

TE Verg Bescheid 2007/6/22 N/0031- BVA/05/2007-102, N/0095- BVA/05/2006-49, N/0099- BVA/05/2006-26

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.06.2007

Norm

BVergG 2002 §7 Abs1 Z1

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitdd

BVergG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §322

BVergG 2006 §324 Abs2

BVergG 2006 §324 Abs3

BVergG 2006 §345 Abs2

VwGG §42 Abs3

AVG 1991 §39 Abs2

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
 6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

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
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
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
 4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
 7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. VwGG § 42 heute
 2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
 5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
 6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Text

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz sowie Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe „E-Finanz (Finanz-Redesign) BBG-GZ 9000.00310“, der Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Finanzen, dieser vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, diese vertreten durch die Finanzprokuratur entschieden:

Spruch I. Spruch römisch eins.

Der Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 10. April 2007 auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 27. März 2007 im Verhandlungsverfahren „E-Finanz (Finanz-Redesign)“, GZ 9000 00310, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag der A***, vertreten X***, vom 10. April 2007, der Antragstellerin die ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag in der Höhe von EUR 1.600,-- zu Händen ihrer Rechtsvertreterin binnen 14 Tagen ab Zustellung der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag bei sonstiger Exekution zu ersetzen, sowie der Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 2. April 2007, der Antragstellerin die ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr für ihren Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung in der Höhe von EUR 1.600,-- zu Händen ihrer Rechtsvertreterin binnen 14 Tagen ab Zustellung der Entscheidung über die einstweilige Verfügung bei sonstiger Exekution zu ersetzen, werden abgewiesen.

III.römisch drei.

Der Antrag im Nachprüfungsverfahren N/0095-BVA/05/2007 der A***, vom 24. November 2006,

„das Bundesvergabeamt möge in eventu 2. die unter Punkt 2.4 bezeichnete(n) und angefochtene(n) Entscheidung(en) der Antragsgegnerin, welche der Antragstellerin per E-Mail vom 16. November 2006 mitgeteilt wurden, für nichtig erklären, 3. den übrigen Mitgliedern im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren keine Parteistellung einzuräumen und auch keine Akteneinsicht zu gewähren,“

und der Antrag im Nachprüfungsverfahren N/0099-BVA/05/2007 A***, vom 29. November 2006,

„das Bundesvergabeamt möge in eventu 2. die unter Punkt 2.4 bezeichnete(n) und angefochtene(n) Entscheidung(en) der Antragsgegnerin, welche der Antragstellerin per E-Mail vom 16. November 2006 mitgeteilt wurden, für nichtig erklären,“ werden zurückgewiesen.

IV.römisch vier.

Der Antrag im Nachprüfungsverfahren N/0095-BVA/05/2007 A***, vom 24. November 2006,

„das Bundesvergabeamt möge die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr binnen 14 Tagen zu Händen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin zu ersetzen“,

und der Antrag im Nachprüfungsverfahren N/0099-BVA/05/2007 der A***, vom 29. November 2006,

„das Bundesvergabeamt möge die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr binnen 14 Tagen zu Händen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin zu ersetzen“,

werden abgewiesen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 10. April 2007 beantragte die A***, (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X***, die im Vergabeverfahren des Bundes, vertreten durch den Bundesminister für Finanzen, dieser vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien (im Weiteren: Auftraggeber) mit der Bezeichnung „E-Finanz (Finanz-Redesign) BBG-GZ 9000.00310“ getroffenen Entscheidungen, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden für nichtig zu erklären sowie den Kostenersatz der bezahlten Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag. Begründet wurde dieses Antragsbegehren in Schriftsätzen vom 2. und vom 10. April 2007 sowie vom 15. Juni 2007 und in den mündlichen Verhandlungen am 20. April 2007 und am 20. Juni 2007 im Wesentlichen zusammengefasst damit, dass die vom Auftraggeber der angefochtenen Ausscheidensentscheidung zugrunde gelegten Ausscheidensgründe nicht vorliegen würden. Im Gegensatz zur Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers sei ihr Angebot im zugrundeliegenden Vergabeverfahren in Bezug auf die Anforderungen an die Verwendung von Open Source Software ausschreibungskonform. Die vom Auftraggeber geforderten Meilensteine seien ausschreibungskonform angeboten worden. Zudem sei ihr Angebot hinsichtlich der Implementierung des „E-Finanz Enterprise Service Bus“ ebenfalls ausschreibungskonform; diesbezüglich liege allenfalls ein behebbarer Mangel vor, bei dem es der Auftraggeber verabsäumt habe, die Antragstellerin zur Behebung eines möglichen Mangels aufzufordern. Zudem stütze sich die Ausscheidensentscheidung auf ein Gutachten der B***. Diese sei im gegenständlichen Vergabeverfahren jedoch im Dezember 2006 über Auftrag der Antragstellerin tätig gewesen. Bezüglich der B*** liege sohin ein Verstoß gegen § 53

AVG, § 21 BVergG sowie Art. 6 EMRK und damit ein absoluter Befangenheitsgrund vor, sodass die darauf aufbauende Ausscheidensentscheidung sofort für nichtig zu erklären sei. Mit Schriftsatz vom 10. April 2007 beantragte die A***, (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X***, die im Vergabeverfahren des Bundes, vertreten durch den Bundesminister für Finanzen, dieser vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien (im Weiteren: Auftraggeber) mit der Bezeichnung „E-Finanz (Finanz-Redesign) BBG-GZ 9000.00310“ getroffenen Entscheidungen, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden für nichtig zu erklären sowie den Kostenersatz der bezahlten Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag. Begründet wurde dieses Antragsbegehren in Schriftsätzen vom 2. und vom 10. April 2007 sowie vom 15. Juni 2007 und in den mündlichen Verhandlungen am 20. April 2007 und am 20. Juni 2007 im Wesentlichsten zusammengefasst damit, dass die vom Auftraggeber der angefochtenen Ausscheidensentscheidung zugrunde gelegten Ausscheidensgründe nicht vorliegen würden. Im Gegensatz zur Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers sei ihr Angebot im zugrundeliegenden Vergabeverfahren in Bezug auf die Anforderungen an die Verwendung von Open Source Software ausschreibungskonform. Die vom Auftraggeber geforderten Meilensteine seien ausschreibungskonform angeboten worden. Zudem sei ihr Angebot hinsichtlich der Implementierung des „E-Finanz Enterprise Service Bus“ ebenfalls ausschreibungskonform; diesbezüglich liege allenfalls ein behebbarer Mangel vor, bei dem es der Auftraggeber verabsäumt habe, die Antragstellerin zur Behebung eines möglichen Mangels aufzufordern. Zudem stütze sich die Ausscheidensentscheidung auf ein Gutachten der B***. Diese sei im gegenständlichen Vergabeverfahren jedoch im Dezember 2006 über Auftrag der Antragstellerin tätig gewesen. Bezüglich der B*** liege sohin ein Verstoß gegen Paragraph 53, AVG, Paragraph 21, BVergG sowie Artikel 6, EMRK und damit ein absoluter Befangenheitsgrund vor, sodass die darauf aufbauende Ausscheidensentscheidung sofort für nichtig zu erklären sei.

Die IBM C*** (im Weiteren kurz: C***), vertreten durch Y*** und die D*** (im Folgenden kurz: D***), vertreten durch Z***, welche im bezughabenden Vergabeverfahren ebenfalls Angebote abgegeben haben, haben im Nachprüfungsverfahren zu N/0031-BVA/05/2007 begründete Einwände erhoben und in Schriftsätzen vom 10. und 19. April sowie 14. Juni 2007 (C***) bzw. 11. und 18. April und 15. Juni 2007 (D***) sowie in den mündlichen Verhandlungen vom 20. April und vom 20. Juni 2007 - soweit es ihr Kenntnisstand zuließ - im Wesentlichsten zusammengefasst ausgeführt, dass nach ihrer Ansicht das Angebot der Antragstellerin im Vergabeverfahren vergaberechtskonform ausgeschieden worden wäre.

Der Auftraggeber hat dem Bundesvergabeamt am 5. April 2007 die Originalverfahrensunterlagen aus dem Vergabeverfahren vorgelegt und in Stellungnahmen vom 4. und 13. April sowie vom 15. Juni 2007 und in den mündlichen Verhandlungen am 20. April und 20. Juni 2007 im Wesentlichsten zusammengefasst die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin im Vergabeverfahren auszuschneiden, verteidigt.

Während des von der Antragstellerin angestrebten Nachprüfungsverfahrens zu N/0031-BVA/05/2007 wurden am 23. Mai 2007 mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes, 2007/04/0010-15, die Spruchpunkte II., III., V., und VI. des Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 15. Dezember 2006, N/0095-BVA/05/2006-46 und N/0099-BVA/05/2006-23 betreffend Nachprüfung nach dem BVergG 2006 (im Vergabeverfahren „E-Finanz (Finanz-Redesign) BBG-GZ 9000.00310“ aufgehoben. Die aufgehobenen Spruchpunkte können den Spruchpunkten III. und IV. des gegenständlichen Bescheides entnommen werden. Im Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 15. Dezember 2006 wurde das unter den Spruchpunkten II. und V. dieses Bescheides angeführte Antragsbegehren der Antragstellerin zurückgewiesen und daraus folgend das unter den Spruchpunkten III. und VI. beantragte Begehren abgewiesen. Als Begründung wurde im Wesentlichsten zusammengefasst im Bescheid vom 15. Dezember 2006 ausgeführt, das Bundesvergabeamt könne den von § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 geforderten Kausalzusammenhang zwischen der von der Antragstellerin behaupteten Rechtsverletzung und dem geltend gemachten Schaden, der darin bestehen solle, dass ein anderer Bieter einen Nachprüfungsantrag eingebracht habe, nicht erkennen. Die Prozessvoraussetzung eines entstandenen oder drohenden Schadens würde nicht vorliegen, sodass es an der Antragslegitimation mangle. Der Verwaltungsgerichtshof führte in seinem Erkenntnis vom 23. Mai 2007 aus, dass die Antragstellerin zum Schaden ein wesentlich umfangreicheres Vorbringen erstattet habe, über das das Bundesvergabeamt hinweggegangen sei. Vor dem Hintergrund dieses Vorbringens habe das Bundesvergabeamt die Rechtslage verkannt. Daher erweise sich die Zurückweisung der Nachprüfungsanträge betreffend der Spruchpunkte II und V als rechtswidrig. Da damit die Abweisung der Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren (Spruchpunkte III und VI) in untrennbarem Zusammenhang stünde, sei der Bescheid hinsichtlich auch dieser Spruchpunkte wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

gewesen. Während des von der Antragstellerin angestrebten Nachprüfungsverfahrens zu N/0031-BVA/05/2007 wurden am 23. Mai 2007 mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes, 2007/04/0010-15, die Spruchpunkte römisch zwei., römisch drei., römisch fünf., und römisch sechs. des Bescheides des Bundesvergabesamtes vom 15. Dezember 2006, N/0095-BVA/05/2006-46 und N/0099-BVA/05/2006-23 betreffend Nachprüfung nach dem BVergG 2006 (im Vergabeverfahren „E-Finanz (Finanz-Redesign) BBG-GZ 9000.00310“ aufgehoben. Die aufgehobenen Spruchpunkte können den Spruchpunkten römisch drei. und römisch vier. des gegenständlichen Bescheides entnommen werden. Im Bescheid des Bundesvergabesamtes vom 15. Dezember 2006 wurde das unter den Spruchpunkten römisch zwei. und römisch fünf. dieses Bescheides angeführte Antragsbegehren der Antragstellerin zurückgewiesen und daraus folgend das unter den Spruchpunkten römisch drei. und römisch sechs. beantragte Begehren abgewiesen. Als Begründung wurde im Wesentlichen zusammengefasst im Bescheid vom 15. Dezember 2006 ausgeführt, das Bundesvergabeamt könne den von Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 geforderten Kausalzusammenhang zwischen der von der Antragstellerin behaupteten Rechtsverletzung und dem geltend gemachten Schaden, der darin bestehen solle, dass ein anderer Bieter einen Nachprüfungsantrag eingebracht habe, nicht erkennen. Die Prozessvoraussetzung eines entstandenen oder drohenden Schadens würde nicht vorliegen, sodass es an der Antragslegitimation mangle. Der Verwaltungsgerichtshof führte in seinem Erkenntnis vom 23. Mai 2007 aus, dass die Antragstellerin zum Schaden ein wesentlich umfangreicheres Vorbringen erstattet habe, über das das Bundesvergabeamt hinweggegangen sei. Vor dem Hintergrund dieses Vorbringens habe das Bundesvergabeamt die Rechtslage verkannt. Daher erweise sich die Zurückweisung der Nachprüfungsanträge betreffend der Spruchpunkte römisch zwei und römisch fünf als rechtswidrig. Da damit die Abweisung der Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren (Spruchpunkte römisch drei und römisch sechs) in untrennbarem Zusammenhang stünde, sei der Bescheid hinsichtlich auch dieser Spruchpunkte wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben gewesen.

Da gemäß § 42 Abs. 3 VwGG durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. Mai 2007 die Rechtssache in die Lage zurücktritt, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Bescheides befunden hatte, leben die mit den Spruchpunkten II., III., V., und VI. des Bescheides des Bundesvergabesamtes vom 15. Dezember 2006, N/0095-BVA/05/2006-46 und N/0099-BVA/05/2006-23, betreffend Nachprüfung nach dem BVergG 2006 (im Vergabeverfahren „E-Finanz (Finanz-Redesign) BBG-GZ 9000.00310“ entschiedenen Anträge der Antragstellerin wieder auf. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang hinsichtlich der vom Auftraggeber getroffenen Ausscheidensentscheidung der Antrag der Antragstellerin vom 24. November 2006, „das Bundesvergabeamt möge in eventu 2. die unter Punkt 2.4 bezeichnete(n) und angefochtene(n) Entscheidung(en) der Antragsgegnerin, welche der Antragstellerin per E-Mail vom 16. November 2006 mitgeteilt wurden, für nichtig erklären.“ Da gemäß Paragraph 42, Absatz 3, VwGG durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. Mai 2007 die Rechtssache in die Lage zurücktritt, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Bescheides befunden hatte, leben die mit den Spruchpunkten römisch zwei., römisch drei., römisch fünf., und römisch sechs. des Bescheides des Bundesvergabesamtes vom 15. Dezember 2006, N/0095-BVA/05/2006-46 und N/0099-BVA/05/2006-23, betreffend Nachprüfung nach dem BVergG 2006 (im Vergabeverfahren „E-Finanz (Finanz-Redesign) BBG-GZ 9000.00310“ entschiedenen Anträge der Antragstellerin wieder auf. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang hinsichtlich der vom Auftraggeber getroffenen Ausscheidensentscheidung der Antrag der Antragstellerin vom 24. November 2006, „das Bundesvergabeamt möge in eventu 2. die unter Punkt 2.4 bezeichnete(n) und angefochtene(n) Entscheidung(en) der Antragsgegnerin, welche der Antragstellerin per E-Mail vom 16. November 2006 mitgeteilt wurden, für nichtig erklären.“

Diesbezüglich werden unter dem von der Antragstellerin bezeichnetem Punkt 2.4 als gesondert anfechtbare Entscheidung „gemäß § 2 Z 16 lit a sublit. dd BVergG 2002“ als sonstige Festlegung der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist angeführt, Folgendes für nichtig zu erklären: Diesbezüglich werden unter dem von der Antragstellerin bezeichnetem Punkt 2.4 als gesondert anfechtbare Entscheidung „gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2002“ als sonstige Festlegung der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist angeführt, Folgendes für nichtig zu erklären:

„die Festlegung des Auftraggebers unter Punkt 1 B) im Dokument „Verhandlungspunkte der 2. Verhandlungsrunde sowie Festlegungen des Auftraggebers“, wonach

... 3. TIBCO - wie dies in der ursprünglichen Ausschreibungsunterlage vorgesehen war und trotz einer diesbezüglichen Frage in der letzten Verhandlungsrunde in den Ausschreibungsunterlagen unverändert blieb - lediglich für die

Integration von Legacy-Systemen vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wird, nicht jedoch für den Enterprise-Service-Bus und dennoch im betreffenden Angebot auch für den Enterprise-Service-Bus auf das beim Auftraggeber vorhandene TIBCO zurückgegriffen wird.“

Im Zuge des Ermittlungsverfahrens wurden die Parteien gefragt, warum damit entweder eine oder keine Vergaberechtswidrigkeit verbunden sei.

Während vom Auftraggeber und von C*** im Wesentlichsten zusammengefasst diesbezüglich nur das Vorliegen einer Vergaberechtswidrigkeit verneint wurde, geht D*** davon aus, dass diesbezüglich nicht einmal eine gesondert anfechtbare Entscheidung vorliege, da die Ausführungen des Auftraggebers in Bezug auf TIBCO keine Festlegung des Auftraggebers darstelle. Es handle sich um Wissensäußerungen des Auftraggebers. Eine Vergaberechtswidrigkeit wurde jedoch auch von HP in Abrede gestellt. Von der Antragstellerin wurde dazu im Wesentlichsten zusammengefasst vorgebracht, dass TIBCO „nach allen gängigen Interpretationsregeln“ nicht „ausschließlich“ für die Integration von Legacy-Systemen zur Verfügung stehe, sondern auch für andere Anwendungen, insbesondere für den ESB. Der Einsatz des TIBCO ESB sei zwingend, wenn TIBCO zur Integration der Legacy-Systeme verwendet werde, weil nur dann die Integration über die TIBCO-Adaptoren möglich sei. Die Festlegung des Auftraggebers in der Einladung zur 2. Verhandlungsrunde vom 16. November 2006, wonach TIBCO vom Auftraggeber „lediglich“ für die Integration von Legacy-Systemen zur Verfügung gestellt werde, sei eine vergaberechtlich unzulässige, gesondert anfechtbare Entscheidung. Die vergaberechtliche Unzulässigkeit ergebe sich daraus, dass der Auftraggeber diese Festlegung in diesem Schreiben vom 16. November 2006 erstmals getroffen habe, obwohl ihm zu diesem Zeitpunkt bereits bekannt gewesen sei, dass das Angebot der Antragstellerin dieser Festlegung nicht entspreche, und es der Antragstellerin dennoch nicht ermöglicht habe, über diesen Punkt mit dem Auftraggeber zu verhandeln. Damit habe der Auftraggeber die Grundsätze des freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter verletzt. Diese Festlegung habe bei der Nachprüfung der Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 27. März 2007 außer Betracht zu bleiben.

