur Nutzung der diesem Recht entspringenden eigenen Dienstleistung des Konzessionärs; die Nutznießer der vom Konzessionär erbrachten Leistungen sind Dritte am Konzessionsvertrag nicht Beteiligte;

3. 3) Ziffer 3

der Konzessionär trägt das maßgebliche wirtschaftliche Risiko der Verwertung des Nutzungsrechts;

4. 4) Ziffer 4

diesem Recht zur Nutzung ist das Recht zur Erhebung von Entgelten bei Dritten ("Recht zur Gebührenerhebung") immanent;

darüber hinaus ist aber auch die Zuzahlung eines Preises vom Konzessionsgeber an den Konzessionär für die Erbringung der Dienstleistung in einem bestimmten Maß zulässig;

5. 5) Ziffer 5

durch die übertragenen Aufgaben muss eine Aufgabe im Allgemeininteresse erfüllt werden bzw. es muss sich um eine Aufgabe handeln, die grundsätzlich einer öffentlichen Stelle obliegt (dieses Kriterium wird in Judikatur und Lehre zum Teil abgelehnt; vgl. Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 4 Rz 79). durch die übertragenen Aufgaben muss eine Aufgabe im Allgemeininteresse erfüllt werden bzw. es muss sich um eine Aufgabe handeln, die grundsätzlich einer öffentlichen Stelle obliegt (dieses Kriterium wird in Judikatur und Lehre zum Teil abgelehnt; vergleiche Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 4, Rz 79).

ad 2) und 3) Einräumung eines Nutzungsrechts, Übernahme des wirtschaftlichen Risikos

