

TE Bvwg Beschluss 2024/3/28 W187 2284776-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.03.2024

Entscheidungsdatum

28.03.2024

Norm

BVergG 2018 §167

BVergG 2018 §172

BVergG 2018 §193 Abs1

BVergG 2018 §2 Z15

BVergG 2018 §2 Z5

BVergG 2018 §206 Abs1 Z4

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §333

BVergG 2018 §334

BVergG 2018 §353

BVergG 2018 §354 Abs1

BVergG 2018 §356

BVergG 2018 §4 Abs1 Z2

BVergG 2018 §6

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2018 § 167 heute
2. BVergG 2018 § 167 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 172 heute
2. BVergG 2018 § 172 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 193 heute
2. BVergG 2018 § 193 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 193 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 2 heute
2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 2 gültig von 01.03.2026 bis 30.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

4. BVergG 2018 § 2 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 2 heute

2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 2 gültig von 01.03.2026 bis 30.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

4. BVergG 2018 § 2 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 206 heute

2. BVergG 2018 § 206 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 206 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 327 heute

2. BVergG 2018 § 327 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 328 heute

2. BVergG 2018 § 328 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 328 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 333 heute

2. BVergG 2018 § 333 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 334 heute

2. BVergG 2018 § 334 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 353 heute

2. BVergG 2018 § 353 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 353 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 354 heute

2. BVergG 2018 § 354 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 354 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 356 heute

2. BVergG 2018 § 356 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 356 gültig von 01.03.2019 bis 28.02.2026

4. BVergG 2018 § 356 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2019

1. BVergG 2018 § 4 heute

2. BVergG 2018 § 4 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 4 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 6 heute

2. BVergG 2018 § 6 gültig ab 21.08.2018

1. B-VG Art. 133 heute

2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013

6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003

8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974

9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946

10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945

11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 24 heute

2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017

4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 31 heute

2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018

3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017

4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

,

W187 2284776-1/46E BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, Mag. Julia VAZNY-KÖNIG als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Feststellungsantrag der AAAA , vertreten durch die Haslinger/Nagele Rechtsanwälte GmbH, Mölker Bastei 5, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren „ BBBB RISE Subscription und Migration“ der Auftraggeberin ÖBB-Business Competence Center GmbH, Lassallestraße 5, 1020 Wien, vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte GmbH, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 26. März 2024 beschlossen:

A)

1. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA , das Bundesverwaltungsgericht möge „feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durch die Antragsgegnerin zur Vergabe von Cloudleistungen und im Zusammenhang stehende Dienstleistungen im Verfahren , BBBB RISE Subscription und Migration“ wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2018, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war;“ zurück.

2. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA , das Bundesverwaltungsgericht möge „den nach Durchführung des rechtswidrigen Vergabeverfahrens geschlossenen Vertrag der Antragsgegnerin mit der Zuschlagsempfängerin für nichtig erklären bzw aufheben“ zurück.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

,

Text

Begründung, Begründung

I. Verfahrensgangrömisches Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 19. Jänner 2024 beantragte die AAAA , vertreten durch die Haslinger/Nagele Rechtsanwälte GmbH, Mölker Bastei 5, 1010 Wien, in der Folge Antragstellerin, die Einleitung eines Verfahrens zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durch die Auftraggeberin, die umfassende Akteneinsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durch die Antragsgegnerin zur Vergabe von Cloudleistungen und im Zusammenhang stehende Dienstleistungen im Verfahren „ BBBB RISE Subscription und Migration“ wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2018, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, die Nichtigerklärung oder Aufhebung des

abgeschlossenen Vertrags und den Ersatz der Pauschalgebühr. Der Antrag betrifft das Vergabeverfahren „BBBB RISE Subscription und Migration“ der Auftraggeberin ÖBB-Business Competence Center GmbH, Lassallestraße 5, 1020 Wien, vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte GmbH, Bartensteingasse 2, 1010 Wien.

1.1 Nach Darstellung des Sachverhalts und Ausführungen zur Zuständigkeit, Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit des Feststellungsantrags führt die Antragstellerin als eingetretenen Schaden im Wesentlichen aus, dass sie bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise der Auftraggeberin die Möglichkeit auf Beteiligung am Vergabeverfahren und Zuschlagserteilung gehabt hätte. Der Schaden sei nur durch die Durchführung eines Feststellungsverfahrens zu beheben. Als etabliertes IT-Unternehmen habe sie ein Interesse am Abschluss des Vertrags. Ein Schaden seien auch die bisher angefallenen Rechtsberatungs- und Vertretungskosten. Sie erachte sich in ihrem Recht auf öffentliche Bekanntmachung eines dem BVergG unterliegenden Beschaffungsvorgangs, Teilnahme an einem Vergabeverfahren, Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens, Durchführung eines fairen, transparenten und den Regeln des lautereren Wettbewerbs entsprechenden Vergabeverfahrens, Nicht-Diskriminierung, Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten und Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten verletzt. Schließlich erachtet sich die Antragstellerin auch in all den Rechten als verletzt, die an dieser Stelle des Antrags nicht ausdrücklich genannt sind, die sich jedoch aus der Gesamtheit des Antrags ergeben.