Auf der Grundlage der Verfahrensakten in den Nachprüfungsverfahren N/0095-BVA/05/2007, N/0099-BVA/05/2007 und N/0031-BVA/05/2007, im Besonderen der Schriftsätze der Antragstellerin vom 2. April 2007

(OZ 1 = OZ 2 = OZ 3), vom 16. April 2007 (OZ 30 = OZ 32 = OZ 35),

vom 18. April 2007 (OZ 37), vom 6. Juni 2007 (OZ 71 = OZ 78) und

vom 15. Juni 2007 (OZ 87) samt zugehöriger Beilagen (OZ 88), der Schriftsätze des Auftraggebers vom 4. April 2007 (OZ 6), vom 10. April 2007 (OZ 9 = OZ 11 = OZ 12), vom 13. April 2007 (OZ 27), vom 13. April 2007 (OZ 28), vom 13. April 2007 (OZ 29), vom 19. April 2007 (OZ 46), vom 6. Juni 2007 (OZ 73) und vom 15. Juni 2007 (OZ 86), der Schriftsätze der IBM vom 10. April 2007 (OZ 13 = OZ 14), vom 20. April 2007 (OZ 53) und vom 14. Juni 2007 (OZ 85 = OZ 95), der Schriftsätze der HP vom 11. April 2007 (OZ 18 = OZ 23), vom 18. April 2007 (OZ 41 = OZ 42) und vom 15. Juni 2007 (OZ 89 = OZ 96), des von E*** erstellten Befundes und Gutachtens vom 1. Juni 2007 entsprechend dem Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 20. April 2007, N/0031-BVA/05/2007-56 und unter besonderer Berücksichtigung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. Mai 2007, 2007/04/0010-15, und den vom Auftraggeber am 5. April 2007 vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens (OZ 5) sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlungen vom 20. April 2007 (OZ 54) und vom 20. Juni 2007 (OZ 99) wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber hat am 25. Mai 2005 die Vergabebekanntmachung zum von ihm selbst als „E-Finanz (Finanz-Redesign)“ bezeichneten Beschaffungsvorgang zur Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union übermittelt. Gegenstand dieses Vergabeverfahrens ist die grundlegende und umfassende funktionale und technische Neugestaltung der IT-Unterstützung für die Kernprozesse der gesamten österreichischen Finanzverwaltung (Steuer und Zoll) im Hinblick auf die Vereinheitlichung der fachlichen Prozessabwicklung. Die IT-Unterstützung schließt die gesamte verwaltungsmäßige Abwicklung der Finanz- und Zollämter und die dafür erforderlichen Funktionalitäten in den übergeordneten Organisationseinheiten sowie die erweiterte Lösung der E-Government-Funktionen der Steuer- und Zollverwaltung mit ein. Das Vergabeverfahren wird in Form eines Verhandlungsverfahrens im Oberschwellenwertbereich mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 90 Mio. durchgeführt.

Auf der Grundlage des Teilnahmeantrages der Antragstellerin vom 1. Juli 2005 wurde die Antragstellerin in diesem Vergabeverfahren am 19. Juli 2005 mit Telefax informiert, dass ihr Teilnahmeantrag unter die ersten vier gereiht

wurde. Am 20. Juli 2005 wurden der erste Teil der Ausschreibungsunterlagen sowie eine Übersicht über die Termine für Workshops übermittelt. In weiterer Folge wurden auch mit der Antragstellerin insgesamt sechs Workshops abgehalten. Diese Workshops dienten der Einführung in die Grundlagen, Rahmenbedingungen, die Ist-Situation des Projektes E-Finanz und letztlich als Vorbereitung für die Angebotserstellung.

Die Antragstellerin hat am 17. Februar 2006 ein Angebot abgegeben.

Gemäß Ausschreibungsunterlagen war auch ein „E-Finanz Enterprise Service Bus (oder kurz: ESB)“ anzubieten. In der Ausschreibungsdokumentation „Fin_CO2_GRUNDLAGEN_SOA_ 1.0 SOA-INFO-2 wird der ESB folgendermaßen definiert:

„... zentrale Schnittstellentechnologie welche unter Verwendung von Services die Kommunikation in einer service-orientierten Architektur ermöglicht. Eine Service-Bus-Infrastruktur hat die grundlegende Aufgabe des Transports der Service-Nachricht vom Service-Consumer zum Service-Provider. Eine der wichtigsten Eigenschaften der Service-Busses ist die, dass er stabile standardisierte Schnittstellen nach Außen hin anbietet.“

Erklärend wird dazu von der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag ausgeführt, dass im Rahmen einer serviceorientierten Architektur (SOA), die aus einer Mehrzahl an Softwarekomponenten besteht, die inhaltliche Leistungserbringung (z.B. Berechnung einer Frist) durch einzelne Dienste („Services“) erbracht wird. Im Rahmen der Abarbeitung eines Geschäftsprozesses werden durch den Nutzer („User“) normalerweise mehrere Dienste aufgerufen, die das Ergebnis ihrer Tätigkeit an den User als die anfordernde Stelle zurückmelden. Die Kommunikation zwischen der anfordernden Stelle und den aufgerufenen Diensten erfolgt mittels standardisierter Nachrichten („Messages“) über eine zentrale Software-Komponente, einen Enterprise Service Bus. Anfordernde Stellen als auch die Dienste können sowohl in einem neuen System, in bestehenden Systemen als auch in unternehmensfremden (externen) Systemen auftreten. Die Kommunikation innerhalb des neuen Systems und zwischen dem neuen System und bestehenden Systemen sowie den unternehmensfremden Systemen erfolgt hierbei über einen Enterprise Service Bus. Bereits bestehende Systeme oder bestehen bleibende Systeme werden dabei als Altsysteme oder „Legacy Systeme“ bezeichnet.

Im Gutachten von E*** wird dazu hinsichtlich der technischen Grundlagen erklärend festgehalten, dass ein sogenannter Enterprise Service Bus (ESB) die Ausprägung einer speziellen Architektur, die in verteilten Systemen verwendet werde, sei. Sie bilde ein Kommunikationssystem, das dazu diene, verteilte Prozesse auf einer speziellen Abstraktionsebene miteinander zu koppeln. Der ESB stelle demnach eine Transportschicht in Form einer sogenannten Message oriented Middleware dar.

Zur Umsetzung des Konzeptes eines ESB seien üblicherweise mehrere Dienste erforderlich. Als Basis werde dabei ein Message orientiertes Kommunikationssystem verwendet, auf das aufbauend die speziellen Funktionen, die üblicherweise einem ESB zugeordnet werden würden, implementiert seien. Dabei handle es sich je nach Produkt und Systemumfeld um eine Anzahl von kommunikations- und prozessorientierten Funktionen, die in unterschiedlichen Detailausprägungen vorliegen könnten. Wesentliche Komponenten seien dabei die Möglichkeit Prozesse synchron und asynchron miteinander zu koppeln, das Routing für die Prozesskopplung nach unterschiedlichen Konzepten zu orientieren und Methoden zur Übersetzung unterschiedlicher Protokolle - in der Regel durch sogenannte Adaptern - zur Verfügung zu haben. Funktionen stünden darüber hinaus im Bereich des Quality of Service und des Managements der Funktionen zur Verfügung. Um die genannten Aufgaben abdecken zu können, ergebe sich für jede spezifische Implementierung (Produkte verschiedener Hersteller) die Möglichkeit, unterschiedlich geartete Funktionen zu verwenden. Daraus resultierten auch die Unterschiede zwischen einzelnen produktorientierten Konzepten, die jeweils als Implementierung des ESB Konzeptes anzusehen seien.

Die Herstellung einer solchen Funktionalität wie sie der Enterprise Service Bus erfordere, werde in technischer Hinsicht durch mehrere Softwarekomponenten bewerkstelligt, die unterschiedlichen Schichten, wie sie beispielsweise dem ISO/OSI Modell entsprechen, zugeordnet werden könnten. Die meisten Produkte entsprächen dabei allerdings nicht exakt dem Schichtenmodell, so dass diese Erwähnung lediglich zur Verdeutlichung dazu diene, dass zur Implementierung Dienste auf unterschiedlichen Ebenen des Modells erforderlich seien. Einzelne dafür erforderliche Programme seien Teile des Betriebssystems, auf denen aufgebaut werde, weitere für die Kommunikation erforderliche Komponenten würden als unterschiedliche aufeinander aufbauende Module hinzugefügt.

Bei der Konzeption von verteilten Architekturen komme dem Verteilungskonzept - der Modularisierung und Schichtenbildung sowie der örtlichen Zuordnung - der einzelnen Prozesse eine zentrale Bedeutung zu. Dabei werde

auch die semantische Ebene der Kommunikation festgelegt. Das Ziel der businessorientierten Prozesskoppelung bestehe in der Regel darin, Applikationen die auf den einzelnen Knoten im verteilten System abliefen so miteinander zu verbinden, dass dazu keine Programmierarbeit erforderlich sei. Dabei werde häufig auch eine Systemoffenheit gefordert, die dadurch erreicht werde, dass für ein bestimmtes Kommunikationskonzept die Möglichkeit bestehe, Interfaces (Protokolladaptoren) zu verwenden. Dies sei allerdings nur insofern möglich, als die Gesamtdefinition der Prozesskommunikation Protokollumwandlungen auf einer einheitlichen semantischen Ebene überhaupt zulasse.

Ein Enterprise Service Bus werde häufig auch als Basiskomponente für die darauf aufbauende Implementierung seiner sogenannten serviceorientierten Architektur (SOA) verwendet. Dabei handle es sich um eine spezielle Art der Prozesskoppelung (Service-Consumer und Service-Provider) die auf hoher semantischer Ebene mit entsprechenden Standardinterfaces so implementiert seien, dass sie möglichst allgemein verwendet werden könnten. Grundsätzlich handle es sich auch dabei gleichermaßen wie beim ESB um die Implementierung eines generellen Architekturkonzeptes, dem allgemein gewisse Eigenschaften zugeordnet würden, die jeweils in spezifischen Implementierungen in unterschiedlichen Ausprägungen vorzufinden seien.

In der Ausschreibung sei die grundlegende Architektur für ein serviceorientiertes Konzept gefordert. In diesem Konzept seien Service-Provider und Service-Consumer definiert, die auf entsprechenden semantischen Ebenen für die zur Verfügung stehenden Services miteinander kommunizierten. Daraus resultiere für das in den entsprechenden Ebenen dafür verwendete Kommunikationssystem, dass die Nachrichten zwischen Service-Provider und Service-Consumer - beispielsweise ein Request - in der dafür definierten Form, gekapselt als Nachricht, unter Verwendung der für die Transportmechanismen zuständigen Schichten transportiert werde. Um dies von Seiten der gekoppelten Applikationen programmtechnisch zu bewerkstelligen, müssten für die Generierung der Request durch die einzelnen Prozeduren entsprechende Programm Interfaces zur Verfügung stehen. Weiters seien für die Anbindung von heterogenen Datenübertragungswegen entsprechende Adapter sowie für die Nutzung unterschiedlicher Trägerdienste entsprechende Protokollumwandlungen bzw. Einbettungen erforderlich.

Ausgehend von solchen grundlegenden Vorgaben bestünden an ein derartiges verteiltes Kommunikationskonzept in der Regel zahlreiche zusätzliche Anforderungen. Beispiele dafür beträfen besonders die Transaktionssicherheit und das sogenannte Content based Routing. Für jede Transaktion - das sei die Überführung des Gesamtsystems von einem konsistenten Speicherzustand in einen anderen entsprechend gültiger Transaktionsfunktionen - seien die sogenannten ACID Kriterien, zu garantieren. Zusammengefasst dargestellt sollte damit erreicht werden, dass selbst bei einer Störung der Kommunikation zwischen Service-Consumer und Service-Provider und vor allem bei Beteiligung mehrerer Knoten an einer Transaktion, jeweils ein konsistenter Systemzustand hinterlassen werde. Dementsprechend müsse die Transaktion für alle Knoten oder für keinen Knoten durchgeführt werden. Weitere wichtige Aspekte hingen auch mit der Konfiguration einzelner Knoten in der verteilten Architektur zusammen sowie mit dem Management, der Berechtigungsverwaltung, etc.

Grundsätzlich gebe es zu dieser Thematik, nämlich der Konzeption einer serviceorientierten Architektur und der dazu verwendeten Protokollschichten und Dienste und zur Möglichkeit einzelne solche Schichten - bzw. Produkte, die diesen Schichten zuzuordnen seien - dafür zu kombinieren und zu kaskadieren, zahlreiche Literatur, die von theoretischen Konzepten ausgingen und bis zur Beschreibung individueller Anwendungen und der Anwendung von Standardprodukten reichten.

Im vorliegenden Fall enthalte die Ausschreibung die Möglichkeit für die Integration von Legacy Systemen - das seien bestehende Systeme - bestimmte Komponenten der F***, die vom Auftraggeber bereitgestellt würden, zu verwenden.

In der Ausschreibungsdokumentation E-Fin-C22_SOLL_HWSW_2.0.pdf stellt der Auftraggeber laut „SHW-INFO-4: Vorhandene EAI Umgebung“ fest:

„Für die Integration von Legacy-Systemen steht das EAI-Produkt

TIBCO zur Verfügung.

TIBCO-Komponenten, die produktiv im Einsatz sind:

TIBCO Business Works

TIBCO Rendezvous

TIBCO Adapter für SDK

TIBCO Adapter für SAP R/3

TIBCO Adapter für Files (Windows/Unix)

TIBCO HAWK

TIBCO Rendezvous Server (OS/390)

TIBCO Substation ES

TIBCO CICS Interface for Substation ES

TIBCO Adapter for Files zOS (MVS)

TIBCO-Komponenten, die bereits im BRZ vorhanden sind, aber noch nicht produktiv im Einsatz sind:

TIBCO Adapter für Active Database

TIBCO Adapter für LDAP

TIBCO Hawk SNMP Adapter

Die erforderliche Infrastruktur wird entsprechend den Anforderungen des GU vom RRZ konzipiert und bereitgestellt.“

Die Angebotsöffnung fand am 20. Februar 2006 statt. Am 19. Mai 2006 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot wegen Abweichens von der in der Ausschreibung vorgegebenen Preisstruktur und unaufgeklärt gebliebener Mängel ausgeschieden wurde. Diese Ausscheidensentscheidung wurde mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 7. Juli 2006 N/0039-BVA/05/2006-90, für nichtig erklärt. Daher wurde auch die Antragstellerin am 13. Juli 2006 zur Anfang August 2006 stattgefundenen 1. Verhandlungsrunde eingeladen und am 11. August 2006 informiert, dass der Auftraggeber kein „shortlisting“ vornehmen werde und die Einholung eines „last and final offers“ (LAFO) beabsichtigt sei.

Im Zuge der Verhandlungen (Protokoll der 1. Verhandlung vom 20. Juli 2006, Seite 14 des 16seitigen Protokolls) der ersten Verhandlungsrunde wurde unter Punkt „20.“ als Verhandlungswunsch der Antragstellerin folgendes festgehalten:

„Verhandlungswunsch des Bieters:

Titel/Thema:

Nutzung von vorhandenen TIBCO Lizenzen

Referenz zu Ausschreibungsunterlagen:

SHW-INFO-4: Vorhandene EAI Umgebung

Problemstellung:

Verwendung der vorhandenen TIBCO Lizenzen für die Integration von Legacy-Systemen.

Vorschlag des Bieters:

Die in SHW-INFO-4 beschriebenen Lizenzen können uneingeschränkt für das Programm E-Finanz verwendet werden. Die definierte Software wird vom Auftraggeber bzw. der BRZ-G bereitgestellt und steht dem Auftragnehmer kostenfrei zur Verfügung. Bitte um Präzisierung dass die Infrastruktur die Lizenz mit umfasst.

Auswirkung auf Angebot

Preis: 2

Qualität: Vereinfachung der Abwicklung“

An den Verhandlungen am 20. Juli 2006 von 9.00 Uhr bis 15.20 Uhr nahmen für die Antragstellerin G***, H***, I*** und J*** teil, die auch das Protokoll unterfertigten.