Die Judikatur des EuGH geht ohne Abweichungen davon aus, dass die Gegenleistung des Konzessionsgebers für die Erbringung der konzessionsgegenständlichen Leistungen die Übertragung des Rechts zur Verwertung der Leistungen des Konzessionärs ist. Für GA Alber (18.3.1999, Rs C-108/98, RI.SAN) und GA Fennelly (18.5.2000, Rs C-324/98, Telaustria) ist der Zwang, die eigenen Leistungen verwerten zu müssen, das entscheidende Merkmal einer Dienstleistungskonzession. Die Kommission geht in ihrer Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht vom 29.4.2000, ABl 2000/C 121/02, davon aus, dass der Konzessionär aus dem übertragenen Nutzungsrecht eigenverantwortlich wirtschaftlich Nutzen ziehen muss. Die Einräumung eines Nutzungs- bzw. Verwertungsrechts ist damit ein zwingendes Tatbestandsmerkmal einer Dienstleistungskonzession. Es besteht darin, dass ein dem Konzessionsgeber zustehendes Recht auf den Konzessionär zu dessen selbstständiger Verwertung übertragen wird. Das eingeräumte Recht muss nicht nur die Erlaubnis beinhalten, die Dienstleistungen gegenüber Dritten zu erbringen, sondern auch diese Dienstleistungen diesen Dritten gegenüber zu verwerten. Das einer Dienstleistungskonzession zu Grunde liegende Nutzungsrecht enthält schon seinem Begriffsinhalt nach, dass die selbstständige Verwertung des eingeräumten Rechts gegenüber Dritten nicht am Vertrag beteiligten Personen erfolgen können muss. Der Konzessionär muss nach dem Konzessionsvertrag berechtigt sein, selbstständig mit Dritten entgeltliche Verträge zur Verwertung seiner Leistung zu schließen. Die Konstruktion, dass die aus dem Nutzungsrecht entspringende Dienstleistung gegenüber Dritten zu erbringen ist, stellt jedoch nicht das alleinige signifikante Merkmal einer Dienstleistungskonzession dar. Erst die Übernahme des maßgeblichen wirtschaftlichen Risikos des Konzessionärs für die Erbringung dieser Dienstleistungen gegenüber Dritten grenzt eine Dienstleistungskonzession von einem Dienstleistungsauftrag ab. Es handelt sich daher um zwei Merkmale, die gemeinsam vorliegen müssen: 1.) die Verwertung einer Dienstleistung gegenüber Dritten; 2.) die maßgebliche wirtschaftliche Risikoübernahme für diese Erbringung. Nur diese beiden Merkmale kumuliert, können jenes unternehmerische Risiko herstellen, das eine Dienstleistungskonzession von einem Dienstleistungsauftrag unterscheidet (vgl. Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 4 Rz 89f). Die Judikatur des EuGH geht ohne Abweichungen davon aus, dass die Gegenleistung des Konzessionsgebers für die Erbringung der konzessionsgegenständlichen Leistungen die Übertragung des Rechts zur Verwertung der Leistungen des Konzessionärs ist. Für GA Alber (18.3.1999, Rs C-108/98, RI.SAN) und GA Fennelly (18.5.2000, Rs C-324/98, Telaustria) ist der Zwang, die eigenen Leistungen verwerten zu müssen, das entscheidende Merkmal einer Dienstleistungskonzession. Die Kommission geht in ihrer Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht vom 29.4.2000, Amtsblatt 2000/C 121/02, davon aus, dass der Konzessionär aus dem übertragenen Nutzungsrecht eigenverantwortlich wirtschaftlich Nutzen ziehen muss. Die Einräumung eines Nutzungs- bzw. Verwertungsrechts ist damit ein zwingendes Tatbestandsmerkmal einer Dienstleistungskonzession. Es besteht darin, dass ein dem Konzessionsgeber zustehendes Recht auf den Konzessionär zu dessen selbstständiger Verwertung übertragen wird. Das eingeräumte Recht muss nicht nur die Erlaubnis beinhalten, die Dienstleistungen gegenüber Dritten zu erbringen, sondern auch diese Dienstleistungen diesen Dritten gegenüber zu verwerten. Das einer Dienstleistungskonzession zu Grunde liegende Nutzungsrecht enthält schon seinem Begriffsinhalt nach, dass die selbstständige Verwertung des eingeräumten Rechts gegenüber Dritten nicht am Vertrag beteiligten Personen erfolgen können muss. Der Konzessionär muss nach dem Konzessionsvertrag berechtigt sein, selbstständig mit Dritten entgeltliche Verträge zur Verwertung seiner Leistung zu schließen. Die Konstruktion, dass die aus dem Nutzungsrecht entspringende Dienstleistung gegenüber Dritten zu erbringen ist, stellt jedoch nicht das alleinige signifikante Merkmal einer Dienstleistungskonzession dar. Erst die Übernahme des maßgeblichen wirtschaftlichen Risikos des Konzessionärs für die Erbringung dieser Dienstleistungen gegenüber Dritten grenzt eine Dienstleistungskonzession von einem Dienstleistungsauftrag ab. Es handelt sich daher um zwei Merkmale, die gemeinsam vorliegen müssen: 1.) die Verwertung einer Dienstleistung gegenüber Dritten; 2.) die maßgebliche wirtschaftliche Risikoübernahme für diese Erbringung. Nur diese beiden Merkmale kumuliert, können jenes unternehmerische Risiko herstellen, das eine Dienstleistungskonzession von einem Dienstleistungsauftrag unterscheidet (vergleiche Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 4, Rz 89f).

Dem Einwand des Auftraggebers unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 13.10.2005, Rs C-458/03, Parking Brixen, der EuGH stelle nur noch auf das Betriebsrisiko ab, welches bereits dann beim Konzessionär liege, wenn dieser nicht vom Auftraggeber, sondern von Nutzern der Leistung bezahlt werde, ist Folgendes entgegen zu halten:

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 18.7.2007 in der Rs C-382/05, Kommission/Italien, Rz 34f, Folgendes festgehalten:

"Zum anderen geht aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes hervor, dass eine Dienstleistungskonzession dann vorliegt, wenn die vereinbarte Vergütung im Recht des Dienstleistungserbringers zur Verwertung seiner eigenen Leistung besteht und impliziert, dass er das mit den fraglichen Dienstleistungen verbundene Betriebsrisiko übernimmt [...]. Hierzu ist festzustellen, dass die Art der Vergütung, die die streitigen Verträge vorsehen, nicht im Recht zur Verwertung der fraglichen Dienstleistung besteht und auch nicht die Übernahme des Betriebsrisikos durch das Unternehmen impliziert."