1.2 Zur Rechtswidrigkeit führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass ein Auftraggeber im Oberschwellenbereich unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich wählen könne. Die Auftraggeberin habe sich nicht auf eine konkrete Rechtsgrundlage gestützt. Es läge keine Voraussetzung für die Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung vor. Es läge auch keine technische Ausschließlichkeit vor. Es gebe genügend vernünftige Alternativ- oder Ersatzlösungen. Die Auftraggeberin habe die Aufträge unzulässig kombiniert und somit den Wettbewerb künstlich eingeschränkt. Die Auftraggeberin könne sich auch nicht auf den Schutz von Ausschließlichkeitsrechten stützen. Es sei zusätzlich erforderlich, dass das jeweilige Produkt nur von einem bestimmten Unternehmer hergestellt oder geliefert werden könne. Ein Auftraggeber könne sich jedenfalls nicht auf diese Ausnahme berufen, wenn Dritte über Lizenzen zur Nutzung verfügen oder solche erlangen könnten. Allfällige Ausschließlichkeitsrechte der Zuschlagsempfängerin lägen nicht vor, die gegenständlichen Leistungen dürften nicht nur von einem bestimmten Unternehmer hergestellt, geliefert oder erbracht werden. Dritte könnten und dürften über Lizenzen zur Nutzung dieses Ausschließlichkeitsrechts verfügen bzw können diese in angemessener Weise erlangen und es ergäben sich ohne Rückgriff auf die allenfalls durch Ausschließlichkeitsrechte geschützten Leistungen keine unüberwindlichen Schwierigkeiten. Ein Wechsel des Auftragnehmers würde weder zu einer technischen Unvereinbarkeit noch zu unverhältnismäßigen technischen Schwierigkeiten führen. Die Auftraggeberin hätte somit kein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen dürfen. Vielmehr wäre ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchzuführen gewesen. Die Erteilung des Zuschlags an die Zuschlagsempfängerin sei daher rechtswidrig erfolgt.

2. Mit Schriftsatz vom 26. Jänner 2024 nahm die BBBB BBBB , vertreten durch die DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH, Schottenring 2-6, 1010 Wien, in der Folge Zuschlagsempfängerin, Stellung.

2.1 Nach Darstellung des Sachverhalts führt die Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen aus, dass technische Gründe oder Ausschließlichkeitsrechte wie etwa ein Recht am geistigen Eigentum, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchzuführen, rechtfertigten, sofern es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gebe und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Vergabeverfahrens sei. Bei der Beurteilung, ob die technischen Gründe vorlägen, seien zwei kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen relevant. Zum einen müssten die Arbeiten, die Gegenstand des Auftrags seien, eine technische Besonderheit aufweisen, und zum anderen müsse es aufgrund dieser technischen Besonderheit unbedingt erforderlich sein, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben. Dies stelle auf die tatsächlichen Verhältnisse von Mitbieter ab. Beim Schutz von Ausschließlichkeitsrechten gehe es um die rechtlichen Möglichkeiten von potenziellen Mitbieter. Das System der Auftraggeberin sei speziell und weiche von zeitgemäßen Systemen in nicht geringfügigem Ausmaß ab. Eine Migration sei technisch komplex, die Aufrechterhaltung der Kompatibilität erforderlich. Daher sei die Vergabe an die Zuschlagsempfängerin sei zwingend und unbedingt erforderlich. Die Zuschlagsempfängerin biete auch eine breite Palette an weiteren unterstützenden Dienstleistungen an, die die Nutzung der konkreten Softwareanwendung erleichterten und ergänzten. Infolge der technischen Anforderungen und der Notwendigkeit einer spezifischen Expertise sowie des Vorhandenseins von spezifischem Know-How ergäben sich

somit Umstände, die eine Vergabe an einen anderen Anbieter als die Zuschlagsempfängerin nicht zuließen. Die Vergabe an einen anderen Anbieter sei technisch nicht darstellbar. Die Integration in eine einheitliche „BBBB - Umgebung“ werde nur durch die Zuschlagsempfängerin gewährleistet. Die Entscheidung für die Zuschlagsempfängerin sei nicht nur zweckmäßig, sondern auch im besten Interesse der Auftraggeberin. Die spezifische Ausrichtung der technischen Anforderungen diene nicht dem Ausschluss oder der Bevorzugung bestimmter Unternehmen, sondern sei ausschließlich auf die Notwendigkeit und Kompatibilität mit dem bestehenden System zurückzuführen.

2.2 Der Zuschlagsempfängerin stünden im Zusammenhang mit der Softwareanwendung zahlreiche urheberrechtsbezogene Rechte zu. Sie sei die einzige Marktteilnehmerin in Österreich, die in der Lage sei, die RISE with BBBB S/4HANA Cloud, Private Edition, angepasste Option gemeinsam mit BBBB Services und BBBB Secure Support Services zusammen anzubieten und zu erbringen. Bei den von Zuschlagsempfängerin im Rahmen des Vergabeverfahrens angebotenen Produkten handle es sich um von der BBBB -Unternehmensgruppe entwickelte – und individuell gestaltete Softwareanwendungen –, die nach österreichischer Rechtslage somit ab Entstehung urheberrechtlich geschützt seien. Ausschließlichkeitsrechte stünden somit lediglich der Zuschlagsempfängerin zu. Die Antragstellerin lege keine Rechte für die Erbringung dieser Leistungen vor. Sie besitze keine Lizenzen zur Erbringung dieser Leistungen. Sie sei kein „BBBB -Partner“. Es sei ihr nicht möglich, solche Lizenzen auf angemessene Weise zu erlangen. Die Auftraggeberin benötige aus betrieblichen Gründen diese Lösung. Aufgrund des gültigen IP-Schutzes könne das Vergabeverfahren ausschließlich von der Zuschlagsempfängerin erfüllt werden. Jede andere Lösung erweise sich als unzureichend im Vergleich zu den an den konkreten Auftraggeber maßgeschneiderten softwarebezogenen Softwareanwendungen und Dienstleistungen der Zuschlagsempfängerin. Die Einzigartigkeit des Systems der Auftraggeberin führe dazu, dass nur die Dienstleistungen der Zuschlagsempfängerin eine nahtlose Kompatibilität gewährleisten könnten, da alternative Software-Systeme nicht die notwendige Übereinstimmung mit dem bestehenden System des Auftraggebers böten. Somit liege kein Wettbewerb vor.