Am 9. August 2006 fand ein 2. Verhandlungstermin zwischen dem Auftraggeber und der Antragstellerin statt. Im Protokoll dieser Verhandlungen wird unter Punkt 1. 3 festgehalten, dass Erklärungen des Bieters oder des Verhandlungsteams schriftlich festzuhalten seien; nur schriftlich festgehaltene Punkte könnten in die weitere Behandlung eingehen. Zum Verhandlungsbedarf kann diesem Protokoll Folgendes entnommen werden:

„Der Auftraggeber führt aus:

Seitens des Auftraggebers wird klargestellt, dass nach Abschluss der 1. Verhandlungsrunde der Auftraggeber autonom allfällige neue Festlegungen vornimmt. Die davon nicht betroffenen Teile der Ausschreibung bleiben naturgemäß unberührt; die betroffenen Teile werden durch die neuen Festlegungen, soweit diesbezügliche Regelungen existieren, ersetzt. Jedenfalls werden die neuen Festlegungen Bestandteil der künftigen Ausschreibungsunterlagen, wobei der Auftraggeber zurzeit davon ausgeht, dass eine weitere Verhandlungsrunde entbehrlich sein wird. Die Fortschreibung einer bereits erfolgten Festlegung in den überarbeiteten Ausschreibungsunterlagen ist keine erneute Festlegung, da festgelegt wird, dass die erteilten Auskünfte, die Verhandlungen und insbesondere das Eingehen auf Verhandlungswünsche in den Verhandlungen nichts an der Verbindlichkeit der bereits getroffenen Festlegungen ändern.

Soweit über die in dieser Verhandlungsrunde erörterten Positionen kein Konsens zwischen Auftraggeber und Bieter erzielt werden kann, behält sich der Auftraggeber ausdrücklich vor, statt der von ihm jeweils verhandelten einzelnen Position jene einzelne Regelung beizubehalten, die in den ausgesendeten Ausschreibungsunterlagen enthalten ist mit der Klarstellung, dass die Verbindlichkeit der bereits in den Ausschreibungsunterlagen und Fragebeantwortungen getroffenen Festlegungen unverändert gilt, bis eine ganz konkrete Festlegung allenfalls durch eine neue Festlegung geändert wird.“

Unter Punkt „3.“ kann diesem Protokoll weiter Folgendes entnommen werden:

Titel:

Referenz zu Ausschreibungsunterlagen:

SHW-INFO-4: Vorhandene EAI Umgebung

Verhandlungsbedarf:

Derzeit wird vom Auftraggeber für die Integration von Legacy-Systemen das EAI-Produkt TIBCO zur Verfügung gestellt. Ergeben sich für die angebotene Lösung Änderungen, wenn der Auftraggeber uneingeschränkt die Enterprise Lizenzen der zur Verfügung gestellten TIBCO Produkte zur Verfügung stellt? Bejahendenfalls welche Änderungen Ihres Angebotes ergeben sich daraus?

Antwort des Bieters:

Diese Änderung würde den Angebotspreis reduzieren, jedoch keine qualitative Änderung bedeuten.“

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 25. August 2006 wurden die drei an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens teilnehmenden Bieter, sohin auch die Antragstellerin zur Legung eines LAFO bis zum 18. September 2006 eingeladen. Die Einladung zum LAFO erfolgte auf der Basis zum Teil geänderter bzw. ergänzter Ausschreibungsunterlagen, resultierend aus Bieteranfragen und Ergebnissen der 1. Verhandlungsrunde, die in den dem Einladungsschreiben beiliegenden „Sonstigen Festlegungen respektive Klarstellungen des Auftraggebers“ festgehalten waren. Abzugeben war ein überarbeitetes Gesamtangebot.

In weiterer Folge wurde den Bietern die Gelegenheit gegeben, Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen LAFO zu stellen, die vom Auftraggeber auch beantwortet wurden. Zudem erfolgten weitere Festlegungen durch den Auftraggeber, die auf das nunmehr durchzuführende Nachprüfungsverfahren jedoch keinen Einfluss haben.

Die Änderung bzw. Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen wurden nicht in einem Nachprüfungsverfahren angefochten. Die Antragstellerin hat am 18. September 2006 ein überarbeitetes Gesamtangebot abgegeben.

Die Angebote wurden am 18. September 2006 geöffnet. Das Angebot der Antragstellerin sieht für den E-Finanz Service Enterprise Bus den Einsatz von TIBCO-Produkten (TIBCO Business Works und TIBCO Enterprise Message Service) vor (u.a. auf Seite 2 des Dokumentes „E-Finanz Stellungnahmendokument - Grundlagen der serviceorientierten Architektur

(SOA) im Angebot der Antragstellerin vom 18. September 2006). TIBCO-Produkte scheinen im Preisblatt des überarbeiteten Gesamtangebotes der Antragstellerin vom 18. September 2006 jedoch nicht auf und werden dort auch nicht ausgepreist. Auch E*** stellt im Gutachten vom 1. Juni 2007 fest, dass im letzten Angebot der Antragstellerin die TIBCO Komponenten, die in der Lösungsbeschreibung erwähnt seien, allerdings weder im Detail beschrieben noch im Preisblatt ausgewiesen, also nicht angeboten seien.

Bei der Prüfung der Angebote zeigte sich die Notwendigkeit, von allen drei Bietern zu einzelnen Punkten ihrer Angebote schriftlich bis zum 31. Oktober 2006 Aufklärung zu verlangen. An die Antragstellerin wurden zeitgleich mit den anderen Bietern am 24. Oktober 2006 24 Fragen übermittelt. Unter „1.“ wurde die Antragstellerin folgendes gefragt:

„Titel: TIBCO

Frage:

In den Ausschreibungsunterlagen zum „last and final offer“ (in E-Fin-C21_IST_HWSW_1.0.pdf) wurde das Produkt TIBCO nur eingeschränkt - für die Anbindung bestehender Systeme (sog. Legacy-Systeme) - zur Verfügung gestellt.

In ihrem Angebot (Beilage E-Fin-D_C00_ALLG_Produktbeschreibungen_ACN_2.0.pdf) wurde TIBCO als Produktlieferant genannt, obgleich weder eine Produktbeschreibung noch eine entsprechende Position im Preisblatt vorhanden sind.

Wir ersuchen Sie diesbezüglich um Aufklärung.“

Diese Frage wurde von der Antragstellerin am 31. Oktober 2006 wie folgt beantwortet:

„Wir erlauben uns darauf hinzuweisen, dass TIBCO in E-Fin-C21_IST_HWSW_1.0.pdf nicht vorkommt.

Unser Angebot sieht die Verwendung der zur Verfügung gestellten TIBCO Produkte entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung vor. Aus diesem Grunde wurde im Angebot weder eine Produktbeschreibung noch eine entsprechende Position im Preisblatt aufgenommen. Die Nennung von TIBCO als Produktlieferant in der Beilage E-Fin-D_C00_ALLG-Produktbeschreibungen_ACN_2.0 pdf ist ein redaktionelles Versehen (diese Seite der Beilage wurde in diesem Punkt unverändert aus dem Angebot vom 20.02.2006 übernommen). Die entsprechende Zeile ist daher zu streichen.“

Mit dieser Antwort hat sich der Auftraggeber nicht begnügt und mit E-Mail vom 8. November 2006 an die Antragstellerin unter anderem folgende Frage gestellt:

„Titel: TIBCO

Frage:

In ihrer Beantwortung der Frage 1 der Aufklärung vom 31.10.2006 führen Sie aus: „Unser Angebot sieht die Verwendung der zur Verfügung gestellten TIBCO Produkte entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung vor.“

Das steht im Widerspruch zum nächsten Satz ihrer Antwort zu Frage 1, der lautet: „Aus diesem Grunde wurde im Angebot weder eine Produktbeschreibung noch eine entsprechende Position im Preisblatt aufgenommen.“

Ist doch in der Ausschreibung von Anfang an unverändert vorgesehen, dass TIBCO vom Auftraggeber lediglich für die Anbindung von Legacy-Systemen - sohin nicht für die Verwendung des Enterprise Service Bus für E-Finanz (ESB) - zur Verfügung gestellt wird. Dem entsprechend hat der Bieter einen den Ausschreibungsvorgaben des Lastenheftes E-Fin-C02_GRUNDLAGEN_SOA _2.0.pdf entsprechenden Service Enterprise Service Bus (ESB) anzubieten und einzusetzen. Das blieb auch in der erneuten Aufforderung zur Angebotslegung unverändert. In ihrem ersten Angebot hatten Sie als Service Enterprise Bus (ESB) TIBCO angeboten und entsprechend ausgepreist. In ihrem nunmehrigen Angebot haben Sie TIBCO nicht mehr angeboten, die entsprechende Position im Preisblatt gestrichen und uns in Ihrer genannten Antwort ersucht, die Nennung von TIBCO als Produktlieferant in der Beilage E-Fin-D_C00_ALLG_Produktbeschreibung_ACN_2.0.pdf als redaktionelles Versehen zu streichen.

Wir ersuchen daher um Aufklärung, wie Sie gemäß ihrem vorliegenden Angebot die Anforderungen der Ausschreibung, einen dem Lastenheft E-Fin-C02_GRUNDLAGEN_SOA_2.0.pdf entsprechenden Enterprise Service Bus (ESB) anzubieten, abdecken, obwohl Sie weder TIBCO anbieten noch für den Enterprise Service Bus (ESB) auf das auftraggeberseitig vorhandene TIBCO einsetzen dürfen.“

Die Antwort der Antragstellerin kann einer E-Mail vom 16. November 2006 entnommen werden:

„Antwort des Bieters:

Wir erlauben uns darauf hinzuweisen, dass der zweite Satz unserer Fragenbeantwortung zu Frage 1 vom 31.10.2006 nicht im Widerspruch zum dritten Satz derselben Fragenbeantwortung steht. Wir erlauben uns weiters darauf hinzuweisen, dass gemäß den Ausschreibungsunterlagen seitens des Auftraggebers die dort angeführten TIBCO Produkte für die Integration von Legacy Systemen (ohne Einschränkung) zur Verfügung gestellt werden (siehe E-Fin-C22_SOLL_HWSW_2.0.pdf, SHW-INFO-4). Unter Integration von Legacy Systemen haben wir auch die Verbindung von Alt- und Neusystemen, wie in den Verhandlungsrunden im Juli und August mit Ihnen erörtert, verstanden.

Das vom Auftraggeber bereitgestellte Produkt TIBCO Business Works ist der Enterprise Service Bus von TIBCO (<http://www.tibco.de/software/Esb/default.jsp>). Die Einschränkung bzw. Vorgabe, dass TIBCO sohin nicht für die Verwendung als Enterprise Service Bus für E-Finanz zur Verfügung gestellt wird und somit nicht für den Enterprise Service Bus eingesetzt werden darf, ist für uns nicht nachvollziehbar und steht auch nicht in den Ausschreibungsunterlagen. Ein Kernelement von TIBCO Business Works sind gerade die 150 Adapter für die Anbindung von bestehenden Systemen. Die vom Auftraggeber bereitgestellten TIBCO Produkte decken die Anforderungen des Lastenhefts C02_GRUNDLAGEN_SOA_2.0.pdf an einen Enterprise Service Bus (ESB) vollständig ab und werden daher auch für diesen Zweck eingesetzt.

Bei Bedarf können wir uns darum bemühen, darüber hinaus eine entsprechende Erklärung bzw. nochmalige schriftliche Bestätigung seitens des Herstellers einholen und würden Sie hierfür ersuchen, uns für die Vorlage dieser Erklärung eine weitere Frist von einer Woche einzuräumen.“

Dazu stellt E*** im Gutachten vom 1. Juni 2007 fest, dass die Antragstellerin die entsprechend SHW-Info-4 ausgewiesenen TIBCO Komponenten nicht nur für die Anbindung der Legacy Systeme, sondern generell zur Implementierung des Enterprise Service Bus zu verwenden plane.

Bei den „technischen Grundlagen“ führt E*** weiter aus, dass bei der technischen Argumentation auf die Produkte TIBCO Rendezvous und TIBCO Enterprise Message Service Bezug genommen werde. Beide Produkte enthielten unter anderem auch Funktionen, die einer Messaging Schicht zugeordnet werden könnten und somit Dienste, die als Message System für eine - darauf aufbauende - ESB Funktion verwendet werden könnten.

Sowohl TIBCO Rendezvous als auch TIBCO Enterprise Message Service stellten Kommunikationsprodukte für verteilte Systeme dar. Dabei handle es sich um unterschiedliche Implementierungskonzepte, die jeweils für bestimmte Applikationen Vor- und Nachteile aufweisen würden.

TIBCO Rendezvous stelle eine auf UDP basierende proprietäre Message Lösung dar, die hinsichtlich der Adressierung, des Content Based Routing und der Zuverlässigkeit der Zustellung Standardfunktionen implementiert habe. Es handle sich um eine verteilte Architektur, die sowohl ein Publish/Subscribe Modell als auch ein Point to Point Kommunikationsmodell abbilden könne. Entsprechend der jeweils direkten Implementierung der Kommunikation würden sich für eine solche Lösung durch die systemnahe Verwaltung der Messages Vorteile im Bereich der Performance sowie der Flusskontrolle der übertragenen Messages ergeben.

TIBCO Enterprise Message Service (TIBCO EMS) stelle eine auf JAVA basierende Message Architektur dar, die mit einem Message Broker, also einer zentralen Instanz, für die Message Schicht arbeite. Daraus würden sich durch die zentrale Flussteuerung Vorteile im Bereich der globalen Verwaltung verteilter Messages aber auch Nachteile im Bereich der Performance ergeben. Entsprechend der Implementierungsstrategie für dieses Produkt seien neben dem Message Dienst auch Funktionen abgedeckt, die höherwertige Protokolldienste und Kommunikationsmethoden abbildeten, die üblicherweise der Funktionalität eines ESB zuzuordnen seien. Dabei verwende TIBCO EMS im Kommunikationsbereich auf dieser Ebene JMS und könne auch als Protokolle TCP sowie http und SSL verwenden.

Die Anwendungsgebiete würden sich aus der Anzahl der beteiligten Knoten, weiters aus den Anforderungen im Bereich der Performance und Absicherung der Zustellung und darüber hinaus aus den Anforderungen in die Integrierbarkeit in Programmumgebungen und die Verwendung bestimmter Protokolltypen. Dabei ergebe sich für TIBCO EMS mit JMS als Kommunikationsprotokoll eine entsprechende Plattformorientierung. Für TIBCO EMS bestehe nach Herstellerangaben ein zertifizierter JMS 1.1 Support.

TIBCO EMS beinhalte einerseits ein Messaging System sowie andererseits die Implementierung entsprechender prozessorientierter Protokolle für serviceorientierte Architekturen. Dadurch sei nicht nur die Kommunikation auf

niedrigen Protokollschichten abgedeckt sondern auch ein Interface zu Middleware Kommunikationslösungen für die Prozesskopplung.

TIBCO Rendezvous stelle dem gegenüber eine im Wesentlichen auf die Messaging Aufgabe reduzierte Plattform dar, die Schnittstellen für entsprechende Programmiersprachen als Interfaces zur Verfügung stelle.

Im Zuge der Angebotsprüfung gelangte der Auftraggeber zur Erkenntnis, dass für eine abschließende Bewertung die erforderliche Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben sei. In einem mit 15. November 2006 datierten „Bericht an die Vergabekommission zur technischen und qualitativen Bewertung der Angebote der 2. Angebotsrunde“ identifizierte das Bewertungsteam mehrere Themen, für die ein weiterer dringender Verhandlungsbedarf bzw. eine Klärung mit den Bietern gesehen wurde. Die Vergabekommission hielt daher eine weitere Verhandlungsrunde für erforderlich. Eine entsprechende Einladung an die Bieter erfolgte mit Schreiben vom 16. November 2006. Dem Einladungsschreiben wurden die „Verhandlungspunkte der zweiten Verhandlungsrunde sowie Festlegungen des Auftraggebers“ beigelegt. In diesem Dokument informierte der Auftraggeber über den Termin der nächsten Verhandlungsrunde und legte 13 Verhandlungsthemen fest. Nur diese Themen sollten Verhandlungsgegenstand sein. Das Dokument enthielt nach einer näher begründeten Umschreibung der Verhandlungsthemen (Teil 1) als Teil 2 folgende „Abschließende Festlegung“:

„A) Alle Bieter, die aufgrund der jüngsten Aufforderung zur Angebotslegung ein Angebot gelegt haben, werden zur nächsten Verhandlungsrunde, die in der Arbeitswoche vom 27.11.2006 bis 1.12.2006 stattfindet, eingeladen. Diese Bieter werden nach Abschluss der Verhandlungen aufgefordert, ihre Angebote an die Änderungen der Ausschreibungsunterlagen, die in den Verhandlungen oder mit Verhandlungsende festgelegt werden, anzupassen. Aus heutiger Sicht ist die Abhaltung nur einer Verhandlungsrunde mit jedem Bieter beabsichtigt.

Erläuterungen zur vorstehenden Festlegung:

Der konkrete Verhandlungstermin mit Ort und Uhrzeit wird jedem Bieter im Begleitschreiben, mit dem dieses Dokument übermittelt wird, bekannt gegeben.

B) Ausschließlich die vorstehenden, unter den Punkten 1.1 - 1.13

genannten Themen sind Verhandlungsgegenstand. Die Einbeziehung weiterer Themen in die Verhandlungen bedarf einer gesonderten Festlegung durch den Auftraggeber.

Erläuterungen zur vorstehenden Festlegung:

Im Hinblick auf den fortgeschrittenen Verfahrensstand ist eine Konzentration der Verhandlungspunkte auf das notwendige Ausmaß geboten. Abgesehen von den vorstehend unter den Punkten 1.1 - 1.13 genannten Themen ist es daher insbesondere unzulässig, Themen, die in der ersten Verhandlungsrunde im August bereits abschließend verhandelt worden waren oder sonstige neue Punkte in die Verhandlungen einzubeziehen. Dies gilt ebenso für bloße Wünsche von Bietern, die nicht in ihre Angebote eingeflossen sind, wie für Punkte, die - entgegen den bisherigen Verhandlungsergebnissen und Festlegungen - ganz einfach in ein Angebot übernommen wurden.

Beispiele:

Der von einem Bieter geäußerte Wunsch, die Scan-Software vom Ausschreibungsumfang auszunehmen, ist nicht Verhandlungsgegenstand.