Der EuGH stellt daher sowohl auf das Recht des Auftragnehmers zur Verwertung seiner eigenen Leistung als auch auf die Übernahme des mit den fraglichen Dienstleistungen verbundenen Betriebsrisikos durch den Auftragnehmer ab.

Das eingeräumte Nutzungsrecht muss es dem Konzessionär ermöglichen, die übertragene Leistung effektiv zu verwerten. Diese effektive Verwertungsmöglichkeit wird im Wesentlichen anhand von drei Fallgruppen geprüft: (1) der Selbstentscheidungsbefugnis für die Verwertung, (2) dem Begriff der dritten am Vertrag nicht beteiligten Personen, (3) der Verwertungsart, zu welcher der Konzessionär gezwungen wird (vgl. Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 4 Rz 91f). Das eingeräumte Nutzungsrecht muss es dem Konzessionär ermöglichen, die übertragene Leistung effektiv zu verwerten. Diese effektive Verwertungsmöglichkeit wird im Wesentlichen anhand von drei Fallgruppen geprüft: (1) der Selbstentscheidungsbefugnis für die Verwertung, (2) dem Begriff der dritten am Vertrag nicht beteiligten Personen, (3) der Verwertungsart, zu welcher der Konzessionär gezwungen wird vergleiche Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 4, Rz 91f).

Der Auftraggebervertreter behauptete in der mündlichen Verhandlung vom 29.4.2008, dass das BMI mit dem Auftragnehmer eine GesbR gründen wolle und der Vertrag des Nutzers im Falle der Inanspruchnahme der Dienstleistungen mit der GesbR geschlossen werde. Das Entgelt solle vom BMI "im Namen der GesbR" eingehoben werden. Unabhängig von der Tatsache, dass eine GesbR keine juristische Person ist und das Fehlen der Rechtspersönlichkeit bedeutet, dass allein die Gesellschafter, somit der Auftragnehmer und die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Inneres, Träger von Rechten und Pflichten sein können, werden die vom Auftraggebervertreter getroffenen Behauptungen durch die den Bewerbern zur Verfügung gestellte Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" in keiner Weise bestätigt. Diese Frage wird in der Unterlage vielmehr gar nicht angesprochen.

Aus dieser besagten Unterlage ergibt sich vielmehr nur, dass der private Partner für die Bereitstellung, die Weiterentwicklung, den Second Level Support und die Wartung der Software, der öffentliche Partner BMI für die Vermarktung, den Betrieb des Rechenzentrums, die Bereitstellung von Netzverbindungen und Datenbanken, die Abrechnung und die Bereitstellung des First Level Supports zuständig sind. Weiters sollen die realisierten Entgelte aus der Dienstleistung zwischen dem privaten und dem öffentlichen Partner geteilt werden. Die Aufteilung des Entgelts soll im Verhältnis von ca 50:50 erfolgen. Der genaue Modus der Aufteilung der Entgelte sowie sonstige Vertragsbedingungen sind jedoch Teil der Verhandlungen. Die Abrechnung erfolgt durch das BMI und werden vom BMI die anteiligen Einnahmen an den Auftragnehmer gezahlt. Weitere Zahlungen durch das BMI an den Auftragnehmer sollen nicht erfolgen (vgl. Punkt 1.3 und 1.9 der Unterlage). Da die behauptete Absicht des Auftraggebers, mit dem Auftragnehmer eine GesbR gründen zu wollen, sich in der Unterlage nicht widerspiegelt, könnte der Auftraggeber mit dem Auftragnehmer auch eine andere Konstellation vereinbaren. Somit ist auch nicht ausgeschlossen, dass der Auftraggeber den Vertrag mit dem Nutzer der Dienstleistung im eigenen Namen schließen wird. Inwiefern dem Auftragnehmer durch den Auftraggeber ein Recht zur Verwertung der eigenen Leistung eingeräumt werden soll, lässt die Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" völlig offen. Aus dieser besagten Unterlage ergibt sich vielmehr nur, dass der private Partner für die Bereitstellung, die Weiterentwicklung, den Second Level Support und die Wartung der Software, der öffentliche Partner BMI für die Vermarktung, den Betrieb des Rechenzentrums, die Bereitstellung von Netzverbindungen und Datenbanken, die Abrechnung und die Bereitstellung des First Level Supports zuständig sind. Weiters sollen die realisierten Entgelte aus der Dienstleistung zwischen dem privaten und dem öffentlichen Partner geteilt werden. Die Aufteilung des Entgelts soll im Verhältnis von ca 50:50 erfolgen. Der genaue Modus der Aufteilung der Entgelte sowie sonstige Vertragsbedingungen sind jedoch Teil der Verhandlungen. Die Abrechnung erfolgt durch das BMI und werden vom BMI die anteiligen Einnahmen an den Auftragnehmer gezahlt. Weitere Zahlungen durch das BMI an den Auftragnehmer sollen nicht erfolgen vergleiche Punkt 1.3 und 1.9 der Unterlage). Da die behauptete Absicht des Auftraggebers, mit dem Auftragnehmer eine GesbR gründen zu wollen, sich in der Unterlage nicht widerspiegelt, könnte der Auftraggeber mit dem Auftragnehmer auch eine andere Konstellation vereinbaren. Somit ist