2.3 Laut Einsicht ins Firmenbuch sei die Antragstellerin als Kommanditgesellschaft organisiert und veröffentliche weder Jahresabschlüsse noch sonstige Informationen. Diese KMU-Struktur deute ebenfalls auf eine mangelnde Eignung insbesondere einen Mangel bei der technischen Leistungsfähigkeit hin. Die Antragstellerin bleibe jeden Nachweis schuldig, wie sie einen solchen Dienstleistungsaufwand zu erfüllen vermöge. Zudem fehle es seitens der Antragstellerin an jedem Nachweis eines Rechtes an den, den Vergabegegenstand bildenden, Softwareanwendungen. Der Feststellungsantrag sei zurück- in eventu abzuweisen. Die Zuschlagsempfängerin beantragt Akteneinsicht und führt zum Umfang der Akteneinsicht aus.

3. Am 26. Jänner 2024 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

4. Mit Schriftsatz vom 26. Jänner 2024 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zum Umfang der Akteneinsicht Stellung.

5. Am 1. Februar 2024 nahm die Antragstellerin Akteneinsicht.

6. Mit Schriftsatz vom 2. Februar 2024 nahm die Antragstellerin Stellung. Die Ausführungen der Zuschlagsempfängerin könnten die im Feststellungsantrag geltend gemachten Rechtswidrigkeiten nicht widerlegen, sondern bestätigten diese vielmehr. Es gebe vernünftige Alternativen und Ersatzlösungen, was für sich genommen die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bereits unzulässig mache. Die Auftraggeberin habe den Wettbewerb künstlich eingeschränkt. Sie stütze sich auf „Erklärungen“ der Zuschlagsempfängerin. Sie führte im Wesentlichen wie folgt aus:

6.1 Es sei zu hinterfragen, ob die langjährige Praxis der Zuschlagsempfängerin, Lizenzen für Unternehmenssoftwareanwendungen nicht zu erteilen, rechtskonform sei.

6.2 In der Bekanntmachung finde sich kein Hinweis auf eine angepasste Option. Eine nähere Darstellung fehle. Mit dieser Anpassung werde offensichtlich der Zweck verfolgt, eine Bekanntmachung des Vergabeverfahrens zu vermeiden, indem der Bieterwettbewerb künstlich eingeschränkt werde.

6.3 Ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung habe absoluten Ausnahmecharakter. Zu den technischen Gründen dürfte keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung bestehen. Der mangelnde Wettbewerb dürfe nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Vergabeverfahrens sein. Die „Ausschließlichkeitssituation“ dürfe nicht durch den Auftraggeber herbeigeführt worden sein.

6.4 Es lägen weder technische Gründe noch Ausschließlichkeitsrechte vor, welche die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung legitimieren würden. Darüber hinaus bestünden sehr wohl vernünftige Alternativen bzw Ersatzlösungen und habe die Auftraggeberin Leistungen, wie die Lieferung von Lizenzen, Lieferung von Cloud-Rechenzentrumsdiensten oder die Durchführung einer Migration, bei denen jeweils für sich genommen sehr wohl ein Bieterwettbewerb bestünde, unzulässigerweise gekoppelt, offenkundig in der Absicht, die Vergabe des Auftrags nicht bekanntmachen zu müssen. Die Auftraggeberin werde beweisen müssen, dass die Voraussetzungen der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung vorlägen. Technische Gründe lägen etwa dann vor, wenn es für einen anderen Unternehmer nahezu unmöglich sei, die geforderte Leistung zu erbringen oder es nötig sei, spezielles Wissen, spezielle Werkzeuge oder Hilfsmittel zu verwenden, die nur einem einzigen Unternehmer zur Verfügung stünden. Das Vorliegen komplexer und schwieriger Aufgaben alleine reiche nicht aus. Die Lieferung des Softwareprodukts „BBBB S/4HANA Cloud, Private Edition“ sei für andere Unternehmer keinesfalls unmöglich. Das gelte auch für Migrationsleistungen. Der mangelnde Wettbewerb habe seinen Ursprung somit keinesfalls in „technischen Gründen“, sondern vielmehr in einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Vergabeverfahrens durch die Auftraggeberin. Komplexe und schwierige Aufgaben reichten keinesfalls aus, um den fehlenden Wettbewerb zu begründen. Der Verweis auf weitere Dienstleistungen verdeutliche, dass die Zuschlagsempfängerin selbst nicht davon ausgehe, dass hier technische Gründe vorlägen, die einen Wettbewerb ausschließen. Ausdrücklich bestritten werde, dass der Einsatz „speziellen Know-Hows und spezieller IT-Tools, die ausschließlich der Zuschlagsempfängerin zur Verfügung stehen“ zur Erbringung der gegenständlichen Leistungen notwendig wäre. Wenn – wie die Zuschlagsempfängerin fälschlich ausführe – tatsächlich technische Gründe für den Ausschluss des Bieterwettbewerbs vorlägen, so hätte die Antragsgegnerin keine Entscheidungsfreiheit und könnte folglich auch keine „Entscheidung“ zugunsten der Zuschlagsempfängerin treffen. Zweckmäßigkeit und Annehmlichkeit seien keine Kategorien für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung. Die Auftraggeberin müsse Kriterien für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aufstellen. Der bloße Schutz von Ausschließlichkeitsrechten sei für die Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 206 Abs 1 Z 4 lit b BVerG 2018 gerade nicht ausreichend. Die Auftraggeberin könne sich nicht auf diese Ausnahme berufen, wenn Dritte über Lizenzen zur Nutzung verfügten oder solche erlangen könnten. Es gebe solche Unternehmen am Markt. Für die Migration und den Support seien keine solchen Lizenzen erforderlich. Die Wahl des Vergabeverfahrens diene nicht dem Schutz von Ausschließlichkeitsrechten, sondern sei die Nicht-Bekanntmachung die Folge davon, dass die Leistung nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden könne, weshalb kein Wettbewerb vorliege. Die Zuschlagsempfängerin sei nicht die einzige Marktteilnehmerin in Österreich sei, die in der Lage sei, die RISE with BBBB S/4HANA Cloud, Private Edition, angepasste Option gemeinsam mit BBBB Services und BBBB Secure Support Services zusammen anzubieten und zu erbringen, zumal keine Nachweise erbracht würden. Es werde ausdrücklich bestritten, dass das System der Antragsgegnerin derart einzigartig sei, dass nur ein einziges Unternehmen als Lieferant und Dienstleister in Betracht komme. Die gewählten Formulierungen legten nahe, dass mit der Gestaltung der Ausschreibung das Ziel verfolgt worden sei, Bieterwettbewerb auszuschließen. Das laut Zuschlagsempfängerin nicht mehr „zeitgemäße“ ERP-System der Auftraggeberin könne auch von anderen Unternehmen auf ein für die Antragsgegnerin adaptiertes System migriert werden. Die Migration wäre somit keinesfalls mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden und wäre aus Sicht der Antragsgegnerin jedenfalls als vergleichbar anzusehen. Ausdrücklich bestritten werde die „Einzigartigkeit“ und „Spezifität“ des bestehenden Systems der Auftraggeberin, da es sich eben schlicht um ein Standard-System handle. Die Auftraggeberin schreibe laufend Dienstleistungen in Zusammenhang mit dem System aus. Die Auftraggeberin habe offenbar unter Einbeziehung der Zuschlagsempfängerin eine unzulässige Gestaltung der Anforderungen der Ausschreibung im Sinne einer Leistungsbündelung vorgenommen. Insgesamt sei – sofern tatsächlich mangelnder Wettbewerb bestehe – dieser mangelnde Wettbewerb das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Vergabeverfahrens. Das Vorgehen der Antragsgegnerin sei daher rechtswidrig gewesen. Die Nicht-Bekanntmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei evident rechtswidrig gewesen. Die Voraussetzungen lägen nicht vor.