Ebenso wenig der von einem anderen Bieter geäußerte Wunsch, ein Audit zur Prüfung der Nutzung der Standardsoftware einzuführen, das sich auch auf Fälle erstreckt, die außerhalb des Programms E-Finanz liegen.

Es ist auch unzulässig, die bisherigen Verhandlungsergebnisse zu ignorieren. Wenn daher - wie dies in einem Angebot der Fall war - entgegen der gemäß der ersten Verhandlungsrunde erfolgten Veränderung in den Ausschreibungsunterlagen weiterhin davon ausgegangen wird, dass für das Wissensmanagement RedDot XCMS zur Verfügung steht und nicht berücksichtigt wird, dass bloß RedDot CMS in Kombination mit Opentext Livelink zur Verfügung steht, dann ist das nicht Verhandlungsgegenstand, ebenso wie nicht verhandelt werden kann, dass TIBCO - wie dies in der ursprünglichen Ausschreibungsunterlage vorgesehen war und trotz einer diesbezüglichen Frage in der letzten Verhandlungsrunde in den Ausschreibungsunterlagen unverändert blieb - lediglich für die Integration von

Legacy-Systemen vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wird, nicht jedoch für den Enterprise Service Bus und dennoch im betreffenden Angebot auch für den Enterprise Service Bus auf das beim Auftraggeber vorhandene TIBCO zurückgegriffen wird.“

Mit Nachprüfungsantrag vom 21. November 2006 bekämpfte D*** die Festlegung des Auftraggebers, mit allen Bietern weitere Verhandlungen zu führen, zumal D*** davon ausging, dass zumindest ein Bieter auszuscheiden sei. Die den Bietern mit E-Mail vom 16. November 2006 bekannt gegebenen Verhandlungstermine wurden daraufhin wieder abberaumt. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 2. Jänner 2007, N/0093-BVA/05/2006-57 wurde das Antragsbegehren der D*** zurück- bzw. abgewiesen. Das Bundesvergabeamt stellte dabei fest, dass gemäß § 98 BVergG 2002 der Auftraggeber zum Ausscheiden von Angeboten vor Fällung der Zuschlagsentscheidung, nicht aber zu einem früheren Zeitpunkt verhalten sei. Diese Entscheidung wurde nicht angefochten. Mit Nachprüfungsantrag vom 21. November 2006 bekämpfte D*** die Festlegung des Auftraggebers, mit allen Bietern weitere Verhandlungen zu führen, zumal D*** davon ausging, dass zumindest ein Bieter auszuscheiden sei. Die den Bietern mit E-Mail vom 16. November 2006 bekannt gegebenen Verhandlungstermine wurden daraufhin wieder abberaumt. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 2. Jänner 2007, N/0093-BVA/05/2006-57 wurde das Antragsbegehren der D*** zurück- bzw. abgewiesen. Das Bundesvergabeamt stellte dabei fest, dass gemäß Paragraph 98, BVergG 2002 der Auftraggeber zum Ausscheiden von Angeboten vor Fällung der Zuschlagsentscheidung, nicht aber zu einem früheren Zeitpunkt verhalten sei. Diese Entscheidung wurde nicht angefochten.

In einem Nachprüfungsantrag vom 24. November 2006 beantragte die Antragstellerin die Zurückweisung ihres eigenen Nachprüfungsantrages sowie in eventu, die in Pkt 2 Abschnitt B enthaltene „Beispielliste“ nicht verhandelbarer Punkte (aus dem Einladungsschreiben vom 16. November 2006) für nichtig zu erklären. Mit einem weiteren Nachprüfungsantrag vom 29. November 2006 beantragte die Antragstellerin, ihren Nachprüfungsantrag zurückzuweisen sowie in eventu die Nichtigerklärung der Festlegungen,

wonach alle Bieter, die aufgrund der jüngsten Aufforderung zur Angebotslegungen ein Angebot gelegt haben, zur nächsten Verhandlungsrunde, die in der Arbeitswoche vom 27.11.2006 bis 1.12.2006 statt findet, eingeladen werden;

wonach diese Bieter nach Abschluss der Verhandlungen aufgefordert werden, ihre Angebote an die Änderungen der Ausschreibungsunterlage, die in den Verhandlungen oder mit Verhandlungsende festgelegt werden, anzupassen;

wonach ausschließlich die unter den Punkten 1.1 bis 1.13 genannten Themen (aus dem Einladungsschreiben vom 16. November 2006) Verhandlungsgegenstand sind und wonach die Einbeziehung weiterer Themen in die Verhandlungen einer gesonderten Festlegung durch den Auftraggeber bedarf;

die in Punkt 1 angeführten Verhandlungspunkte (1.1 - 1.13) selbst festgelegt wurden, sohin die Nichtigkeit der inhaltlichen Festlegungen der Verhandlungspunkte.

Diese Nachprüfungsanträge der Antragstellerin wurden vom Bundesvergabeamt verbunden und gemeinsam mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 15. Dezember 2006, N/0095-BVA/05/2006-46, N/0099-BVA/05/2006-23 zurückgewiesen. Der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof wurde mit Erkenntnis vom 23. Mai. 2007, 2007/04/0010-15 stattgegeben. Das bedeutet, dass gemäß § 42 Abs. 3 VwGG die Rechtssache in die Lage zurücktritt, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Bescheides befunden hatte. Die unter dem Eventualbegehren gestellten Nichtigerklärungsbegehren der Antragstellerin in den Nachprüfungsverfahren N/0095-BVA/05/2006 und N/0099-BVA/05/2006 betreffend Nachprüfung nach dem BVergG 2006 (im Vergabeverfahren „E-Finanz (Finanz-Redesign) BBG-GZ 9000.00310“ leben wieder auf, sodass diesbezüglich das Bundesvergabeamt zu entscheiden hat. Diese Nachprüfungsanträge der Antragstellerin wurden vom Bundesvergabeamt verbunden und gemeinsam mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 15. Dezember 2006, N/0095-BVA/05/2006-46, N/0099-BVA/05/2006-23 zurückgewiesen. Der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof wurde mit Erkenntnis vom 23. Mai. 2007, 2007/04/0010-15 stattgegeben. Das bedeutet, dass gemäß Paragraph 42, Absatz 3, VwGG die Rechtssache in die Lage zurücktritt, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Bescheides befunden hatte. Die unter dem Eventualbegehren gestellten Nichtigerklärungsbegehren der Antragstellerin in den Nachprüfungsverfahren N/0095-BVA/05/2006 und N/0099-BVA/05/2006 betreffend Nachprüfung nach dem BVergG 2006 (im Vergabeverfahren „E-Finanz (Finanz-Redesign) BBG-GZ 9000.00310“ leben wieder auf, sodass diesbezüglich das Bundesvergabeamt zu entscheiden hat.

Da dem Auftraggeber mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 24. November 2006, N/0093-BVA/05/2007-EV17,

vorübergehend nur das Führen von Verhandlungen mit Bietern untersagt wurde, konnte der Auftraggeber die Angebotsprüfung fortsetzen. Bereits am 17. November 2006 erstellte das Bewertungsteam einen Entwurf für eine „Vorbereitende Unterlage der Vergabekommission zur technischen Angebotsprüfung“ über „Kritische Punkte der vertieften Angebotsprüfung des 2. Angebotes der Antragstellerin“. Darin wird zusammengefasst ausgeführt, dass im Angebot der Antragstellerin unter Berücksichtigung von Fragebeantwortungen durch die Antragstellerin bis 16. November 2006 „einige kritische Punkte identifiziert wurden, die - vorbehaltlich der Entscheidung der Vergabekommission - dafür sprechen, dass das Angebot von Accenture ausgeschieden werden muss.“ Die Ausschlusspunkte betrafen die Themenbereiche „TIBCO“, „Wissensverwaltung“, „Terminplan“, „Plausibilität des Angebotes für Migration“, „Aufwand für die Prozess-Implementierung“, und „Open Source Lizenzen“. Hinsichtlich „TIBCO“ wird in diesem Entwurf ausgeführt, dass die Nutzung des vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten TIBCO, für den E-Finanz ESB aus Sicht des Auftraggebers nicht ausschreibungskonform sei. Folglich würde der E-Finanz ESB auch nicht ausschreibungskonform angeboten werden.

Nachdem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 2. Jänner 2007, N/0093-BVA/05/2006-57, die Nachprüfungsanträge der HP abgewiesen wurden und die diese sichernde einstweilige Verfügung mit 2. Jänner 2007 abgelaufen war, unterlag der Auftraggeber ab diesem Zeitpunkt keinem Verhandlungsverbot mehr. Daher lud er am 4. Jänner 2007 die Bieter erneut zu einer Verhandlungsrunde. Die Verhandlungsrunde mit der Antragstellerin fand am 19. Jänner 2007 statt. Aufgrund der Verhandlungen im Jänner 2007 mit allen Bietern waren die Angebote in vom Auftraggeber vorher exakt bezeichneten Bereichen zu ändern. Dadurch kam es jedoch zu keinen Änderungen im Angebot der Antragstellerin in jenen Punkten, die in der Ausscheidensentscheidung vom 27. März 2007 releviert wurden (insbesondere hinsichtlich des anzubietenden E-Finanz ESB). Die Antragstellerin übermittelte am 22. Februar 2007 ihr letztes Angebot.

Der Auftraggeber hat in weiterer Folge je einen externen Gutachter beauftragt, jeweils aus technischer Sicht bzw. aus vergaberechtlicher Sicht zu beurteilen, ob die vom Auftraggeber im Angebot der Antragstellerin vermuteten Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen bzw. Angebotsmängel (vgl. Entwurf vom 17. November 2006 betreffend „Vorbereitende Unterlage der Vergabekommission zur technischen Angebotsprüfung“ über „Kritische Punkte der vertieften Angebotsprüfung des 2. Angebotes der Antragstellerin“) vorliegen. Mit Hauptgutachten vom 12. März 2007, dessen Ergebnisse hinsichtlich der von der Antragstellerin vorgelegten Angebotsänderungen mit Ergänzungsgutachten vom 22. März 2007 bestätigt wurden, hat der beeidete Ziviltechniker B***, Mängel bzw. Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen im Angebot der Antragstellerin festgestellt. Das betrifft insbesondere folgende Punkte: Der Auftraggeber hat in weiterer Folge je einen externen Gutachter beauftragt, jeweils aus technischer Sicht bzw. aus vergaberechtlicher Sicht zu beurteilen, ob die vom Auftraggeber im Angebot der Antragstellerin vermuteten Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen bzw. Angebotsmängel vergleiche Entwurf vom 17. November 2006 betreffend „Vorbereitende Unterlage der Vergabekommission zur technischen Angebotsprüfung“ über „Kritische Punkte der vertieften Angebotsprüfung des 2. Angebotes der Antragstellerin“) vorliegen. Mit Hauptgutachten vom 12. März 2007, dessen Ergebnisse hinsichtlich der von der Antragstellerin vorgelegten Angebotsänderungen mit Ergänzungsgutachten vom 22. März 2007 bestätigt wurden, hat der beeidete Ziviltechniker B***, Mängel bzw. Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen im Angebot der Antragstellerin festgestellt. Das betrifft insbesondere folgende Punkte:

Das Angebot der Antragstellerin ist in Bezug auf die Anforderung an die Verwendung von Open Source Software nicht ausschreibungskonform.

Die vom Auftraggeber geforderten Meilensteine wurden nicht ausschreibungskonform angeboten.

o Das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich der Implementierung des „E-Finanz Enterprise Service Bus“ ist nicht ausschreibungskonform.

B*** kommt zusammenfassend zum Ergebnis, dass das Angebot der Antragstellerin in den genannten Punkten aus technischer Sicht ausschreibungswidrig sei und an wesentlichen Mängeln leide. In einem Ergänzungsgutachten vom 22. März 2007 führt DI Fiala aus, dass sich bei der gutachterlichen Beurteilung im 3. Angebot der Antragstellerin im Bereich „Enterprise Service Bus“ keine Änderungen ergeben hätten, da sich im Angebot der Antragstellerin diesbezüglich keine Änderungen ergeben hätten. Das Angebot der Antragstellerin zur 3. Angebotsrunde sei daher nicht ausschreibungskonform.

K*** kommt in seinem Rechtsgutachten vom 23. März 2007 zusammenfassend zum Ergebnis, dass die genannten Punkte auch aus vergaberechtlicher Sicht den Ausschreibungsunterlagen widersprechend angeboten worden wären und wesentliche, unbehebbar Mängel vorliegen würden, die zu einem Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin zu führen hätten.

Den Verfahrensakten kann ein mit „Information und Vorschlag an die Vergabekommission“ überschriebenes Dokument vom 26. März 2007 entnommen werden, wobei unter Punkt drei der Beschluss der Vergabekommission festgehalten wird, dass Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Begründet wird diese Entscheidung damit, dass das Angebot der Antragstellerin in Bezug auf die Anforderungen an die Verwendung von Open Source nicht ausschreibungskonform sei. Die vom Auftraggeber geforderten Meilensteine wären nicht ausschreibungskonform angeboten worden. Das Angebot der Antragstellerin über die Implementierung des „E-Finanz Enterprise Service Bus“ sei nicht ausschreibungskonform.

Mit Telefax vom 27. März 2007 wurde schließlich diese Ausscheidensentscheidung gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 an die Antragstellerin mitgeteilt. Mit Telefax vom 27. März 2007 wurde schließlich diese Ausscheidensentscheidung gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 an die Antragstellerin mitgeteilt.

Mit Schriftsatz vom 2. April 2007 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Über diesen Antrag wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 5. April 2007, N/0031-BVA/05/2007-EV7, insoweit entschieden, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde, eine Zuschlagsentscheidung zu treffen und somit auch den Zuschlag zu erteilen. Ein darüber hinaus gestelltes Antragsbegehren wurde als nicht gelindestes noch zum Ziel führendes Mittel iSd § 329 Abs. 2 BVergG 2006 abgewiesen. Der Nachprüfungsantrag mit dem auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gerichteten Antragsbegehren langte im Bundesvergabeamt mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 10. April 2007 am selben Tag ein. Mit Schriftsatz vom 2. April 2007 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Über diesen Antrag wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 5. April 2007, N/0031-BVA/05/2007-EV7, insoweit entschieden, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde, eine Zuschlagsentscheidung zu treffen und somit auch den Zuschlag zu erteilen. Ein darüber hinaus gestelltes Antragsbegehren wurde als nicht gelindestes noch zum Ziel führendes Mittel iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 abgewiesen. Der Nachprüfungsantrag mit dem auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gerichteten Antragsbegehren langte im Bundesvergabeamt mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 10. April 2007 am selben Tag ein.

Eine Zuschlagsentscheidung oder eine Widerrufsentscheidung wurden nicht getroffen.

Im Zuge des Ermittlungsverfahrens stellte die Antragstellerin am 18. April 2007 den Antrag, das Bundesvergabeamt möge einen Sachverständigen aus dem Bereich IT Dienstleistung zur Beurteilung der Frage bestellen, ob das Angebot der Antragstellerin aus den in der Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 27. März 2007 genannten Gründen der Ausschreibung widerspreche. Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 20. April 2007, in welcher die Beauftragung eines Sachverständigengutachtens mit den Parteien erörtert wurde, wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 20. April 2007, N/0031-BVA/05/2007-56 E*** zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt. Mit Schreiben vom 23. April 2007 erging an diesen der Auftrag, im Zusammenhang mit der durch das Bundesvergabeamt vorzunehmenden Beurteilung, ob die Ausscheidensentscheidung betreffend das Angebot der Antragstellerin zu Recht erfolgt ist, schriftlich Befund und Gutachten über folgende Frage zu erstatten: Widerspricht das Angebot der Antragstellerin den Ausschreibungsbestimmungen des Vergabeverfahrens hinsichtlich der Punkte

Anforderung an die Verwendung von Open Source Software Anbieten der geforderten Meilensteine

Implementierung des „E-Finanz Enterprise Service Bus“

Am 1. Juni 2007 übermittelte E*** Befund und Gutachten. Im Ergebnis kommt er aus technischer Sicht im Wesentlichen zusammengefasst zur Auffassung, dass die Frage des ausschreibungskonformen Anbietens von Open Source Software dahingehend zu beantworten sei, dass dies vom Erfordernis einer bzw. keiner speziellen Lizenz (kommerzielle Lizenz oder GPL Lizenz) abhängt und daher eine Rechtsfrage darstelle. Er bereite diesen Punkt jedoch technisch auf, sodass diese Frage im Rahmen der Beweiswürdigung beantwortet werden könnte. Hinsichtlich der Ausschreibungskonformität der anzubietenden Meilensteine kommt der Sachverständige zum Ergebnis, dass das Angebot der Antragstellerin aus technischer Sicht nicht der Ausschreibung widerspreche. Hinsichtlich der

Implementierung der E-Finanz Enterprise Service Bus widerspreche das Angebot der Antragstellerin den Ausschreibungsbestimmungen, wenn man davon ausgehe, dass die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten TIBCO Komponenten ausschließlich für die Anwendung von Legacy Systemen verwendet werden dürften. Diesbezüglich kann im Gutachten folgende Beurteilung durch den Sachverständigen entnommen werden:

„3.3.3 Beurteilung

Nach Ansicht des Sachverständigen ergibt sich aus der Festlegung der Ausschreibung in E-Fin-C22_SOLL-HWSW_2.0pdf durch die dort enthaltene Formulierung und den Kontext, dass einzelne TIBCO Komponenten, die entweder produktiv im Einsatz oder im BRZ vorhanden sind, für die Integration von Legacy Systemen verwendet werden können. Diese einzelnen Produkte sind dort aufgelistet.