auch nicht ausgeschlossen, dass der Auftraggeber den Vertrag mit dem Nutzer der Dienstleistung im eigenen Namen schließen wird. Inwiefern dem Auftragnehmer durch den Auftraggeber ein Recht zur Verwertung der eigenen Leistung eingeräumt werden soll, lässt die Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" völlig offen.

Schlussfolgerung:

Aufgrund dieser Ermittlungsergebnisse steht fest, dass in der vorgelegten Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" nicht eindeutig festgelegt ist, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer ein Recht zur Verwertung der eigenen Leistung einräumt, welches - wie oben dargelegt - ein entscheidendes Merkmal für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession darstellt (vgl. EuGH Rs C-272/91, "Lottomatica"). Zwar könnte sich im Zuge der anschließenden Verhandlungen mit Bewerbern ein solches Ergebnis abzeichnen. Es kann aber auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Verhandlungsergebnisse in die gegenteilige Richtung laufen und damit dem Auftragnehmer kein Recht zur Verwertung der eigenen Leistung eingeräumt wird. Ähnlich verhält es sich - wie oben dargestellt - mit dem für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession typischen Merkmal der Übernahme des maßgeblichen wirtschaftlichen Risikos für die Erbringung der Dienstleistung durch den Auftragnehmer. Hier wird zwar in der oben genannten Unterlage von einer Aufteilung im Verhältnis von ca. 50:50 gesprochen und festgelegt, dass mit Ausnahme der Einnahmenaufteilung keine Zahlungen des Auftraggebers an den Auftragnehmer erfolgen, wie dies jedoch konkret erfolgen soll, obliegt ebenso den anschließenden Verhandlungen, sodass auch hier nicht vom eindeutigen Vorliegen dieses weiteren charakteristischen Elementes einer Dienstleistungskonzession ausgegangen werden kann. Zudem können Leistungsvergütungen des Auftraggebers nicht nur in Zahlungen bestehen. Aufgrund dieser Ermittlungsergebnisse steht fest, dass in der vorgelegten Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" nicht eindeutig festgelegt ist, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer ein Recht zur Verwertung der eigenen Leistung einräumt, welches - wie oben dargelegt - ein entscheidendes Merkmal für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession darstellt (vergleiche EuGH Rs C-272/91, "Lottomatica"). Zwar könnte sich im Zuge der anschließenden Verhandlungen mit Bewerbern ein solches Ergebnis abzeichnen. Es kann aber auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Verhandlungsergebnisse in die gegenteilige Richtung laufen und damit dem Auftragnehmer kein Recht zur Verwertung der eigenen Leistung eingeräumt wird. Ähnlich verhält es sich - wie oben dargestellt - mit dem für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession typischen Merkmal der Übernahme des maßgeblichen wirtschaftlichen Risikos für die Erbringung der Dienstleistung durch den Auftragnehmer. Hier wird zwar in der oben genannten Unterlage von einer Aufteilung im Verhältnis von ca. 50:50 gesprochen und festgelegt, dass mit Ausnahme der Einnahmenaufteilung keine Zahlungen des Auftraggebers an den Auftragnehmer erfolgen, wie dies jedoch konkret erfolgen soll, obliegt ebenso den anschließenden Verhandlungen, sodass auch hier nicht vom eindeutigen Vorliegen dieses weiteren charakteristischen Elementes einer Dienstleistungskonzession ausgegangen werden kann. Zudem können Leistungsvergütungen des Auftraggebers nicht nur in Zahlungen bestehen.