6.4 Es lägen weder technische Gründe noch Ausschließlichkeitsrechte vor, welche die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung legitimieren würden. Darüber hinaus bestünden sehr wohl vernünftige Alternativen bzw Ersatzlösungen und habe die Auftraggeberin Leistungen, wie die Lieferung von Lizenzen, Lieferung von Cloud-Rechenzentrumsdiensten oder die Durchführung einer Migration, bei denen jeweils für sich genommen sehr wohl ein Bieterwettbewerb bestünde, unzulässigerweise gekoppelt, offenkundig in der Absicht, die Vergabe des Auftrags nicht

bekanntmachen zu müssen. Die Auftraggeberin werde beweisen müssen, dass die Voraussetzungen der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung vorlägen. Technische Gründe lägen etwa dann vor, wenn es für einen anderen Unternehmer nahezu unmöglich sei, die geforderte Leistung zu erbringen oder es nötig sei, spezielles Wissen, spezielle Werkzeuge oder Hilfsmittel zu verwenden, die nur einem einzigen Unternehmer zur Verfügung stünden. Das Vorliegen komplexer und schwieriger Aufgaben alleine reiche nicht aus. Die Lieferung des Softwareprodukts „BBBB S/4HANA Cloud, Private Edition“ sei für andere Unternehmer keinesfalls unmöglich. Das gelte auch für Migrationsleistungen. Der mangelnde Wettbewerb habe seinen Ursprung somit keinesfalls in „technischen Gründen“, sondern vielmehr in einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Vergabeverfahrens durch die Auftraggeberin. Komplexe und schwierige Aufgaben reichten keinesfalls aus, um den fehlenden Wettbewerb zu begründen. Der Verweis auf weitere Dienstleistungen verdeutliche, dass die Zuschlagsempfängerin selbst nicht davon ausgehe, dass hier technische Gründe vorlägen, die einen Wettbewerb ausschlossen. Ausdrücklich bestritten werde, dass der Einsatz „speziellen Know-Hows und spezieller IT-Tools, die ausschließlich der Zuschlagsempfängerin zur Verfügung stehen“ zur Erbringung der gegenständlichen Leistungen notwendig wäre. Wenn – wie die Zuschlagsempfängerin fälschlich ausführe – tatsächlich technische Gründe für den Ausschluss des Bieterwettbewerbs vorlägen, so hätte die Antragsgegnerin keine Entscheidungsfreiheit und könnte folglich auch keine „Entscheidung“ zugunsten der Zuschlagsempfängerin treffen. Zweckmäßigkeit und Annehmlichkeit seien keine Kategorien für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung. Die Auftraggeberin müsse Kriterien für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aufstellen. Der bloße Schutz von Ausschließlichkeitsrechten sei für die Berufung auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 206, Absatz eins, Ziffer 4, Litera b, BVergG 2018 gerade nicht ausreichend. Die Auftraggeberin könne sich nicht auf diese Ausnahme berufen, wenn Dritte über Lizenzen zur Nutzung verfügten oder solche erlangen könnten. Es gebe solche Unternehmen am Markt. Für die Migration und den Support seien keine solchen Lizenzen erforderlich. Die Wahl des Vergabeverfahrens diene nicht dem Schutz von Ausschließlichkeitsrechten, sondern sei die Nicht-Bekanntmachung die Folge davon, dass die Leistung nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden könne, weshalb kein Wettbewerb vorliege. Die Zuschlagsempfängerin sei nicht die einzige Marktteilnehmerin in Österreich sei, die in der Lage sei, die RISE with BBBB S/4HANA Cloud, Private Edition, angepasste Option gemeinsam mit BBBB Services und BBBB Secure Support Services zusammen anzubieten und zu erbringen, zumal keine Nachweise erbracht würden. Es werde ausdrücklich bestritten, dass das System der Antragsgegnerin derart einzigartig sei, dass nur ein einziges Unternehmen als Lieferant und Dienstleister in Betracht komme. Die gewählten Formulierungen legten nahe, dass mit der Gestaltung der Ausschreibung das Ziel verfolgt worden sei, Bieterwettbewerb auszuschließen. Das laut Zuschlagsempfängerin nicht mehr „zeitgemäße“ ERP-System der Auftraggeberin könne auch von anderen Unternehmen auf ein für die Antragsgegnerin adaptiertes System migriert werden. Die Migration wäre somit keinesfalls mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden und wäre aus Sicht der Antragsgegnerin jedenfalls als vergleichbar anzusehen. Ausdrücklich bestritten werde die „Einzigartigkeit“ und „Spezifität“ des bestehenden Systems der Auftraggeberin, da es sich eben schlicht um ein Standard-System handle. Die Auftraggeberin schreibe laufend Dienstleistungen in Zusammenhang mit dem System aus. Die Auftraggeberin habe offenbar unter Einbeziehung der Zuschlagsempfängerin eine unzulässige Gestaltung der Anforderungen der Ausschreibung im Sinne einer Leistungsbündelung vorgenommen. Insgesamt sei – sofern tatsächlich mangelnder Wettbewerb bestehe – dieser mangelnde Wettbewerb das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Vergabeverfahrens. Das Vorgehen der Antragsgegnerin sei daher rechtswidrig gewesen. Die Nicht-Bekanntmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei evident rechtswidrig gewesen. Die Voraussetzungen lägen nicht vor.