Die Verwendung der Produkte zur Implementierung des Enterprise Service Bus, also der allgemeinen Kommunikationsplattform mit den unterschiedlichen geforderten Interfaces und Eigenschaften, ist dadurch nicht abgedeckt. Die dafür erforderlichen Komponenten waren in Hinblick auf ein verifizierbares technisches Konzept jedenfalls sowohl technisch zu beschreiben als auch ihr Zusammenwirken im Architekturkonzept darzustellen. Weiters waren diese Komponenten auch anzubieten.

Aus technischer Sicht ergibt sich aus der Beurteilung des Sachverständigen, dass sich aus der Forderung nach einem einheitlichen ESB nicht ableiten lässt, dass die allfällige Verwendung der beigestellten TIBCO Produkte für die Anbindung von Legacy Systemen die zwingende Folge nach sich zieht, dass damit auch der ESB realisiert werden muss. Der Enterprise Service Bus (ESB) bildet die serviceorientierte Kommunikationsplattform mit seinen unterschiedlichen Protokoll- und Implementierungsvarianten. Für die in der Ausschreibung geforderten Zwecke ist dafür eine entsprechende technische Infrastruktur zu errichten, mit der die geforderten Leistungsmerkmale abgedeckt sind. Die Bildung eines ESB ergibt sich aus der zur Verfügung gestellten Infrastruktur und der Verwendung dieser Infrastruktur als zentralen Service Bus.

Die Verwendung technisch allenfalls ähnlicher Komponenten, mit denen Funktionalitäten gebildet werden, die ebenfalls für einen Enterprise Service Bus genutzt werden können, für den Zweck der Anbindung spezieller Systeme wie dies die Legacy Systeme sind, bedeutet nicht, dass damit ein zweiter zentraler ESB errichtet wird. Dabei kommt es auf die tatsächliche Zuordnung der einzelnen Funktionalitäten, die einen ESB bilden können, zu Diensten im Gesamtsystem an. Dies ergibt sich aus dem Architekturkonzept, das die in so einem Gesamtsystem definierten und nutzbaren Funktionen festlegt. Nicht jede Kommunikationskomponente oder jedes Subsystem einer Kommunikationskomponente das für einen ESB genutzt werden kann, stellt für sich - unabhängig von der Nutzung - einen ESB dar. Dies ergibt sich erst aus dem Gesamtkonzept. Demnach stellt die Verwendung der beim Auftraggeber vorhandenen TIBCO Produkte für die Anbindung der Legacy Systeme kein Hindernis dafür dar, mittels anderer, allenfalls technisch ähnlicher Produkte, den geforderten zentralen ESB zu implementieren.

Die Verwendung solcher Komponenten hat weiters einerseits einen Implementierungsaspekt sowie andererseits einen Aspekt, der mit der Beschaffung der Rechte zur Verwendung dieser Komponenten - es handelt sich dabei um Computerprogramme - zusammenhängt. Selbst wenn man die technische Funktionalität außer Acht lässt, ergibt die Tatsache, dass eine bestimmte Komponente, die für einen Zweck - nämlich beispielsweise für die Anbindung von Legacy Systemen - installiert und genutzt werden kann, nicht, dass die selben Nutzungsrechte auch für andere Anwendungen zur Verfügung stehen. Der Sachverständige hat die rechtlichen Aspekte dazu nicht zu prüfen. Darzustellen ist allerdings in diesem Zusammenhang, dass die Art der Installation und Nutzung sowohl im Bereich der Lizenzierung als auch im Bereich der Pflege und Wartung der Softwareprodukte Auswirkungen hat. Dem entsprechend können, zumindest nicht ohne dazu weitere Informationen über die Kostenauswirkungen einer solchen Verwendung zu kennen und zu berücksichtigen, keine Schlüsse darüber gezogen werden, wie sich eine solche Verwendung wirtschaftlich auswirkt. Im Allgemeinen wird dabei davon auszugehen sein, dass die Verwendung bestehender Lizenzen für weitere Zwecke als dies beispielsweise die Anbindung der Legacy Systeme bedingt, geänderte wirtschaftliche Bedingungen für den Auftraggeber bedeuten.

Aus den vorliegenden Unterlagen geht hervor, dass das Thema der Verwendung der bestehenden Legacy Produkte für den ESB auch Gegenstand von Aufklärungsgesprächen und Rückfragen war. Dazu liegen auch Fragen und Antworten vor, die eine allfällige Preisminderung für den Fall zum Gegenstand haben, dass der Auftraggeber entsprechende Komponenten für den ESB doch zur Verfügung stellen würde.

Der Auftraggeber leitet aus diesen Antworten im Umkehrschluss ab, dass ohne eine solche ausdrückliche Zurverfügungstellung die Komponenten nicht verwendet werden dürfen. Es ergab sich dem entsprechend auch die erwähnte Preisreduktion nicht.

Die Antragstellerin gibt dazu auch an, dass sie im Zuge von Rückfragen und Gesprächen zu der Erkenntnis gelangt wäre, dass die im ursprünglichen Angebot vorgesehenen TIBCO Komponenten nicht erforderlich wären, sondern die vom Auftraggeber bereitgestellten Komponenten für den ESB verwendet werden können. Bei der Befunderhebung wurde ein diesbezügliches Gespräch erwähnt, allerdings auch angegeben, dass dieser Inhalt in dem unterfertigten Gesprächsprotokoll keinen Niederschlag gefunden hat.

Der Auftraggeber hat dem bei der Befunderhebung allerdings widersprochen und angegeben, dass eine solche Information nicht übermittelt worden wäre.

Den Inhalt allenfalls mündlich getroffener Vereinbarungen hat der Sachverständige, da dies eine Frage der Beweiswürdigung darstellt, nicht zu bewerten.

Geht man von den vorliegenden Dokumenten aus, lässt sich für den Sachverständigen nicht ableiten, dass für den ESB keine Komponenten im Angebot vorzusehen sind und dafür ebenfalls die beigestellten Komponenten zur Verfügung stehen. Dem entsprechend ist das Angebot unvollständig, da die erforderlichen TIBCO Komponenten zur Implementierung des ESB nicht angeboten sind.

Dabei ist es nach Ansicht des Sachverständigen unerheblich, ob durch bestimmte beigestellte Produkte, wie beispielsweise TIBCO Business Works, die Anforderungen an einen Enterprise Service Bus tatsächlich abgedeckt werden können oder dies nicht der Fall ist....“

Im Zuge der mündlichen Verhandlung am 20. Juni 2007 wurde der nicht amtliche Sachverständige Prof. Judmann gefragt, ob TIBCO-Produkte bei der Implementierung des anzubietenden ESB auch zwingend zum Einsatz gebracht werden müssten, wenn TIBCO für die Integration von Legacy-Systemen verwendet werde. Er antwortete, dass das aus technischer Sicht zweckmäßig sei, es jedoch technisch nicht ausgeschlossen sei, andere Systeme für den ESB zum Einsatz zu bringen. Dies sei nicht ausgeschlossen und auch nicht sinnlos. Es erfordere jedoch einen zusätzlichen Aufwand zur Implementierung einer Bridge. Diesbezüglich erläuterte der von der Antragstellerin stellig gemachte und wahrheitsbelehrte Zeuge L***, Mitarbeiter bei F*** in München, Bundesrepublik Deutschland, dass - wenn für die Integration von Legacy-Systemen TIBCO-Produkte zum Einsatz kommen - es am Markt auch andere technische Möglichkeiten als TIBCO-Produkte gebe, mit denen die Implementierung des ESB sichergestellt werden könnte. Auch der Zeuge L*** verwies auf einen diesbezüglichen zusätzlichen Aufwand. Er merkte auch an, dass eine homogene Architektur dann nicht mehr vorliege und führte dazu aus, dass er unter einer homogenen Architektur verstehe, dass nur Produkte eines Herstellers zum Einsatz kämen.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der wiedergegebene Sachverhalt ergibt sich aus den weitgehend deckungsgleichen Angaben der Parteien sowie aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens und der Befunderhebung durch den beigezogenen Sachverständigen E***. Widersprüchlichkeiten liegen keine vor.

Es bestehen jedoch Auffassungsunterschiede zwischen der Antragstellerin bzw. dem Auftraggeber und D*** bzw. C*** ob vom Auftraggeber bereitgestellte TIBCO-Produkte für die Implementierung des anzubietenden E-Finanz Service Enterprise Bus verwendet werden dürfen. Diesbezüglich wird in den Ausschreibungsbestimmungen festgehalten, dass für die Integration von Legacy-Systemen das EAI-Produkt TIBCO zur Verfügung steht (E-Fin-C22_SOLL_HWSW_2.0.pdf iVm SHW-INFO-4: Vorhandene EAI Umgebung). Diese Bestimmung blieb letztlich auch während und nach den im Verfahren geführten Verhandlungen im Vergabeverfahren unverändert. In den Ausschreibungsunterlagen ist lediglich festgehalten, dass es seitens der Antragstellerin den Verhandlungswunsch gegeben hat, beim Auftraggeber vorhandene TIBCO-Produkte auch für die Implementierung des E-Finanz Enterprise Service Bus zu verwenden (Protokoll der 1. Verhandlung vom 20. Juli 2006). Weiters kann eine Gegenfrage des Auftraggebers entnommen werden, in welcher er nach den Auswirkungen fragt, sollte in den Ausschreibungsbedingungen eine erweiterte Berechtigung zur Verwendung von TIBCO-Produkten vorgesehen werden. Aus den Ausschreibungsunterlagen lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass die Ausschreibungsbedingungen in diese Richtung abgeändert worden sind. Aus dem Hinweis auf die Integration von Legacy-Systemen kann auch im Interpretationsweg nicht geschlossen werden,

dass darunter auch eine erweiterte Verfügbarkeit bzw. ein weiteres Verwenden von beim Auftraggeber bereits verfügbaren TIBCO-Produkten für weitere Bereiche erlaubt worden wäre. Die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten TIBCO-Produkte dürfen für einen eingeschränkten Bereich - nämlich die Integration von Legacy-Systemen - verwendet werden. Es bestehen jedoch Auffassungsunterschiede zwischen der Antragstellerin bzw. dem Auftraggeber und D*** bzw. C*** ob vom Auftraggeber bereitgestellte TIBCO-Produkte für die Implementierung des anzubietenden E-Finanz Service Enterprise Bus verwendet werden dürfen. Diesbezüglich wird in den Ausschreibungsbestimmungen festgehalten, dass für die Integration von Legacy-Systemen das EAI-Produkt TIBCO zur Verfügung steht (E-Fin-C22_SOLL_HWSW_2.0.pdf in Verbindung mit SHW-INFO-4: Vorhandene EAI Umgebung). Diese Bestimmung blieb letztlich auch während und nach den im Verfahren geführten Verhandlungen im Vergabeverfahren unverändert. In den Ausschreibungsunterlagen ist lediglich festgehalten, dass es seitens der Antragstellerin den Verhandlungswunsch gegeben hat, beim Auftraggeber vorhandene TIBCO-Produkte auch für die Implementierung des E-Finanz Enterprise Service Bus zu verwenden (Protokoll der 1. Verhandlung vom 20. Juli 2006). Weiters kann eine Gegenfrage des Auftraggebers entnommen werden, in welcher er nach den Auswirkungen fragt, sollte in den Ausschreibungsbedingungen eine erweiterte Berechtigung zur Verwendung von TIBCO-Produkten vorgesehen werden. Aus den Ausschreibungsunterlagen lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass die Ausschreibungsbedingungen in diese Richtung abgeändert worden sind. Aus dem Hinweis auf die Integration von Legacy-Systemen kann auch im Interpretationsweg nicht geschlossen werden, dass darunter auch eine erweiterte Verfügbarkeit bzw. ein weiteres Verwenden von beim Auftraggeber bereits verfügbaren TIBCO-Produkten für weitere Bereiche erlaubt worden wäre. Die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten TIBCO-Produkte dürfen für einen eingeschränkten Bereich - nämlich die Integration von Legacy-Systemen - verwendet werden.

Dazu wurde im Vergabeverfahren unter anderem im Protokoll der Verhandlung vom 9. August 2006 festgehalten, dass nach Abschluss der 1. Verhandlungsrunde der Auftraggeber autonom allfällige neue Festlegungen vornehme. ... Soweit über die in dieser Verhandlungsrunde erörterten Positionen kein Konsens zwischen Auftraggeber und Bieter erzielt werden könnte, behielte sich der Auftraggeber ausdrücklich vor, statt der von ihm jeweils verhandelten einzelnen Position jene einzelne Regelung beizubehalten, die in den ausgesendeten Ausschreibungsunterlagen enthalten sei mit der Klarstellung, dass die Verbindlichkeit der bereits in den Ausschreibungsunterlagen und Fragebeantwortungen getroffenen Festlegungen unverändert gelte, bis eine ganz konkrete Festlegung allenfalls durch eine neue Festlegung geändert werde. Das bedeutet, dass - hätte es hinsichtlich der Verwendung von beim Auftraggeber bereits verfügbaren TIBCO-Produkten eine inhaltlich geänderte Vorgabe gegeben - diese Änderung schriftlich in den Ausschreibungsunterlagen hätte festgehalten werden müssen und allen Bietern des Vergabeverfahrens zur Kenntnis zu bringen gewesen wäre. Diesbezüglich hätte eine neue Bestimmung in die Ausschreibungsunterlagen Eingang finden müssen, aus welcher für alle Bieter erkennbar sein hätte müssen, dass die beim Auftraggeber verfügbaren TIBCO-Produkte auch für andere Anwendungen (als für die Integration der Legacy-Systeme) zur Verfügung gestellt werden und zum Einsatz gebracht werden könnten. Eine solche Ausschreibungsbestimmung gibt es jedoch nicht einmal ansatzweise. Zu diesem Schluss kommt auch der Sachverständige Prof. Judmann, indem er festhält, dass ausgehend von den vorliegenden Dokumenten nicht abgeleitet werden könnte, dass für den ESB keine Komponenten im Angebot vorzusehen wären und dafür ebenfalls die beigegebenen Komponenten (damit sind die TIBCO-Produkte gemeint) zur Verfügung stünden. Er geht jedoch diesbezüglich noch weiter und kommt zum Schluss, dass dementsprechend das Angebot (der Antragstellerin) unvollständig sei, da die erforderlichen TIBCO Komponenten zur Implementierung des ESB nicht angeboten seien.

Wenn die Antragstellerin auf eine uneingeschränkte Nutzung von TIBCO-Produkten verweist, ist diesem Hinweis jedoch nur insoweit zuzustimmen, als sich diese uneingeschränkte Nutzung auf die Implementierung von Legacy-Systemen bezieht. Eine darüber hinausgehende Berechtigung zur Verwendung der vom Auftraggeber bereitgestellten TIBCO-Produkte kann den Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht entnommen werden.

Dass mit TIBCO-Produkten der E-Finanz Enterprise Service Bus technisch realisiert werden kann, wird von keiner Verfahrenspartei bestritten und vom Sachverständigen E*** in seinem Gutachten vom 1. Juni 2007 auch bestätigt. Wesentlich ist jedoch, dass die beim Auftraggeber bereits vorhandenen TIBCO-Produkte hierfür nicht herangezogen werden dürfen. Allenfalls hätten die hierfür erforderlichen TIBCO-Produkte eigenständig von der Antragstellerin im Angebot angeboten werden müssen, technisch beschrieben werden und auch im Preisblatt ausgepreist werden müssen.

Ob es sinnvoll ist, die beim Auftraggeber vorhandenen TIBCO-Produkte für die Realisierung des E-Finanz Enterprise Service Bus heranzuziehen (vgl. Seite 24 des Nachprüfungsantrages oder Erörterung im Zuge der mündlichen Verhandlung am 20. Juni 2007), hat dabei außer Betracht zu bleiben. Vergaberechtlich einzig von Relevanz ist in diesem Zusammenhang lediglich die Rechtsfrage, ob unter Berücksichtigung der Grundsätze des Vergaberechts diesbezüglich eine Vergaberechtswidrigkeit vorliegt. Der Auftraggeber hat in den Verfahrensunterlagen entschieden, dass die bei ihm vorhandenen TIBCO-Produkte hinsichtlich der Integration der Legacy-Systeme zum Einsatz kommen können und sohin von den Bietern eingeschränkt verwendet werden dürfen. Die Antragstellerin bezeichnet diese Auftraggeberentscheidung als nicht nachvollziehbar und ignoriert diese Vorgabe in der Fragebeantwortung vom 16. November 2006, indem sie letztlich für ihr Angebot entscheidet, dass die vom Auftraggeber bereitgestellten TIBCO Produkte die Anforderungen des Lastenhefts CO2_GRUNDLAGEN_SOA_2.0.pdf an einen Enterprise Service Bus (ESB) vollständig abdecken und daher auch für diesen Zweck eingesetzt werden. Ob es sinnvoll ist, die beim Auftraggeber vorhandenen TIBCO-Produkte für die Realisierung des E-Finanz Enterprise Service Bus heranzuziehen (vergleiche Seite 24 des Nachprüfungsantrages oder Erörterung im Zuge der mündlichen Verhandlung am 20. Juni 2007), hat dabei außer Betracht zu bleiben. Vergaberechtlich einzig von Relevanz ist in diesem Zusammenhang lediglich die Rechtsfrage, ob unter Berücksichtigung der Grundsätze des Vergaberechts diesbezüglich eine Vergaberechtswidrigkeit vorliegt. Der Auftraggeber hat in den Verfahrensunterlagen entschieden, dass die bei ihm vorhandenen TIBCO-Produkte hinsichtlich der Integration der Legacy-Systeme zum Einsatz kommen können und sohin von den Bietern eingeschränkt verwendet werden dürfen. Die Antragstellerin bezeichnet diese Auftraggeberentscheidung als nicht nachvollziehbar und ignoriert diese Vorgabe in der Fragebeantwortung vom 16. November 2006, indem sie letztlich für ihr Angebot entscheidet, dass die vom Auftraggeber bereitgestellten TIBCO Produkte die Anforderungen des Lastenhefts CO2_GRUNDLAGEN_SOA_2.0.pdf an einen Enterprise Service Bus (ESB) vollständig abdecken und daher auch für diesen Zweck eingesetzt werden.