Für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession wären eindeutige Festlegungen in der Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" erforderlich, die ein Abrücken von den typischen Merkmalen einer Dienstleistungskonzession im Zuge von anschließenden Verhandlungen unmöglich machen. Allein die Bezeichnung des gegenständlichen Vergabeverfahrens als Dienstleistungskonzession reicht für das Vorliegen einer solchen nicht aus. Die Frage, ob eine Dienstleistungskonzession vorliegt oder nicht, kann nicht von zukünftigen möglichen Verhandlungsergebnissen mit potentiellen Bewerbern abhängig gemacht werden. Vom Vorliegen einer Dienstleistungskonzession iSd § 8 BVergG ist somit nicht auszugehen. Für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession wären eindeutige Festlegungen in der Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" erforderlich, die ein Abrücken von den typischen Merkmalen einer Dienstleistungskonzession im Zuge von anschließenden Verhandlungen unmöglich machen. Allein die Bezeichnung des gegenständlichen Vergabeverfahrens als Dienstleistungskonzession reicht für das Vorliegen einer solchen nicht aus. Die Frage, ob eine Dienstleistungskonzession vorliegt oder nicht, kann nicht von zukünftigen möglichen Verhandlungsergebnissen mit potentiellen Bewerbern abhängig gemacht werden. Vom Vorliegen einer Dienstleistungskonzession iSd Paragraph 8, BVergG ist somit nicht auszugehen.

Es ist sodann weiter zu untersuchen, ob der gegenständliche Auftrag einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG darstellt: Es ist sodann weiter zu untersuchen, ob der gegenständliche Auftrag einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG darstellt:

Gemäß § 6 leg.cit sind Dienstleistungsaufträge entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge III (prioritäre Dienstleistungsaufträge) oder IV (nicht

prioritäre Dienstleistungsaufträge) sind. Das Bundesvergabegesetz unterwirft nur entgeltliche Aufträge seinem sachlichen Geltungsbereich. Das Entgelt muss nach der Rechtsprechung des EuGH weder in einer einmaligen Leistung bestehen noch von vornherein dem Umfang nach bestimmt sein (vgl. Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005), 64). Gemäß Paragraph 6, leg.cit sind Dienstleistungsaufträge entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge römisch drei (prioritäre Dienstleistungsaufträge) oder römisch vier (nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge) sind. Das Bundesvergabegesetz unterwirft nur entgeltliche Aufträge seinem sachlichen Geltungsbereich. Das Entgelt muss nach der Rechtsprechung des EuGH weder in einer einmaligen Leistung bestehen noch von vornherein dem Umfang nach bestimmt sein vergleiche Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005), 64).

Gemäß Punkt 1.3 der Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" ist der private Partner für die Bereitstellung, die Weiterentwicklung, den Second Level Support und die Wartung der Software zuständig. Die Software soll auf dem Rechner des BMI installiert werden. Bei der vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistung handelt es sich unstrittig um eine Dienstleistung. Die Preise, die von den Nutzern im Falle der Inanspruchnahme der Dienstleistung zu zahlen sein werden, werden zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber im Rahmen der Verhandlung festgelegt. Der Preis wird somit bestimmt. Die Abrechnung erfolgt durch das BMI. Der konkrete Aufteilungsschlüssel der Entgeltaufteilung zwischen BMI und Auftragnehmer wird ebenfalls im Rahmen der Verhandlung festgelegt. Daraus zeichnet sich bereits ab, dass der Auftragnehmer für die zu erbringende Leistung vom Auftraggeber entgolten werden soll.