6.5 Für die Antragslegitimation betreffend die Feststellung der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sei nicht der Nachweis erforderlich, dass der Antragsteller zum Zeitpunkt der Auftragserteilung über die geforderte Eignung verfügt habe. Die Antragstellerin führt zur Akteneinsicht aus und hielt ihre Anträge aufrecht.

7. Mit Schriftsatz vom 2. Februar 2024 nahm die Auftraggeberin Stellung. Darin bestritt sie das gesamte Vorbringen der Antragstellerin, sofern nicht ausdrücklich außer Streit gestellt, und führte nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen wie folgt aus.

7.1 Der Antragstellerin fehle die Antragslegitimation, weil ihr die technische Leistungsfähigkeit fehle und sie nicht in der Lage gewesen wäre, die vertragsgegenständlichen Leistungen zu erbringen.

7.2 Die Ausnahmetatbestände der § 206 Abs 1 Z 4 lit a und b BVergG 2018 seien erfüllt und die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zulässig gewesen. Die über Jahrzehnte gewachsene On-Premise-Lösung solle in eine BBBB -Cloud-Lösung transferiert werden. Diese solle die gesteigerten Anforderungen der Auftraggeberin an Skalierbarkeit, Effizienz und Flexibilität erfüllen. Zukünftige Features und Produkte würden nur mehr in BBBB RISE zur Verfügung stehen. Dazu dienten die vergebenen Leistungen. Die Auftraggeberin habe vor Durchführung des Vergabeverfahrens auch einen externen Dienstleister mit der Evaluierung der Möglichkeiten beauftragt. Dies habe ergeben, dass technische Besonderheit der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen feststünden. Dies beträfen aufgrund der IT-Security die individuelle Anpassung der Infrastruktur- und Applikationslandschaft von BBBB RISE in Form einer „Private Tailored Option“. Die Anpassung sei nötig, um verschiedene derzeit genutzte Anwendungen weiterhin nutzen zu können. Diese individuelle Lösung werde nur vom Hersteller angeboten. Dieser führe auch den Basisbetrieb durch. In Zusammenhang damit seien weitere Dienstleistungen wie Migration, Wartung und Weiterentwicklung zu erbringen. Es sei umfassendes Spezialwissen erforderlich, das nur die Zuschlagsempfängerin erbringen könne. Daraus ergebe sich, dass nur die Zuschlagsempfängerin die Leistungen erbringen könne. Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sei daher aus technischen Gründen erforderlich und sachlich gerechtfertigt. Es gebe auch keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung. Eine Umstellung auf ein anderes Produkt würde die Auftraggeberin vor unüberwindbare Schwierigkeiten stellen und sei vor dem Hintergrund der Wirtschaftlichkeit schlicht nicht möglich. Die Auftraggeberin sei nicht gezwungen, ein bestehendes und funktionierendes Altsystem über Bord zu werfen und ein neues Gesamtsystem zu beschaffen. Würde die „Software as a Service“-Lösung nicht beschafft werden können, müsse die bestehende Lösung stark erweitert werden. Die Auftraggeberin habe den Wettbewerb nicht künstlich eingeschränkt. Es handle sich um technische Besonderheiten, die einen Wettbewerb ausschlossen. Auch die externe Evaluierung habe ergeben, dass nur ein einziges Unternehmen über die für die Leistungserbringung erforderlichen Ausschließlichkeitsrechte verfüge. Den erforderlichen Eingriff in den Quellcode könne nur die Zuschlagsempfängerin vornehmen. Für die Version in der notwendigen Anpassung gebe es kein Partnernetzwerk der Zuschlagsempfängerin in Österreich. Ein solches bestehe nur für die allgemein verfügbare Variante der BBBB RISE, die jedoch nicht die spezifischen Anforderungen der Auftraggeberin erfülle. Ohne Rückgriff auf geschützte Leistungen würden sich unüberwindliche Schwierigkeiten ergeben. Es gebe am Markt keinen Wettbewerb. Da die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten, respektive des geistigen Eigentums, nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden könnten, sei der Ausnahmetatbestand des § 206 Abs 1 Z 4 lit b BVergG 2018 erfüllt. Die Auftraggeberin habe im Vorfeld eine Evaluierung durch externe Experten durchgeführt und die Gründe im Vergabevermerk dokumentiert. Die Auftraggeberin beantragte, den Feststellungsantrag zurück-, in eventu abzuweisen.