Der Behauptung der Antragstellerin, es sei erforderlich TIBCO Produkte als ESB für E-Finanz zu verwenden, wird im Gutachten von E*** entgegengetreten, als dort auf Seite 39 am Ende des 2. Absatzes angeführt wird, dass die Verwendung der beim Auftraggeber vorhandenen TIBCO Produkte für die Anbindung der Legacy Systeme kein Hindernis dafür darstelle, mittels anderer, allenfalls technisch ähnlicher Produkte, den geforderten zentralen ESB zu implementieren. Dies wurde in der mündlichen Verhandlung am 20. Juni 2007 von Prof. Judmann noch einmal ausgeführt und von Herrn L*** als Mitarbeiter von F***, der als Zeuge von der Antragstellerin stellig gemacht wurde, bestätigt. Selbst wenn es jedoch so wäre, dass der ESB nur mit TIBCO Produkten realisiert werden könnte, vermisst der zur Entscheidung berufene Senat des Bundesvergabeamtes deren selbständiges Anbieten durch die Antragstellerin in ihrem Angebot bzw. ein entsprechendes Auspreisen im Preisblatt zu ihrem Angebot.

Dass die Verwendung von TIBCO-Produkten zur Integrierung von Legacy-Systemen eine eingeschränkte Anwendung des Einsatzes dieser Produkte bedeutet, hat die Antragstellerin durch ihre Bieteranfrage bzw. ihren Verhandlungswunsch, der im Protokoll der 1. Verhandlung vom 20. Juli 2006 (Seite 14) festgehalten wurde, selbst deutlich und nachvollziehbar dargelegt, indem sie selbst als Verhandlungswunsch eine „uneingeschränkte Verwendung der TIBCO-Lizenzen“ wünscht. Das impliziert, dass auch die Antragstellerin von einer eingeschränkten Verfügbarkeit der vom Auftraggeber bereitgestellten TIBCO-Produkte in den Ausschreibungsunterlagen ausging. Diese Unterlagen wurden - wie bereits erwähnt - in diesem Punkt nicht geändert.

Wenn sich die Antragstellerin auf eine am 20. Juli 2006 oder zu einem späteren Zeitpunkt mündlich getroffene Vereinbarung mit dem Auftraggeber berufen möchte, welche im übrigen vom Auftraggeber entschieden bestritten wird, wonach für die Implementierung des E-Finanz Enterprise Service Bus die vom Auftraggeber bereitgestellten TIBCO-Produkte verwendet werden könnten, vermag das Bundesvergabeamt dafür in den Verfahrensunterlagen keinen Hinweis zu entdecken, da diese Entscheidung allen am Verfahren teilnehmenden Bietern in gleicher Weise und unmissverständlich durch eine Verankerung in den Ausschreibungsunterlagen mitgeteilt hätte werden müssen. Dafür gibt es jedoch keinen Hinweis. Sollte eine solche Verständigung allenfalls mündlich bilateral zwischen Auftraggeber und Antragstellerin tatsächlich vorliegen, würde das einen groben Vergaberechtsverstoß gegen die Grundsätze des § 21 Abs. 1 BVergG 2002 bedeuten. Wenn sich die Antragstellerin auf eine am 20. Juli 2006 oder zu einem späteren Zeitpunkt mündlich getroffene Vereinbarung mit dem Auftraggeber berufen möchte, welche im übrigen vom Auftraggeber entschieden bestritten wird, wonach für die Implementierung des E-Finanz Enterprise Service Bus die vom Auftraggeber bereitgestellten TIBCO-Produkte verwendet werden könnten, vermag das Bundesvergabeamt dafür

in den Verfahrensunterlagen keinen Hinweis zu entdecken, da diese Entscheidung allen am Verfahren teilnehmenden Bietern in gleicher Weise und unmissverständlich durch eine Verankerung in den Ausschreibungsunterlagen mitgeteilt hätte werden müssen. Dafür gibt es jedoch keinen Hinweis. Sollte eine solche Verständigung allenfalls mündlich bilateral zwischen Auftraggeber und Antragstellerin tatsächlich vorliegen, würde das einen groben Vergaberechtsverstoß gegen die Grundsätze des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 bedeuten.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

zu Spruchpunkt I.: zu Spruchpunkt römisch eins.:

Bereits im Nachprüfungsverfahren zu N/0039-BVA/05/2006 wurde geklärt, welche Bestimmungen im gegenständlichen Vergabeverfahren bzw. in einem darauf bezugnehmenden Nachprüfungsverfahren zur Anwendung gelangen (vgl. BVA vom 7. Juli 2006, N/0039-BVA/05/2006- 60). Gemäß § 345 Abs. 2 BVergG 2006 gilt der 1. bis 3. Teil des BVergG 2006 nicht. Das Vergabeverfahren ist nach der bisherigen Rechtslage (BVergG 2002) zu Ende zu führen. Für den Rechtsschutz sind jedoch die Bestimmungen des 4. Teiles des BVergG 2006 heranzuziehen. Bereits im Nachprüfungsverfahren zu N/0039-BVA/05/2006 wurde geklärt, welche Bestimmungen im gegenständlichen Vergabeverfahren bzw. in einem darauf bezugnehmenden Nachprüfungsverfahren zur Anwendung gelangen (vergleiche BVA vom 7. Juli 2006, N/0039-BVA/05/2006- 60). Gemäß Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 gilt der 1. bis 3. Teil des BVergG 2006 nicht. Das Vergabeverfahren ist nach der bisherigen Rechtslage (BVergG 2002) zu Ende zu führen. Für den Rechtsschutz sind jedoch die Bestimmungen des 4. Teiles des BVergG 2006 heranzuziehen.

Unbestritten gleichermaßen sind die Auftraggebereigenschaft im Sinne des § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002 des Auftraggebers sowie das Vorliegen der Voraussetzungen der Antragstellerin zur Stellung des auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrages gemäß § 322 BVergG 2006 und die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung in der gegenständlichen Angelegenheit gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006. Unbestritten gleichermaßen sind die Auftraggebereigenschaft im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002 des Auftraggebers sowie das Vorliegen der Voraussetzungen der Antragstellerin zur Stellung des auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrages gemäß Paragraph 322, BVergG 2006 und die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung in der gegenständlichen Angelegenheit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006.

Das Ausscheiden eines Angebotes in einem Verhandlungsverfahren ist als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist zu bewerten und somit gemäß § 20 Z 13 lit. a sublit. dd BVergG 2002 eine gesondert anfechtbare Entscheidung (vgl. u.a. BVA vom 7. Juli 2006, N/0039-BVA/05/2006-60). Gleichermaßen kommt IBM sowie HP, welche im Vergabeverfahren Angebote abgegeben haben und im Nachprüfungsverfahren rechtzeitig begründete Einwendungen erhoben haben, gemäß § 324 Abs. 2 iVm Abs. 3 BVergG 2006 Parteistellung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zu. Das Ausscheiden eines Angebotes in einem Verhandlungsverfahren ist als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist zu bewerten und somit gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2002 eine gesondert anfechtbare Entscheidung (vergleiche u.a. BVA vom 7. Juli 2006, N/0039-BVA/05/2006-60). Gleichermaßen kommt IBM sowie HP, welche im Vergabeverfahren Angebote abgegeben haben und im Nachprüfungsverfahren rechtzeitig begründete Einwendungen erhoben haben, gemäß Paragraph 324, Absatz 2, in Verbindung mit Absatz 3, BVergG 2006 Parteistellung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zu.

Als Begründung der Ausscheidensentscheidung gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 wurde vom Auftraggeber im Telefax vom 27. März 2007 angegeben, dass das Angebot der Antragstellerin in Bezug auf die Anforderungen an die Verwendung von Open Source Software nicht ausschreibungskonform sei, die vom Auftraggeber geforderten Meilensteine nicht ausschreibungskonform ausgeschrieben worden wären und die Implementierung des „E-Finanz Enterprise Service Bus“ nicht ausschreibungskonform sei. Als Begründung der Ausscheidensentscheidung gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 wurde vom Auftraggeber im Telefax vom 27. März 2007 angegeben, dass das Angebot der Antragstellerin in Bezug auf die Anforderungen an die Verwendung von Open Source Software nicht ausschreibungskonform sei, die vom Auftraggeber geforderten Meilensteine nicht ausschreibungskonform ausgeschrieben worden wären und die Implementierung des „E-Finanz Enterprise Service Bus“ nicht ausschreibungskonform sei.

Im Hinblick darauf, dass durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. Mai 2007, 2007/04/0010-15, der Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 15. Dezember 2006 in seinen Spruchpunkten II., III., V., und VI. wegen

Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben wurde, tritt gemäß § 42 Abs. 3 VwGG die Rechtssache in die Lage zurück, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Bescheides befunden hatte. Das bedeutet die den vom VwGH aufgehobenen Spruchpunkten zugrundeliegenden Anträge gemäß § 42 Abs. 3 VwGG wieder aufleben und sohin vom Bundesvergabeamt neuerlich zu entscheiden sind. Im Hinblick darauf, dass durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. Mai 2007, 2007/04/0010-15, der Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 15. Dezember 2006 in seinen Spruchpunkten römisch zwei., römisch drei., römisch fünf., und römisch sechs. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben wurde, tritt gemäß Paragraph 42, Absatz 3, VwGG die Rechtssache in die Lage zurück, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Bescheides befunden hatte. Das bedeutet die den vom VwGH aufgehobenen Spruchpunkten zugrundeliegenden Anträge gemäß Paragraph 42, Absatz 3, VwGG wieder aufleben und sohin vom Bundesvergabeamt neuerlich zu entscheiden sind.

Der der Ausscheidensentscheidung zugrunde liegende Ausscheidungsgrund, wonach das Angebot der Antragstellerin über die Implementierung des „E-Finanz Enterprise Service Bus“ nicht ausschreibungskonform sei, steht in enger Verbindung zum von der Antragstellerin am 24. November 2006 im Nachprüfungsverfahren N/0095-BVA/05/2006 gestellten und nunmehr wieder aufgelebten Eventualantrag auf Nichtigerklärung der unter Punkt 2.4 dieses Nachprüfungsantrages bezeichneten und angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers vom 16. November 2006. Eine dieser Entscheidungen ist folgende Festlegung:

„TIBCO - wie dies in der ursprünglichen Ausschreibungsunterlage vorgesehen war und trotz einer diesbezüglichen Frage in der letzten Verhandlungsrunde in den Ausschreibungsunterlagen unverändert blieb - lediglich für die Integration von Legacy-Systemen vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wird, nicht jedoch für den Enterprise Service Bus und dennoch im betreffenden Angebot auch für den Enterprise Service Bus auf das beim Auftraggeber vorhandene TIBCO zurückgegriffen wird;“

Der zur Entscheidung berufene Senat 5 des Bundesvergabeamtes hat in einer Beratung festgestellt, dass bevor über den Ausscheidungsgrund einer allfälligen ausschreibungswidrigen Implementierung des „E-Finanz Enterprise Service Bus“ entschieden werden kann, der entsprechende Antrag auf Nichtigerklärung vom 24. November 2006 als Vorfrage zu entscheiden ist. Wäre diese Entscheidung für nichtig zu erklären, hätte dies nämlich Auswirkungen auf das danach weiter durchgeführte Vergabeverfahren und damit auch auf die Ausscheidensentscheidung und im Besonderen auf den vom Auftraggeber angeführten Ausscheidungsgrund der ausschreibungswidrigen Implementierung des E-Finanz Service Enterprise Bus.

Hinter dem Nichtigerklärungsbegehren der Antragstellerin vom 24. November 2006 zur oben genannten Festlegung verbergen sich die Fragen, ob einerseits diesbezüglich überhaupt eine gesondert anfechtbare Entscheidung vorliegt und - falls diese Frage bejaht wird - ob darin eine Vergaberechtswidrigkeit enthalten ist.

Die Frage ob diesbezüglich eine gesondert anfechtbare Entscheidung vorliegt, wird unter Hinweis auf § 20 Z 13 lit. a sublit. dd BVergG 2002 bejaht. Nach dem Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung ist eine Entscheidung jede Festlegung eines Auftraggebers in einem Vergabeverfahren. Unbestreitbar wurde in einem Vergabeverfahren - nämlich im Vergabeverfahren, aufgrund dessen auch das gegenständliche Nachprüfungsverfahren durchgeführt wird, eine Festlegung von einem Auftraggeber getroffen. Mit der Feststellung eines Sachverhaltes stellt der Auftraggeber fest bzw. legt er sich auch fest. Ob sich eine Festlegung auf Ereignisse, die sich erst vor kurzer Zeit ereignet haben oder bereits vor längerer Zeit statt fanden, bezieht, ist dabei nicht wesentlich. Diese Frage gewinnt erst mit der Frage deren Bekanntgabe bzw. hinsichtlich allfälliger Präklusionsfolgen an Bedeutung. In der Auftraggebermitteilung vom 16. November 2006, die die angefochtene Festlegung enthält, wird die Antragstellerin zu Verhandlungen eingeladen. Das bedeutet, dass es sich um eine sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase handelt. Somit muss das Bundesvergabeamt davon ausgehen, dass diesbezüglich sohin eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 20 Z 13 lit. a sublit. dd BVergG 2002 in der Form „sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase“ vorliegt. Die Frage ob diesbezüglich eine gesondert anfechtbare Entscheidung vorliegt, wird unter Hinweis auf Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2002 bejaht. Nach dem Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung ist eine Entscheidung jede Festlegung eines Auftraggebers in einem Vergabeverfahren. Unbestreitbar wurde in einem Vergabeverfahren - nämlich im Vergabeverfahren, aufgrund dessen auch das gegenständliche Nachprüfungsverfahren durchgeführt wird, eine Festlegung von einem Auftraggeber getroffen. Mit der Feststellung eines Sachverhaltes stellt der Auftraggeber fest bzw. legt er sich auch fest. Ob sich eine Festlegung auf Ereignisse, die sich erst vor kurzer Zeit ereignet haben oder bereits vor längerer Zeit statt fanden, bezieht, ist dabei nicht wesentlich. Diese Frage gewinnt erst mit der Frage deren

Bekanntgabe bzw. hinsichtlich allfälliger Präklusionsfolgen an Bedeutung. In der Auftraggebermitteilung vom 16. November 2006, die die angefochtene Festlegung enthält, wird die Antragstellerin zu Verhandlungen eingeladen. Das bedeutet, dass es sich um eine sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase handelt. Somit muss das Bundesvergabeamt davon ausgehen, dass diesbezüglich sohin eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2002 in der Form „sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase“ vorliegt.

Im Zuge des Ermittlungsverfahrens wurden die Parteien aufgefordert, zu einer diesbezüglich allfällig vorliegenden Vergaberechtswidrigkeit Stellung zu nehmen. Wenn die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 15. Juni 2007 dazu vorbringt, dass der Auftraggeber erstmals im gesamten Vergabeverfahren am 16. November 2006 die Feststellung traf, dass TIBCO lediglich für die Integration von Legacy-Systemen vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werde, entspricht diese Aussage nicht der Wahrheit. Diesbezüglich wird auf den Wortlaut der ersten Frage des Auftraggebers an die Antragstellerin vom 24. Oktober 2006:

„In den Ausschreibungsunterlagen zum „last and final offer“ (in E-Fin-C21_IST_HWSW_1.0.pdf) wurde das Produkt TIBCO nur eingeschränkt - für die Anbindung bestehender Systeme (sog. Legacy-Systeme) - zur Verfügung gestellt.

In ihrem Angebot (Beilage E-Fin-D_C00_ALLG_Produktbeschreibungen_ACN_2.0.pdf) wurde TIBCO als Produktlieferant genannt, obgleich weder eine Produktbeschreibung noch eine entsprechende Position im Preisblatt vorhanden sind. Wir ersuchen Sie diesbezüglich um Aufklärung.“

oder den Wortlaut einer Anfrage des Auftraggebers an die Antragstellerin vom 8. November 2006:

„In ihrer Beantwortung der Frage 1 der Aufklärung vom 31.10.2006 führen Sie aus: „Unser Angebot sieht die Verwendung der zur Verfügung gestellten TIBCO Produkte entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung vor.“ Das steht im Widerspruch zum nächsten Satz ihrer Antwort zu Frage 1, der lautet: „Aus diesem Grunde wurde im Angebot weder eine Produktbeschreibung noch eine entsprechende Position im Preisblatt aufgenommen.“ Ist doch in der Ausschreibung von Anfang an unverändert vorgesehen, dass TIBCO vom Auftraggeber lediglich für die Anbindung von Legacy-Systemen - sohin nicht für die Verwendung des Enterprise Service Bus für E-Finanz (ESB) - zur Verfügung gestellt wird. Dem entsprechend hat der Bieter einen den Ausschreibungsvorgaben des Lastenheftes E-Fin-C02_GRUNDLAGEN_SOA_2.0.pdf entsprechenden Service Enterprise Service Bus (ESB) anzubieten und einzusetzen. Das blieb auch in der erneuten Aufforderung zur Angebotslegung unverändert. In ihrem ersten Angebot hatten Sie als Service Enterprise Bus (ESB) TIBCO angeboten und entsprechend ausgepreist. In ihrem nunmehrigen Angebot haben Sie TIBCO nicht mehr angeboten, die entsprechende Position im Preisblatt gestrichen und uns in Ihrer genannten Antwort ersucht, die Nennung von TIBCO als Produktlieferant in der Beilage E-Fin-D_C00_ALLG_Produktbeschreibung_ACN_2.0.pdf als redaktionelles Versehen zu streichen. Wir ersuchen daher um Aufklärung, wie Sie gemäß ihrem vorliegenden Angebot die Anforderungen der Ausschreibung, einen dem Lastenheft E-Fin-C02_GRUNDLAGEN_SOA_2.0.pdf entsprechenden Enterprise Service Bus (ESB) anzubieten, abdecken, obwohl Sie weder TIBCO anbieten noch für den Enterprise Service Bus (ESB) auf das auftraggeberseitig vorhandene TIBCO einsetzen dürfen.“

erinnert.