Wenn gleich der Anteil der Einnahmenaufteilung noch Teil der Verhandlungen sein soll, wird der Anteil in Punkt 1.9 der Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" mit "ca 50:50" angegeben. Dass der Auftragnehmeranteil im Rahmen der Verhandlung mit "0" vereinbart werden könnte, widerspricht der gängigen Praxis von Gewerbetreibenden. Die zu erbringende Leistung kann von einem Gewerbetreibenden erfüllt werden, der zur Ausübung des Gewerbes der Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik berechtigt ist. Gemäß § 1 Abs 2 GewO wird jedoch eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist. Wenn gleich der Anteil der Einnahmenaufteilung noch Teil der Verhandlungen sein soll, wird der Anteil in Punkt 1.9 der Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" mit "ca 50:50" angegeben. Dass der Auftragnehmeranteil im Rahmen der Verhandlung mit "0" vereinbart werden könnte, widerspricht der gängigen Praxis von Gewerbetreibenden. Die zu erbringende Leistung kann von einem Gewerbetreibenden erfüllt werden, der zur Ausübung des Gewerbes der Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik berechtigt ist. Gemäß Paragraph eins, Absatz 2, GewO wird jedoch eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist.

Es handelt sich somit um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG, dessen Vertragsgegenstand eine prioritäre Dienstleistung iSd Anhangs III, Kat. 7 "Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten" ist. Es handelt sich somit um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG, dessen Vertragsgegenstand eine prioritäre Dienstleistung iSd Anhangs römisch drei, Kat. 7 "Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten" ist.

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Inneres, ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Inneres, ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG.

Dem Vorbringen des Auftraggebers, der Antragstellerin fehle es mangels Behebung der Teilnahmeunterlagen am Rechtsschutzinteresse ist Folgendes entgegen zu halten:

Gemäß § 320 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Ein Unternehmer, der glaubwürdig behauptet, am Zustandekommen eines Vertrages interessiert zu sein und der sich durch die Form der Ausschreibung diskriminiert erachtet, hat jedenfalls ein rechtliches Interesse iSd § 320 Abs 1 BVergG und damit das Recht auf Überprüfung der behauptetermaßen rechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen (s. Hahnl, BVergG 2002, E.4., Seite 656, zur inhaltlich gleich lautenden

Bestimmung des § 163 Abs 1 BVergG 2002). Dies deshalb, da anders die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung und ein daraus möglicher Weise entstehender oder entstandener Schaden nicht geltend gemacht werden könnten. Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Ein Unternehmer, der glaubwürdig behauptet, am Zustandekommen eines Vertrages interessiert zu sein und der sich durch die Form der Ausschreibung diskriminiert erachtet, hat jedenfalls ein rechtliches Interesse iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG und damit das Recht auf Überprüfung der behauptetermaßen rechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen (s. Hahnl, BVergG 2002, E.4., Seite 656, zur inhaltlich gleich lautenden Bestimmung des Paragraph 163, Absatz eins, BVergG 2002). Dies deshalb, da anders die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung und ein daraus möglicher Weise entstehender oder entstandener Schaden nicht geltend gemacht werden könnten.

Nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtsunternehmen GmbH & Co KG, Rs C-230/02, vom 12. Februar 2004, kommt einem Antragsteller die Antragslegitimation auch dann zu, wenn er keinen Teilnahmeantrag bzw. kein Angebot abgegeben hat. Dies dann, wenn er sich durch die angeblich diskriminierenden Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen oder im Pflichtenheft gerade daran gehindert gesehen hat, die ausgeschriebene Gesamtleistung zu erbringen und somit daran, überhaupt ein Angebot abzugeben. In einem solchen Fall ist er berechtigt, ein Nachprüfungsverfahren unmittelbar gegen diese Spezifikation einzuleiten, noch bevor das Vergabeverfahren für den betreffenden öffentlichen Auftrag abgeschlossen ist (vgl. BVA 29.3.2004, 15N-06/04-29). Nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtsunternehmen GmbH & Co KG, Rs C-230/02, vom 12. Februar 2004, kommt einem Antragsteller die Antragslegitimation auch dann zu, wenn er keinen Teilnahmeantrag bzw. kein Angebot abgegeben hat. Dies dann, wenn er sich durch die angeblich diskriminierenden Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen oder im Pflichtenheft gerade daran gehindert gesehen hat, die ausgeschriebene Gesamtleistung zu erbringen und somit daran, überhaupt ein Angebot abzugeben. In einem solchen Fall ist er berechtigt, ein Nachprüfungsverfahren unmittelbar gegen diese Spezifikation einzuleiten, noch bevor das Vergabeverfahren für den betreffenden öffentlichen Auftrag abgeschlossen ist (vergleiche BVA 29.3.2004, 15N-06/04-29).