7.2 Die Ausnahmetatbestände der Paragraph 206, Absatz eins, Ziffer 4, Litera a und b BVergG 2018 seien erfüllt und die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zulässig gewesen. Die über Jahrzehnte gewachsene On-Premise-Lösung solle in eine BBBB -Cloud-Lösung transferiert werden. Diese solle die gesteigerten Anforderungen der Auftraggeberin an Skalierbarkeit, Effizienz und Flexibilität erfüllen. Zukünftige Features und Produkte würden nur mehr in BBBB RISE zur Verfügung stehen. Dazu dienten die vergebenen Leistungen. Die Auftraggeberin habe vor Durchführung des Vergabeverfahrens auch einen externen Dienstleister mit der Evaluierung der Möglichkeiten beauftragt. Dies habe ergeben, dass technische Besonderheit der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen feststünden. Dies beträfen aufgrund der IT-Security die individuelle Anpassung der Infrastruktur- und Applikationslandschaft von BBBB RISE in Form einer „Private Tailored Option“. Die Anpassung sei nötig, um verschiedene derzeit genutzte Anwendungen weiterhin nutzen zu können. Diese individuelle Lösung werde nur vom Hersteller angeboten. Dieser führe auch den Basisbetrieb durch. In Zusammenhang damit seien weitere Dienstleistungen wie Migration, Wartung und Weiterentwicklung zu erbringen. Es sei umfassendes Spezialwissen erforderlich, das nur die Zuschlagsempfängerin erbringen könne. Daraus ergebe sich, dass nur die Zuschlagsempfängerin die Leistungen erbringen könne. Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sei daher aus technischen Gründen erforderlich und sachlich gerechtfertigt. Es gebe auch keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung. Eine Umstellung auf ein anderes Produkt würde die Auftraggeberin vor unüberwindbare Schwierigkeiten stellen und sei vor dem Hintergrund der Wirtschaftlichkeit schlicht nicht möglich. Die Auftraggeberin sei nicht gezwungen, ein bestehendes und funktionierendes Altsystem über Bord zu werfen und ein neues Gesamtsystem zu beschaffen. Würde die „Software as a Service“-Lösung nicht beschafft werden können, müsse die bestehende Lösung stark erweitert werden. Die Auftraggeberin habe den Wettbewerb

nicht künstlich eingeschränkt. Es handle sich um technische Besonderheiten, die einen Wettbewerb ausschließen. Auch die externe Evaluierung habe ergeben, dass nur ein einziges Unternehmen über die für die Leistungserbringung erforderlichen Ausschließlichkeitsrechte verfüge. Den erforderlichen Eingriff in den Quellcode könne nur die Zuschlagsempfängerin vornehmen. Für die Version in der notwendigen Anpassung gebe es kein Partnernetzwerk der Zuschlagsempfängerin in Österreich. Ein solches bestehe nur für die allgemein verfügbare Variante der BBBB RISE, die jedoch nicht die spezifischen Anforderungen der Auftraggeberin erfülle. Ohne Rückgriff auf geschützte Leistungen würden sich unüberwindliche Schwierigkeiten ergeben. Es gebe am Markt keinen Wettbewerb. Da die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten, respektive des geistigen Eigentums, nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden könnten, sei der Ausnahmetatbestand des Paragraph 206, Absatz eins, Ziffer 4, Litera b, BVergG 2018 erfüllt. Die Auftraggeberin habe im Vorfeld eine Evaluierung durch externe Experten durchgeführt und die Gründe im Vergabevermerk dokumentiert. Die Auftraggeberin beantragte, den Feststellungsantrag zurück-, in eventu abzuweisen.

8. Mit Schriftsatz vom 12. Februar 2024 nahm die Antragstellerin Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus wie folgt:

8.1 Die Auftraggeberin gebe nicht an, wann sie die Zuschlagsempfängerin zur Angebotsabgabe aufgefordert habe. Bereits zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens müsse feststehen, dass dieses zulässig sei.

8.2 Da die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen nicht habe sehen können, kenne sie die von der Auftraggeberin geforderten Eignungskriterien nicht. Sie sei ein befugtes Unternehmen. Die Zuschlagsempfängerin weise auch keine darüber hinausgehenden Gewerbeberechtigungen auf. Der Nachweis, die Leistung zu Zeitpunkt der Auftragserteilung erbringen zu können, sei von der Antragstellerin nicht zu erbringen. Die Antragstellerin habe die Möglichkeit, die Leistung im Rahmen einer Bietergemeinschaft zu erbringen oder Subunternehmer heranzuziehen. Die Festlegung kritischer Leistungsteile sei nur beschränkt zulässig und bei einer Bietergemeinschaft ohne Bedeutung. Es liege eine unzulässige Kopplung von Leistungsteilen vor.

8.3 Die Auftraggeberin wäre verpflichtet gewesen, eine europaweite Markterkundung vorzunehmen. Der Verweis auf den externen Dienstleister zeige, dass sie das nicht gemacht habe. Die Auftraggeberin bleibe eine Erklärung schuldig, dass gerade die Zuschlagsempfängerin diese Anforderungen erfüllen könne. Es sei davon auszugehen, dass nicht nur sicherheitsrelevante Daten in die Cloud zu transferieren seien. Öffentliche Auftraggeber könnten verpflichtet sein, eine gänzliche Neubeschaffung gegenüber einer Ersatzbeschaffung vorzuziehen. Es stehe einem Auftraggeber somit gerade nicht frei, seinen Beschaffungsbedarf so zu gestalten, dass er Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen könne, indem er Leistungen primär von einem Unternehmen beziehe und sich so in dessen Abhängigkeit begeben. Es sei fraglich, wie weit das beschaffte Produkt überhaupt eine Cloud-Lösung sei. Die Zuschlagsempfängerin sei nicht die einzige Marktteilnehmerin in Österreich, die die Cloud-Lösung „BBBB RISE“ (Private Edition) anbieten und erbringen könne. Die Verbindung mit Dienstleistungen belege, dass die Ausschreibung offenbar mit dem Ziel, keinen Bieterwettbewerb aufkommen zu lassen, gestaltet worden sei, zumal die Weiterentwicklung kundenspezifischer Aspekte typischerweise durch den Kunden selbst (oder durch Partner) erfolge. Es gebe zahlreiche Unternehmen am Markt, die über Rechte an BBBB -Produkten verfügten. Für einen Teil der Leistung seien keine Lizenzen erforderlich. Es sei kein Eingriff in den Quellcode erforderlich, jedenfalls nicht für alle Leistungen. Die Auftraggeberin hätte den Bieterwettbewerb wenigstens für jene Leistungen öffnen müssen, für die keine Lizenzen erforderlich seien. Die Antragstellerin hielt ihre Anträge aufrecht.