Zudem wird auch auf den Verhandlungswunsch der Antragstellerin vom 20. Juli 2006 hingewiesen, worin die Bieterin selbst wünscht, dass die in SHW-INFO-4 beschriebenen Lizenzen (diesbezüglich handelt es sich um die Lizenzen für die vom Auftraggeber für die Integration der Legacy-Systemen zur Verfügung gestellten TIBCO-Produkte) uneingeschränkt für das Programm E-Finanz verwendet werden dürfen. Sie geht zumindest bis zum 20. Juli 2006 davon aus, dass die in Rede stehenden Lizenzen und die dahinter stehenden Produkte nur eingeschränkt verwendet werden dürfen. Eine derartige Einschränkung kann sich aber - wie bereits in der Beweiswürdigung hingewiesen wurde - nur auf die Integration von Legacy-Systemen beziehen. Zudem wurde vom Auftraggeber im Protokoll des 2. Verhandlungstermins vom 9. August 2006 die Frage gestellt, ob sich für die angebotene Lösung Änderungen ergeben würden, wenn der Auftraggeber uneingeschränkt die Enterprise Lizenzen der zur Verfügung gestellten TIBCO Produkte zur Verfügung stellen würde. Die Antwort der Antragstellerin, die also auch aus dieser Frage am 9. August 2006 erkennen konnte bzw. erkennen musste, dass die Lizenzen der zur Verfügung gestellten TIBCO Produkte nur eingeschränkt zur Verfügung gestellt werden, war, dass diese Änderung den Angebotspreis reduzieren, jedoch keine qualitative Änderung bedeuten würde.

Das bedeutet, dass die Antragstellerin bis zum 9. August 2006 und - da sich in den Ausschreibungsunterlagen diesbezüglich keine Änderung ergab - auch am 9. August 2006 und danach wissen musste, dass die vom Auftraggeber für die Integration der vorhandenen Legacy-Systeme zur Verfügung gestellten TIBCO-Produkte eingeschränkt zur Verfügung stehen. Die Behauptung der Antragstellerin, dass der Auftraggeber diese Festlegung erstmals am 16. November 2006 getroffen habe, ist sohin falsch. Ganz im Gegenteil, die Antragstellerin hat sich wider besseren Wissens über eine bereits lange zurückliegende getroffene Festlegung, die im Zuge des Vergabeverfahrens nicht geändert wurde, hinweggesetzt und ausschreibungswidrig TIBCO-Produkte, die vom Auftraggeber für die Integration von Legacy-Systemen zur Verfügung gestellt werden, für die geforderte Implementierung eines Enterprise Service Bus herangezogen, ohne diese TIBCO-Produkte anzubieten bzw. sie auszuweisen.

Der Auftraggeber hat in seiner Beispielsliste vom 16. November 2006 den auch vom Bundesvergabeamt ermittelten Sachverhalt betreffend „TIBCO im Angebot der Antragstellerin“ richtig wiedergegeben. Eine Vergaberechtswidrigkeit vermag das Bundesvergabeamt darin nicht zu erkennen. Der zur Entscheidung berufene Senat des Bundesvergabeamtes muss die sich ihm stellende Vorfrage nach einer allfälligen Vergaberechtswidrigkeit auf Seiten des Auftraggebers hinsichtlich der Festlegung, wonach TIBCO - wie dies in der ursprünglichen Ausschreibungsunterlage vorgesehen gewesen sei und trotz einer diesbezüglichen Frage in der letzten Verhandlungsrunde in den Ausschreibungsunterlagen unverändert geblieben sei - lediglich für die Integration von Legacy-Systemen vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werde, nicht jedoch für den Enterprise Service Bus und dennoch im betreffenden Angebot auch für den Enterprise Service Bus auf das beim Auftraggeber vorhandene TIBCO zurückgegriffen werde, mit einem klaren Nein beantworten. Diese Festlegung des Auftraggebers ergibt sich einerseits aus den unveränderten Ausschreibungsunterlagen, wonach TIBCO für die Integration von Legacy-Systemen vom Auftraggeber zur Verfügung steht. Andererseits gibt es in den Ausschreibungsunterlagen keinen Hinweis, wonach für die Implementierung des ESB auf die vom Auftraggeber bereitgestellten TIBCO-Produkte zurückgegriffen werden kann. Die Tatsache, dass ein Bieter - nämlich die Antragstellerin - eben dennoch in ihrem Angebot darauf zurückgreift, wurde von der Antragstellerin selbst bestätigt.

Die Anfragen des Auftraggebers an die Antragstellerin vom 24. Oktober 2006 bzw. vom 8. November 2006 müssen auch in Zusammenhang mit § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 gesehen werden. Gemäß dieser Bestimmung ist nämlich ein Antrag auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem die Antragstellerin von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Konsequenz einer Antragstellung nach Ablauf dieses Zeitraumes bedeutet, dass die gesondert anfechtbare Entscheidung bestandsfest, also unanfechtbar geworden ist. Am 24. Oktober 2006 hat der Auftraggeber der Antragstellerin wörtlich wiedergegeben mitgeteilt, dass „das Produkt TIBCO nur eingeschränkt - für die Anbindung bestehender Systeme (sog. Legacy-Systeme) - zur Verfügung gestellt“ werde. Am 8. November 2006 hat der Auftraggeber die Antragstellerin über Folgendes informiert: Die Anfragen des Auftraggebers an die Antragstellerin vom 24. Oktober 2006 bzw. vom 8. November 2006 müssen auch in Zusammenhang mit Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 gesehen werden. Gemäß dieser Bestimmung ist nämlich ein Antrag auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem die Antragstellerin von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Konsequenz einer Antragstellung nach Ablauf dieses Zeitraumes bedeutet, dass die gesondert anfechtbare Entscheidung bestandsfest, also unanfechtbar geworden ist. Am 24. Oktober 2006 hat der Auftraggeber der Antragstellerin wörtlich wiedergegeben mitgeteilt, dass „das Produkt TIBCO nur eingeschränkt - für die Anbindung bestehender Systeme (sog. Legacy-Systeme) - zur Verfügung gestellt“ werde. Am 8. November 2006 hat der Auftraggeber die Antragstellerin über Folgendes informiert:

„Ist doch in der Ausschreibung von Anfang an unverändert vorgesehen, dass TIBCO vom Auftraggeber lediglich für die Anbindung von Legacy-Systemen - sohin nicht für die Verwendung des Enterprise Service Bus für E-Finanz (ESB) - zur Verfügung gestellt wird.“

Die Anfechtungsfrist der Auftraggeberentscheidung vom 24. Oktober 2006 ist am 7. November 2006 bzw. die Anfechtungsfrist zur Auftraggeberentscheidung vom 8. November 2006 ist am 22. November 2006 abgelaufen. Eine diesbezügliche Anfechtung am 24. November 2006 war sohin gemäß § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 verspätet. Die Auftraggeberfestlegungen vom 24. Oktober bzw. vom 8. November 2006 sind mit Ablauf der möglichen Anfechtungsfrist bestandsfest geworden. Die Anfechtungsfrist der Auftraggeberentscheidung vom 24. Oktober 2006 ist am 7. November

2006 bzw. die Anfechtungsfrist zur Auftraggeberentscheidung vom 8. November 2006 ist am 22. November 2006 abgelaufen. Eine diesbezügliche Anfechtung am 24. November 2006 war sohin gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 verspätet. Die Auftraggeberfestlegungen vom 24. Oktober bzw. vom 8. November 2006 sind mit Ablauf der möglichen Anfechtungsfrist bestandsfest geworden.

Von einer Vergaberechtswidrigkeit wäre im Übrigen nur dann zu sprechen, wenn der Auftraggeber im Zuge einer außenwirksamen Mitteilung erstmalig Festlegungen treffen würde, die einerseits von den bisherigen Ausschreibungsvorgaben abweichen würden und zumindest einen Bieter nachteilig beeinträchtigen würden.

Ein auszuscheidendes Angebot ist auszuscheiden. Diese Entscheidung steht nicht in der Disposition des Auftraggebers. In der Beratung des zur Entscheidung berufenen Senates des Bundesvergabeamtes wurde auch festgehalten, dass ein Verstoß gegen die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß § 21 Abs. 1 BVergG 2002 vorliegen würde, wenn eine Ausschreibungswidrigkeit im Angebot eines Bieters nur deswegen in erneuten Verhandlungen für verhandelbar erklärt werden würde, um von einem Ausscheiden dieses Angebotes Abstand nehmen zu können. Diesbezüglich würde nämlich ein nicht verbesserbarer Mangel und somit ein auszuscheidendes Angebot durch erneute Verhandlungen und Verbesserung des Angebotes - womit eine Verbesserung der Wettbewerbsposition eines Bieters einhergehen würde - verbesserbar werden bzw. nicht ausgeschieden werden (vgl. dazu Aicher in Korinek/ Rill (Hrsg), Zur Reform des Vergaberechts (1985) 411f oder VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186, VwGH vom 16. Februar 2005, 2004/04/0030, VwGH vom 29. Juni 2005, 2005/04/0024 bzw. zuletzt BVA vom 23. März 2007, N/0015-BVA/05/2007-32). Ein auszuscheidendes Angebot ist auszuscheiden. Diese Entscheidung steht nicht in der Disposition des Auftraggebers. In der Beratung des zur Entscheidung berufenen Senates des Bundesvergabeamtes wurde auch festgehalten, dass ein Verstoß gegen die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 vorliegen würde, wenn eine Ausschreibungswidrigkeit im Angebot eines Bieters nur deswegen in erneuten Verhandlungen für verhandelbar erklärt werden würde, um von einem Ausscheiden dieses Angebotes Abstand nehmen zu können. Diesbezüglich würde nämlich ein nicht verbesserbarer Mangel und somit ein auszuscheidendes Angebot durch erneute Verhandlungen und Verbesserung des Angebotes - womit eine Verbesserung der Wettbewerbsposition eines Bieters einhergehen würde - verbesserbar werden bzw. nicht ausgeschieden werden (vergleiche dazu Aicher in Korinek/ Rill (Hrsg), Zur Reform des Vergaberechts (1985) 411f oder VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186, VwGH vom 16. Februar 2005, 2004/04/0030, VwGH vom 29. Juni 2005, 2005/04/0024 bzw. zuletzt BVA vom 23. März 2007, N/0015-BVA/05/2007-32).

Aufgrund der Beurteilung dieser Vorfrage kann das Bundesvergabeamt hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob im Angebot der Antragstellerin ausschreibungswidrig die Implementierung des E-Finanz Enterprise Service Bus angeboten wurde zum Ergebnis, dass im Angebot der Antragstellerin hinsichtlich der Implementierung des E-Finanz Enterprise Service Bus die Verwendung von TIBCO-Produkten angegeben wird, ohne im Angebot bzw. im Preisblatt diese TIBCO-Produkte anzubieten bzw. auszureisen. Dementsprechend ist das Angebot unvollständig. Wenn man nun auch noch die diesbezügliche Aufklärung der Antragstellerin vom 16. November 2006, wonach die vom Auftraggeber bereitgestellten TIBCO Produkte für den ESB eingesetzt werden sollen, berücksichtigt, ist diese Angebotsfestlegung ausschreibungswidrig, da - wie oben bereits mehrfach ausgeführt wurde - die Antragstellerin wusste bzw. wissen musste, dass die vom Auftraggeber bereitgestellten TIBCO-Produkte nur eingeschränkt für bestimmte Zwecke - die Integration der Legacy-Systeme - zur Verfügung stehen.

Die Antragstellerin versucht sich durch diese eigenmächtige Festlegung einen unlauteren und damit einen vergaberechtswidrigen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Dies wird durch den Sachverständigen Prof. Judmann in seinem Gutachten nachgewiesen, indem er ausführt, dass die Art der Installation und Nutzung sowohl im Bereich der Lizenzierung als auch im Bereich der Pflege und Wartung der Softwareprodukte Auswirkungen habe. ... Im Allgemeinen werde dabei auszugehen sein, dass die Verwendung bestehender Lizenzen für weitere Zwecke als dies beispielsweise die Anbindung der Legacy Systeme bedinge, geänderte wirtschaftliche Bedingungen für den Auftraggeber bedeuteten (vgl. Gutachten von Prof. Judmann vom 1. Juni 2007, Seite 39 am Ende des vorletzten Absatzes). Auch die Antragstellerin selbst geht von einer Reduktion des Angebotspreises (und somit von einer Verbesserung ihrer eigenen Wettbewerbsposition im Verfahren zur Erlangung des Zuschlages gegenüber ihren Mitbieter(n)) aus, indem sie am 9. August 2006 in Beantwortung der Frage nach den Auswirkungen einer allfälligen uneingeschränkten Zurverfügungstellung der Enterprise Lizenzen der zur Verfügung gestellten TIBCO Produkte antwortet, dass diese

Änderung den Angebotspreis reduzieren würde. Die Antragstellerin versucht sich durch diese eigenmächtige Festlegung einen unlauteren und damit einen vergaberechtswidrigen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Dies wird durch den Sachverständigen Prof. Judmann in seinem Gutachten nachgewiesen, indem er ausführt, dass die Art der Installation und Nutzung sowohl im Bereich der Lizenzierung als auch im Bereich der Pflege und Wartung der Softwareprodukte Auswirkungen habe. ... Im Allgemeinen werde dabei auszugehen sein, dass die Verwendung bestehender Lizenzen für weitere Zwecke als dies beispielsweise die Anbindung der Legacy Systeme bedinge, geänderte wirtschaftliche Bedingungen für den Auftraggeber bedeuteten (vergleiche Gutachten von Prof. Judmann vom 1. Juni 2007, Seite 39 am Ende des vorletzten Absatzes). Auch die Antragstellerin selbst geht von einer Reduktion des Angebotspreises (und somit von einer Verbesserung ihrer eigenen Wettbewerbsposition im Verfahren zur Erlangung des Zuschlages gegenüber ihren Mitbietern) aus, indem sie am 9. August 2006 in Beantwortung der Frage nach den Auswirkungen einer allfälligen uneingeschränkten Zurverfügungstellung der Enterprise Lizenzen der zur Verfügung gestellten TIBCO Produkte antwortet, dass diese Änderung den Angebotspreis reduzieren würde.

In vergaberechtlicher Hinsicht bedeutet das, dass das Angebot der Antragstellerin vom 18. September 2006 und das darauf aufbauende Angebot vom 22. Februar 2007 zumindest an einem unbehebbarsten Mangel leidet. In diesem Angebot bedient sich nämlich die Antragstellerin ausschreibungswidrig und somit vergaberechtlich unzulässig der vom Auftraggeber für die Integration der Legacy Systeme zur Verfügung gestellten TIBCO Produkte ohne diese selbst anzubieten bzw. ohne diese auszuweisen. Das macht das Angebot der Antragstellerin zu einem den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebot. Das bedeutet, dass das Angebot der Antragstellerin an einem unbehebbarsten Mangel leidet, der gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002, wonach den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, ferner Teil- und Alternativangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung von der vergebenden Stelle auf Grund des Ergebnisses der Prüfung auszuschneiden ist, zum Ausschneiden dieses Angebotes führt. Das hat der Auftraggeber sohin vergaberechtskonform am 27. März 2007 auch vorgenommen (vgl. dazu insbesondere VwGH vom 4. September 2002, 2000/04/0181 mit einer auf Aicher in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechts (1985) 411 f gestützten Begründung oder VwGH vom 16. Februar 2002, 2004/04/0030 bzw. zuletzt BVA vom 23. März 2007, N/0015-BVA/05/2007-32). In vergaberechtlicher Hinsicht bedeutet das, dass das Angebot der Antragstellerin vom 18. September 2006 und das darauf aufbauende Angebot vom 22. Februar 2007 zumindest an einem unbehebbarsten Mangel leidet. In diesem Angebot bedient sich nämlich die Antragstellerin ausschreibungswidrig und somit vergaberechtlich unzulässig der vom Auftraggeber für die Integration der Legacy Systeme zur Verfügung gestellten TIBCO Produkte ohne diese selbst anzubieten bzw. ohne diese auszuweisen. Das macht das Angebot der Antragstellerin zu einem den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebot. Das bedeutet, dass das Angebot der Antragstellerin an einem unbehebbarsten Mangel leidet, der gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002, wonach den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, ferner Teil- und Alternativangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung von der vergebenden Stelle auf Grund des Ergebnisses der Prüfung auszuschneiden ist, zum Ausschneiden dieses Angebotes führt. Das hat der Auftraggeber sohin vergaberechtskonform am 27. März 2007 auch vorgenommen (vergleiche dazu insbesondere VwGH vom 4. September 2002, 2000/04/0181 mit einer auf Aicher in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechts (1985) 411 f gestützten Begründung oder VwGH vom 16. Februar 2002, 2004/04/0030 bzw. zuletzt BVA vom 23. März 2007, N/0015-BVA/05/2007-32).