In der Begründung hat der EuGH angeführt, dass von einem angeblich durch diskriminierende Klauseln in den Ausschreibungsunterlagen geschädigten Unternehmen als Voraussetzung dafür, mit den in der Rechtsmittelrichtlinie vorgesehenen Nachprüfungsverfahren gegen solche Spezifikationen vorzugehen, nicht verlangt werden könne, ein Angebot zu legen, da es aufgrund der genannten Spezifikationen keine Aussicht auf Erteilung des Zuschlags habe. Die Nachprüfungsverfahren müssten unter anderem gewährleisten, dass die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen [.....] vorgenommen [.....] werden könne.

Weiters ist darauf hinzuweisen, dass die Teilnahmeunterlagen keine Bestimmung vorsehen, wonach nur jene Unternehmen teilnahmeberechtigt seien, die die Teilnahmeunterlagen selbst beim Auftraggeber angefordert hätten. An Hand der Form der Beschaffung von Teilnahmeunterlagen ist daher die Antragslegitimation nicht zu beurteilen. Der Antragstellerin kommt somit grundsätzlich Antragslegitimation zu.

Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag, dessen geschätzter Auftragswert - wie der technische Berater des Auftraggebers, C***, in der mündlichen Verhandlung vom 29.4.2008 ausführte - jedenfalls im Oberschwellenbereich anzusiedeln ist.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit bb BVergG. Hierbei handelt es sich um die vom Auftraggeber bezeichnete Unterlage "Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für die Realisierung von SOA-Services für die öffentliche Verwaltung als PPP-Projekt, GZ: BMI-BH1000/0168-IV SU-ZMR/2008, Erkundung des Bewerberkreises". Der Antrag wurde innerhalb der Frist des § 321 BVergG eingebracht und erfüllt die sonstigen Voraussetzungen nach § 322 BVergG. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG. Hierbei handelt es sich um die vom Auftraggeber bezeichnete Unterlage "Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für die Realisierung von SOA-

Services für die öffentliche Verwaltung als PPP-Projekt, GZ: BMI-BH1000/0168-IV SU-ZMR/2008, Erkundung des Bewerberkreises". Der Antrag wurde innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG eingebracht und erfüllt die sonstigen Voraussetzungen nach Paragraph 322, BVergG.

Das Bundesvergabeamt ist somit zur Behandlung des Nachprüfungsantrages zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

1. 1.Ziffer eins

Zu Spruchpunkt I. Zu Spruchpunkt römisch eins.

Gemäß § 325 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn
Gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. 1.Ziffer eins

sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt, und
sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltend gemachten Recht verletzt, und

2. 2.Ziffer 2

die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Der Auftraggeber hat gegenständlich einen Dienstleistungsauftrag in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung ausgeschrieben. Laut Punkt 1.3 der Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" sind der genaue Modus der Aufteilung der Entgelte sowie sonstige Vertragsbedingungen Teil der Verhandlung. Gemäß Punkt 1.4 der genannten Unterlage wird ab dem Zeitpunkt der positiven Prüfung der Voraussetzungen mit dem oder den Bewerbern verhandelt. Gemäß Punkt 1.8 der genannten Unterlage werden alle iSd BVergG befugten und zuverlässigen Unternehmer, die die allgemeinen Kriterien der wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit erfüllen, eine entsprechende sofort einsetzbare Softwarelösung besitzen und ein entsprechendes Einsatzkonzept vorlegen, zur Verhandlung eingeladen.

Gemäß § 25 Abs 3 BVergG werden beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert.
Gemäß Paragraph 25, Absatz 3, BVergG werden beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert.