9. Mit Schriftsatz vom 12. Februar 2024 nahm die Zuschlagsempfängerin Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass der Antragstellerin offensichtlich die Antragslegitimation fehle. Die Zuschlagsempfängerin sei das einzige Unternehmen, das die Anforderungen der Auftraggeberin in Bezug auf das vorhandene Vergabeverfahren technisch und rechtlich erfüllen könne. Es gehe um eine technisch überaus aufwendige Softwareanwendungslösung. Die speziellen Anforderungen seien bereits dargestellt worden. Es sei nicht stichhaltig, dass ein Unternehmen mit drei Mitarbeitern diese Leistungen erbringen könne. Das Umstellen auf eine alternative Softwarelösung sei schlicht unmöglich. Unstrittig erteile die Zuschlagsempfängerin Softwarelizenzen für zahlreiche Softwarelösungen, nicht jedoch für die konkrete IT-Anwendung. Die Antragstellerin sei nicht BBBB -Partnerin und verfüge über keinerlei Lizenzen oder Vertriebsrechte. Die Ausschließlichkeitsrechte bezögen sich spezifisch auf die IT-Lösung, die für das Vergabeverfahren von Relevanz sei. Die Ausführungen der Antragstellerin bezögen sich auf ein anderes Produkt, die On-Premise-Lösung. Für die Cloud-Lösung seien Lizenzen erforderlich. Sie unterlägen dem Urheberrechtsschutz. Gegenständlich sei eine

Cloud-Lösung und keine On-Premise-Lösung, weshalb die Ausführungen der Antragstellerin zu Alternativen oder Ersatzlösungen nicht nachvollziehbar seien. Ausschreibungsgegenständlich sei ein sehr spezifisches Produkt, das einer Lizenz der Zuschlagsempfängerin unterliege. Der Feststellungsantrag sei zurück-, in eventu abzuweisen.

10. Mit Schriftsatz vom 13. Februar 2024 nahm die Auftraggeberin Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass sie im Vorfeld der Ausschreibung ihren Bedarf intern und durch Beiziehung einer externen Expertin evaluieren habe lassen. Dies habe ergeben, dass die Standard-Variante die Anforderungen der Auftraggeberin nicht erfülle. Diese erfülle nur die angepasste Variante, die auf europäischer Ebene in Österreich ausschließlich von der Zuschlagsempfängerin angeboten werde. Die festgelegte Mindestanforderung der „Private Tailored Option“ stelle daher keine künstliche Einschränkung dar, sondern gebe den individuellen Bedarf der Auftraggeberin wieder. Die Standard-Version würde die Auftraggeberin eine Vielzahl von Applikationen nicht mehr nutzen lassen. Ohne Eingriffsmöglichkeit in die Netzwerkarchitektur müsse eine gänzlich andere IT-Security-Lösung ausgearbeitet werden. Die Auftraggeberin habe vor der Durchführung des Vergabeverfahrens nach interner Evaluierung ihres Bedarfs die Entscheidung getroffen, die benötigten Cloudleistungen gemeinsam mit den in Zusammenhang stehenden Dienstleistungen zu beschaffen. Eine Trennung der Leistungen in Migrationsdurchführung, Lizenz-/Subscription-Bereitstellung und BBBB -Basisbetriebsleistungen sei in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht aufgrund der viel zu hohen Risiken nicht möglich. Es bedürfe einer klaren Letztverantwortung durch den Betreiber des Basissystems, der aufgrund von Ausschließlichkeitsrechten nur der Hersteller sein könne. Durch eine Beauftragung mehrerer Auftragnehmer entstünde eine Vielzahl von Schnittstellen und unterschiedlichen Abhängigkeiten. Die Beschaffung betreffe entgegen der Ansicht der Antragstellerin kein Standard-Produkt, das von vielen Unternehmen geliefert werden könne, und keine Standard-Dienstleistungen, die von vielen Unternehmen erbracht werden könnten. Der Verweis auf Ausschreibungen anderer öffentlicher Auftraggeber sei wegen der Spezifität der beschafften Leistungen verfehlt. Im Zuge der umfassenden Nachforschungen am Markt sei ua die Auskunft der Zuschlagsempfängerin vom 19. Dezember 2023 erfolgt. Gleichzeitig habe die Auftraggeberin Anfragen an eine Reihe anderer Marktteilnehmer gestellt. Die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sei rechtmäßig erfolgt. Die Auftraggeberin beantragt, den Feststellungsantrag zurück-, in eventu abzuweisen.

11. Mit Schriftsatz vom 16. Februar 2024 ersuchte die Antragstellerin um eine Verlegung der für 1. März 2024 anberaumten mündlichen Verhandlung, weil ihr Geschäftsführer an diesem Tag eine Operation habe. Dieser Vertagungsbitte kam das Bundesverwaltungsgericht nach.