Wenn sich die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung am 20. April 2007 unter Hinweis darauf, dass sich die vom Auftraggeber vorgenommene Ausscheidensentscheidung betreffend ihres Angebotes auf ein Gutachten der Fiala Informatik Ziviltechniker GmbH stütze, die im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Antragstellerin tätig gewesen und daher deren Unbefangenheit in Zweifel zu stellen und daher die Ausscheidensentscheidung sofort für nichtig zu erklären sei, stützt, kann der zur Entscheidung berufene Senat diese Schlussfolgerung nicht teilen. Einerseits hat der Verwaltungsgerichtshof unter Hinweis auf die Ausscheidensbestimmungen des BVergG 2002 wiederholt dargelegt, dass ein Ausschneiden nicht in der Disposition des Auftraggebers liege sondern ein auszuschneidendes Angebot auch tatsächlich ausgeschieden werden muss (vgl. VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050). Andererseits gebietet die Offizialmaxime des § 39 Abs. 2 AVG 1991, dass - soweit die Verwaltungsvorschriften hierüber keine Anordnungen enthalten - die Behörde von Amts wegen vorzugehen hat und unter Beachtung der im II. Teil des AVG 1991

enthaltenen Vorschriften den Gang des Ermittlungsverfahrens zu bestimmen hat. Wenn sich die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung am 20. April 2007 unter Hinweis darauf, dass sich die vom Auftraggeber vorgenommene Ausscheidensentscheidung betreffend ihres Angebotes auf ein Gutachten der Fiala Informatik Ziviltechniker GmbH stütze, die im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Antragstellerin tätig gewesen und daher deren Unbefangenheit in Zweifel zu stellen und daher die Ausscheidensentscheidung sofort für nichtig zu erklären sei, stützt, kann der zur Entscheidung berufene Senat diese Schlussfolgerung nicht teilen. Einerseits hat der Verwaltungsgerichtshof unter Hinweis auf die Ausscheidensbestimmungen des BVergG 2002 wiederholt dargelegt, dass ein Ausscheiden nicht in der Disposition des Auftraggebers liege sondern ein auszuschheidendes Angebot auch tatsächlich ausgeschieden werden muss (vergleiche VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050). Andererseits gebietet die Offizialmaxime des Paragraph 39, Absatz 2, AVG 1991, dass - soweit die Verwaltungsvorschriften hierüber keine Anordnungen enthalten - die Behörde von Amts wegen vorzugehen hat und unter Beachtung der im römisch zwei. Teil des AVG 1991 enthaltenen Vorschriften den Gang des Ermittlungsverfahrens zu bestimmen hat.

Die Behörde kann insbesondere von Amts wegen oder auf Antrag mündliche Verhandlungen durchführen und mehrere Verwaltungssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbinden oder sie wieder trennen. Die Behörde hat sich bei all diesen Verfahrensanordnungen von Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen. Aus der Offizialmaxime ergibt sich der Grundsatz der materiellen Wahrheit des festzustellenden Sachverhaltes: die Behörde hat den objektiven Sachverhalt festzustellen. Dies gilt sowohl für die Einleitung des Verwaltungsverfahrens wie auch für die Durchführung des Ermittlungsverfahrens. Auch wenn ein Verfahren nur auf Antrag eingeleitet werden darf, hat die Behörde innerhalb der Grenzen des ihr Möglichen die gebotenen und zumutbaren Ermittlungen von Amts wegen durchzuführen (vgl. dazu Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht³, 140 f mit weiteren Anmerkungen und Zitierungen oder Walter/Thienel, Verwaltungsverfahren¹⁶, 80 f). Im Sinne der Offizialmaxime und des Grundsatzes der materiellen Wahrheit war es daher von Amts wegen die Aufgabe des Bundesvergabeamtes die Vergaberechtskonformität der vom Auftraggeber vorgenommenen Ausscheidensentscheidung betreffend das Angebot der Antragstellerin zu überprüfen. Da diese Prüfung bereits hinsichtlich des vom Bundesvergabeamt ersten Ausscheidensgrundes - der nicht ausschreibungskonformen Implementierung des E-Finanz Enterprise Service Bus - ergab, dass das Angebot der Antragstellerin im Vergabeverfahren vergaberechtskonform gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 ausgeschieden wurde, war auf die weiteren geltend gemachten Ausscheidensgründe nicht mehr einzugehen. Die Behörde kann insbesondere von Amts wegen oder auf Antrag mündliche Verhandlungen durchführen und mehrere Verwaltungssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbinden oder sie wieder trennen. Die Behörde hat sich bei all diesen Verfahrensanordnungen von Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen. Aus der Offizialmaxime ergibt sich der Grundsatz der materiellen Wahrheit des festzustellenden Sachverhaltes: die Behörde hat den objektiven Sachverhalt festzustellen. Dies gilt sowohl für die Einleitung des Verwaltungsverfahrens wie auch für die Durchführung des Ermittlungsverfahrens. Auch wenn ein Verfahren nur auf Antrag eingeleitet werden darf, hat die Behörde innerhalb der Grenzen des ihr Möglichen die gebotenen und zumutbaren Ermittlungen von Amts wegen durchzuführen (vergleiche dazu Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht³, 140 f mit weiteren Anmerkungen und Zitierungen oder Walter/Thienel, Verwaltungsverfahren¹⁶, 80 f). Im Sinne der Offizialmaxime und des Grundsatzes der materiellen Wahrheit war es daher von Amts wegen die Aufgabe des Bundesvergabeamtes die Vergaberechtskonformität der vom Auftraggeber vorgenommenen Ausscheidensentscheidung betreffend das Angebot der Antragstellerin zu überprüfen. Da diese Prüfung bereits hinsichtlich des vom Bundesvergabeamt ersten Ausscheidensgrundes - der nicht ausschreibungskonformen Implementierung des E-Finanz Enterprise Service Bus - ergab, dass das Angebot der Antragstellerin im Vergabeverfahren vergaberechtskonform gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 ausgeschieden wurde, war auf die weiteren geltend gemachten Ausscheidensgründe nicht mehr einzugehen.

Hingewiesen wird, dass mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren zu N/0031-BVA/05/2007 beendet ist und die einstweilige Verfügung des Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 5. April 2007, N/0031-BVA/05/2007-EV7 seine Wirkung verliert. Über die Kosten des nicht amtlichen Sachverständigen Prof. Judmann wird jedoch noch gesondert zu entscheiden sein.

zu den Spruchpunkten II. und IV. zu den Spruchpunkten römisch zwei. und römisch vier.:

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende

Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1.Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2.Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Da sowohl im Nachprüfungsverfahren N/0031-BVA/05/2007 als auch in den Nachprüfungsverfahren N/0095-BVA/05/2006 und N/0099-BVA/05/2006 die Antragstellerin nicht einmal teilweise obsiegt hat und dem Hauptantrag im Nachprüfungsverfahren zu N/0031-BVA/05/2007 ebenso nicht stattgegeben wurde (siehe Spruchpunkt I. dieses Bescheides) wie im Hauptantrag in den Nachprüfungsverfahren zu N/0095- BVA/05/2006 und N/0099-BVA/05/2006 liegen die Voraussetzungen für einen Ersatz der ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren in den Nachprüfungsverfahren N/0031-BVA/05/2007, N/0095-BVA/05/2006 und N/0099-BVA/05/2006 gemäß § 319 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 nicht vor, sodass die entsprechenden Anträge abzuweisen waren. Da sowohl im Nachprüfungsverfahren N/0031-BVA/05/2007 als auch in den Nachprüfungsverfahren N/0095-BVA/05/2006 und N/0099-BVA/05/2006 die Antragstellerin nicht einmal teilweise obsiegt hat und dem Hauptantrag im Nachprüfungsverfahren zu N/0031-BVA/05/2007 ebenso nicht stattgegeben wurde (siehe Spruchpunkt römisch eins. dieses Bescheides) wie im Hauptantrag in den Nachprüfungsverfahren zu N/0095- BVA/05/2006 und N/0099-BVA/05/2006 liegen die Voraussetzungen für einen Ersatz der ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren in den Nachprüfungsverfahren N/0031-BVA/05/2007, N/0095-BVA/05/2006 und N/0099-BVA/05/2006 gemäß Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 nicht vor, sodass die entsprechenden Anträge abzuweisen waren.

zu Spruchpunkt III.: zu Spruchpunkt römisch drei.:

Wie ausführlich unter Spruchpunkt I begründet, erfolgte das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 vergaberechtskonform, da sich die Antragstellerin in ihrem Angebot hinsichtlich der Implementierung des E-Finanz Enterprise Service Bus vom Auftraggeber bereitgestellter TIBCO-Produkte bedient, wobei sie wissen musste, dass diese TIBCO-Produkte nur für die Integration von Legacy-Systemen zur Verfügung stehen. Daher liegt hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin ein Verstoß gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 vor, der zu einem Ausscheiden dieses Angebotes im Vergabeverfahren „E-Finanz (Finanz-Redesign), GZ 9000 00310“ führt. Wie ausführlich unter Spruchpunkt römisch eins begründet, erfolgte das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 vergaberechtskonform, da sich die Antragstellerin in ihrem Angebot hinsichtlich der Implementierung des E-Finanz Enterprise Service Bus vom Auftraggeber bereitgestellter TIBCO-Produkte bedient, wobei sie wissen musste, dass diese TIBCO-Produkte nur für die Integration von Legacy-Systemen zur Verfügung stehen. Daher liegt hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin ein Verstoß gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 vor, der zu einem Ausscheiden dieses Angebotes im Vergabeverfahren „E-Finanz (Finanz-Redesign), GZ 9000 00310“ führt.

Dieser Verstoß lag bereits mit der Abgabe des Angebotes am 18. August 2006 vor. Das bedeutet, dass bereits mit Abgabe des Angebotes am 18. August 2006 dieses Angebot ausgeschieden hätte werden können und letztlich auch ausgeschieden werden musste. Mit der Abgabe dieses den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebotes wurde der oben dargelegte Ausscheidensgrund verwirklicht, sodass das Angebot der Antragstellerin ab bzw. seit diesem Zeitpunkt für eine Zuschlagserteilung nicht bzw. nicht mehr in Frage kommen kann. Damit einhergehend wird nunmehr vom Bundesvergabeamt festgehalten, dass der Antragstellerin mit der Abgabe dieses

Angebotes am 18. August 2006 aufgrund des bereits ab diesem Zeitpunkt im Vergabeverfahren „E-Finanz (Finanz-Redesign), GZ 9000 00310“ auszuscheidenden Angebotes kein Schaden im Sinne des § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 entstehen kann bzw. konnte sowie droht bzw. drohte. So hat nicht nur das Bundesvergabeamt (zuletzt BVA vom 27. April 2007, N/0030-BVA/07/2007-43 oder BVA vom 3. Mai 2007, N/0021-BVA/13/2007-37) sondern auch der Verwaltungsgerichtshof wiederholt darauf hingewiesen, dass ein auszuscheidendes Angebot in einem Vergabeverfahren, das nicht ausgeschieden wurde, nicht zu einem gültigen Angebot wird, dem der Zuschlag erteilt werden kann. Dieser Verstoß lag bereits mit der Abgabe des Angebotes am 18. August 2006 vor. Das bedeutet, dass bereits mit Abgabe des Angebotes am 18. August 2006 dieses Angebot ausgeschieden hätte werden können und letztlich auch ausgeschieden werden musste. Mit der Abgabe dieses den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebotes wurde der oben dargelegte Ausscheidensgrund verwirklicht, sodass das Angebot der Antragstellerin ab bzw. seit diesem Zeitpunkt für eine Zuschlagserteilung nicht bzw. nicht mehr in Frage kommen kann. Damit einhergehend wird nunmehr vom Bundesvergabeamt festgehalten, dass der Antragstellerin mit der Abgabe dieses Angebotes am 18. August 2006 aufgrund des bereits ab diesem Zeitpunkt im Vergabeverfahren „E-Finanz (Finanz-Redesign), GZ 9000 00310“ auszuscheidenden Angebotes kein Schaden im Sinne des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 entstehen kann bzw. konnte sowie droht bzw. drohte. So hat nicht nur das Bundesvergabeamt (zuletzt BVA vom 27. April 2007, N/0030-BVA/07/2007-43 oder BVA vom 3. Mai 2007, N/0021-BVA/13/2007-37) sondern auch der Verwaltungsgerichtshof wiederholt darauf hingewiesen, dass ein auszuscheidendes Angebot in einem Vergabeverfahren, das nicht ausgeschieden wurde, nicht zu einem gültigen Angebot wird, dem der Zuschlag erteilt werden kann.

Ein ausgeschiedenes oder auszuscheidendes Angebot kommt daher für die Zuschlagserteilung von vornherein gar nicht in Betracht. Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers, vom Ausscheiden von Angeboten nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen (vgl. VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050). Ein Ausscheiden wäre allerdings bis zur Zuschlagserteilung möglich (vgl. VwGH vom 21. Februar 2004, 2002/04/0177). Dies bedeutet, dass ein Bieter, dessen Angebot auszuscheiden gewesen wäre, durch Rechtswidrigkeiten, die das Verfahren betreffend die Wahl eines - nicht ausgeschiedenen - Angebots für den Zuschlag betreffen, nicht in Rechten verletzt werden kann. Die Antragslegitimation ist in einem solchen Fall zu verneinen (vgl. u.a. VwGH vom 3. Jänner 2005, 2003/04/0039, VwGH vom 16. Februar 2005, 2004/04/0030, VwGH vom 28. März 2007, 2005/04/0200-10, VwGH vom 30. November 2006, 2005/04/0067 oder VwGH vom 15. Dezember 2006, 2005/04/0091 u.a.). Ein ausgeschiedenes oder auszuscheidendes Angebot kommt daher für die Zuschlagserteilung von vornherein gar nicht in Betracht. Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers, vom Ausscheiden von Angeboten nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen vergleiche VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050). Ein Ausscheiden wäre allerdings bis zur Zuschlagserteilung möglich vergleiche VwGH vom 21. Februar 2004, 2002/04/0177). Dies bedeutet, dass ein Bieter, dessen Angebot auszuscheiden gewesen wäre, durch Rechtswidrigkeiten, die das Verfahren betreffend die Wahl eines - nicht ausgeschiedenen - Angebots für den Zuschlag betreffen, nicht in Rechten verletzt werden kann. Die Antragslegitimation ist in einem solchen Fall zu verneinen vergleiche u.a. VwGH vom 3. Jänner 2005, 2003/04/0039, VwGH vom 16. Februar 2005, 2004/04/0030, VwGH vom 28. März 2007, 2005/04/0200-10, VwGH vom 30. November 2006, 2005/04/0067 oder VwGH vom 15. Dezember 2006, 2005/04/0091 u.a.).

Das Ausscheiden des den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebotes war auch Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens zu N/0031- BVA/05/2007. Der Antragstellerin wurde umfassende Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidungsgrundes Stellung zu nehmen (vgl. EuGH vom 19. Juni 2003, Rs C-249/01 (Hackermüller) oder zuletzt VwGH vom 26. April 2007, 2005/04/0222-8). Da das Angebot der Antragstellerin mit Abgabe am 18. August 2006 auszuscheiden war und dadurch im darauf nachfolgenden Zeitraum die Antragstellerin keine Möglichkeit haben konnte bzw. kann für einen allfälligen Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, mangelt es ihr nach dem 18. August 2006 im Vergabeverfahren „E-Finanz (Finanz-Redesign), GZ 9000 00310“ an einem Schadenseintritt bzw. einer Schadenseintrittsmöglichkeit, selbst wenn sie einen diesbezüglichen umfassenden Schadenseintritt im Nachprüfungsantrag geltend macht. Das Ausscheiden des den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebotes war auch Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens zu N/0031- BVA/05/2007. Der Antragstellerin wurde umfassende Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidungsgrundes Stellung zu nehmen vergleiche EuGH vom 19. Juni 2003, Rs C-249/01 (Hackermüller) oder zuletzt VwGH vom 26. April 2007, 2005/04/0222-8). Da das Angebot der Antragstellerin mit Abgabe am 18. August 2006 auszuscheiden war und dadurch im darauf nachfolgenden

Zeitraum die Antragstellerin keine Möglichkeit haben konnte bzw. kann für einen allfälligen Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, mangelt es ihr nach dem 18. August 2006 im Vergabeverfahren „E-Finanz (Finanz-Redesign), GZ 9000 00310“ an einem Schadenseintritt bzw. einer Schadenseintrittsmöglichkeit, selbst wenn sie einen diesbezüglichen umfassenden Schadenseintritt im Nachprüfungsantrag geltend macht.

Gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern
Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1.Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet

und

1. 2.Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Da die Antragsvoraussetzung des Schadenseintrittes bzw. der Schadenseintrittsmöglichkeit gemäß § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 durch das verpflichtende Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin gemäß § 98 Z 8 BVergG ab dem 18. August 2006 nicht vorliegt, war das unter Spruchpunkt III dieses Bescheides wiedergegebene Antragsbegehren der Antragstellerin, welches erst nach dem 18. August 2006 gestellt wurde, zurückzuweisen. Da die Antragsvoraussetzung des Schadenseintrittes bzw. der Schadenseintrittsmöglichkeit gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 durch das verpflichtende Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG ab dem 18. August 2006 nicht vorliegt, war das unter Spruchpunkt römisch drei dieses Bescheides wiedergegebene Antragsbegehren der Antragstellerin, welches erst nach dem 18. August 2006 gestellt wurde, zurückzuweisen.

Dokumentnummer

VERGT_20070622_N_0099_BVA_05_2006_26_00

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at