Es handelt sich somit um ein zweistufiges Verfahren. Dabei hat in der ersten Verfahrensstufe eine öffentliche Bekanntmachung voranzugehen, in der zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wird (§ 103 Abs 1 BVergG). Die Anzahl der zur Angebotsabgabe einzuladenden Bewerber hat der Auftraggeber entsprechend der Leistung festzulegen. Sie muss jedenfalls einen echten Wettbewerb gewährleisten, wobei der Gesetzgeber eine absolute Untergrenze von fünf Verfahrensteilnehmern vorgibt. Jedenfalls ist bereits in der Bekanntmachung anzugeben, wie viele Bieter die zweite Verfahrensstufe umfasst. Die Auswahlkriterien sind in der Bekanntmachung bekannt zu geben (§ 103 Abs 6 leg.cit). Am Beginn der zweiten Stufe eines nicht offenen Verfahrens steht die Aufforderung an die ausgewählten Bewerber, Angebote abzugeben.
Es handelt sich somit um ein zweistufiges Verfahren. Dabei hat in der ersten Verfahrensstufe eine öffentliche Bekanntmachung voranzugehen, in der zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wird (Paragraph 103, Absatz eins, BVergG). Die Anzahl der zur Angebotsabgabe einzuladenden Bewerber hat der Auftraggeber entsprechend der Leistung festzulegen. Sie muss jedenfalls einen echten Wettbewerb gewährleisten, wobei der Gesetzgeber eine absolute Untergrenze von fünf Verfahrensteilnehmern vorgibt. Jedenfalls ist bereits in der Bekanntmachung anzugeben, wie viele Bieter die zweite Verfahrensstufe umfasst. Die Auswahlkriterien sind in der Bekanntmachung bekannt zu geben (Paragraph 103, Absatz 6, leg.cit). Am Beginn der zweiten Stufe eines nicht offenen Verfahrens steht die Aufforderung an die ausgewählten Bewerber, Angebote abzugeben.

Der Verfahrensablauf wie in Punkt 1.4 der Unterlage beschrieben, weicht wesentlich von jenem eines nicht offenen

Verfahrens ab. So führte C*** in der mündlichen Verhandlung vom 29.4.2008 aus, dass der Auftragnehmer in seinem Teilnahmeantrag ein Konzept vorzulegen habe, das Preismodell werde Gegenstand der Verhandlungen sein.

Gemäß § 104 Abs 2 leg.cit darf jedoch im nicht offenen Verfahren mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden. Verboten sind Änderungen des Angebotes jeglicher Art (der Preise, des Leistungsgegenstandes, des Leistungsumfanges, der technischen und rechtlichen Bedingungen für die Leistungserbringung etc.) nach der Angebotsöffnung. Gemäß Paragraph 104, Absatz 2, leg.cit darf jedoch im nicht offenen Verfahren mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden. Verboten sind Änderungen des Angebotes jeglicher Art (der Preise, des Leistungsgegenstandes, des Leistungsumfanges, der technischen und rechtlichen Bedingungen für die Leistungserbringung etc.) nach der Angebotsöffnung.

Da somit gemäß Punkt 1.3, 1.4 und 1.8 der Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" mit dem Bewerber Verhandlungen über wesentliche Vertragsbedingungen geführt werden sollen, ergibt sich, dass die ausgeschriebene Verfahrensart mit der konkreten Ausgestaltung der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages rechtlich nicht in Einklang zu bringen ist.

Da die rechtswidrige Auftraggeberentscheidung, eine "Dienstleistungskonzession" anstelle eines - wie aus den Ausführungen unter Punkt I. ersichtlich - Dienstleistungsauftrages auszuschreiben sowie in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung Verhandlungen mit den Bewerbern vorzusehen, jedenfalls geeignet ist, den Kreis der Bewerber zu beeinflussen, ist diese für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages war daher für nichtig zu erklären. Da die rechtswidrige Auftraggeberentscheidung, eine "Dienstleistungskonzession" anstelle eines - wie aus den Ausführungen unter Punkt römisch eins. ersichtlich - Dienstleistungsauftrages auszuschreiben sowie in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung Verhandlungen mit den Bewerbern vorzusehen, jedenfalls geeignet ist, den Kreis der Bewerber zu beeinflussen, ist diese für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages war daher für nichtig zu erklären.

1. 2.Ziffer 2

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 2.400,-- tatsächlich entrichtet. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem Nachprüfungsantrag und damit jedenfalls rechtzeitig gestellt.

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen des Antragstellers iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung stattzugeben. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt - dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung stattzugeben.

Zuletzt aktualisiert am

29.04.2009

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at