12. Mit Schriftsatz vom 20. Februar 2024 nahm die Antragstellerin erneut Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung eine Ausnahme darstelle. Die Vergabe aller Leistungen an die Zuschlagsempfängerin stelle eine Abhängigkeit von der Zuschlagsempfängerin im Bereich der kritischen Infrastruktur dar. Der hohe technische Aufwand wäre für die Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gerade nicht ausreichend, genauso wenig wie „technische Besonderheiten“. Es sei nicht davon auszugehen, dass sich alle in die Cloud zu transferierenden Inhalte auf die kritische Infrastruktur beziehen. Anzuzweifeln sei auch die „Unmöglichkeit“ der Umstellung auf eine alternative Softwarelösung. Es sei nicht von einem „Alles-oder-Nichts-Ansatz“ auszugehen, zumal nicht nur die Software-Lösung, das Produkt selbst, sondern auch damit zusammenhängende Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben worden seien. Die von der Zuschlagsempfängerin ins Treffen geführte „Unmöglichkeit“ könne die Vergaberechtswidrigkeit des Vorgehens der Antragsgegnerin somit nicht sanieren, da selbst im Falle einer derartigen – bestrittenen – Unmöglichkeit jedenfalls die zusammenhängenden Dienstleistungen einem Bieterwettbewerb geöffnet hätten werden können. Die Ausführungen der Zuschlagsempfängerin zu den Ausschließlichkeitsrechten seien irreführend. Bei der Erteilung von Lizenzen sei zu fragen, ob die Zuschlagsempfängerin nicht aus wettbewerbsrechtlichen Gründen Lizenzen vergeben müsse. Dienstleistungen für „On-Premise-Lösungen“ würden durch dritte Unternehmen am Markt erbracht. Es bleibe unklar, weshalb dies bei „Cloud-Lösungen“ in Zukunft nicht möglich sein solle, zumal das zugrundeliegende Produkt das selbe bleibe. Vom Vergabeverfahren erfasste Dienstleistungen setzten teilweise keine Lizenzen voraus. Es gebe vernünftige Alternativen oder Ersatzlösungen. Die Auftraggeberin habe sich schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens auf ein bestimmtes Produkt festgelegt. Es sei nicht plausibel, dass es nur ein Produkt gebe, das die Anforderungen der Auftraggeberin erfülle. Offensichtlich habe die Auftraggeberin keine Markerkundung durchgeführt, sondern nur mit einem externen Dienstleister gesprochen. Um nicht auf einen Teil der Funktionalität verzichten zu müssen, hätte die Auftraggeberin ein Vergabeverfahren mit

europaweiter Bekanntmachung durchführen müssen. Bei der Entscheidung über eine Losvergabe müsse die Auftraggeberin auch die Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen beachten. Die Auftraggeberin vermische die Fragen der Zulässigkeit der Gesamt- oder Teilvergabe mit der Zulässigkeit der Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung. Die Auftraggeberin überschreite ihren Ermessensspielraum, wenn sie beabsichtige, durch eine Gesamtvergabe die Anwendbarkeit vergaberechtlicher Bestimmungen zu verhindern oder zu behindern. Es sei nicht nachvollziehbar, dass die Beauftragung mehrerer Unternehmen zu einer Gefahr des Ausfalls kritischer Bahninfrastruktur führe. Das hohe zeitliche Risiko bei Beauftragung mehrerer Unternehmer sei angesichts der Verlängerung des Wartungsvertrags bis 2040 nicht nachvollziehbar. Das Schnittstellenthema könne die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht rechtfertigen. Der Verweis auf die nationale kritische Infrastruktur könne ebenfalls nicht verfangen. Die Anfrage bei der Zuschlagsempfängerin sei am 19. Dezember 2023 erfolgt, die Zuschlagserteilung am 22. Dezember 2023. Die Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sei, bei sonstiger Rechtswidrigkeit, vor Einleitung des Vergabeverfahrens unzweifelhaft zu klären. Der Zeitraum sei zu kurz, um ein Verhandlungsverfahren durchzuführen. Eher sei anzunehmen, dass sich die Auftraggeberin bei der Zuschlagsempfängerin kurz vor Zuschlagserteilung absichern habe wollen, weil ihr offenbar Zweifel an ihrem Vorgehen gekommen seien. Es sei unplausibel, dass die Auftraggeberin gleichartige Anfragen bei anderen Unternehmen gemacht habe. Die Antragstellerin hielt ihre Anträge aufrecht.

13. Mit Schriftsatz vom 20. Februar 2024 nahm die Zuschlagsempfängerin Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin Software as a Service Cloud Produkte mit On-Premise-Produkten vergleiche. Dieser Vergleich sei substanzlos. Die Antragstellerin greife auf Quellen zurück, die keine Aussage liefern könnten. Bei der von der Antragstellerin genannten Variante „RISE with BBBB S/4HANA® Cloud, Private Edition, Tailored Option for Customer Data Center“ kaufe die Zuschlagsempfängerin die für den Betrieb erforderliche Hardware und installiere sie im Rechenzentrum des Kunden. Das unterscheide sich von der vergebenen Cloud-Lösung, die auch ein langsames Hochfahren erlaube. Diese Lösungen seien nicht vergleichbar. Die Zuschlagsempfängerin beantragt, den Feststellungsantrag zurück-, in eventu abzuweisen.

14. Mit Schriftsatz vom 27. Februar 2024 nahm die Zuschlagsempfängerin erneut Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die jüngste Erwiderung der Antragstellerin eine Wiederholung des bisher Vorgebrachten darstelle und keine weiteren Argumente oder Informationen von Bedeutung biete, die es wert wären, angesprochen zu werden. Wie bereits von der Zuschlagsempfängerin ausführlich dargelegt, sei die Sachlage eindeutig, die Auftraggeberin sei berechtigt gewesen, ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchzuführen. Die Zuschlagsempfängerin beantragt, den Feststellungsantrag zurück-, in eventu abzuweisen.

15. Mit Schriftsatz vom 28. Februar 2024 nahm die Antragstellerin erneut Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass es relevant sei, dass die Auftraggeberin derzeit eine „On-Premise-Lösung“ nutze, um den Beschaffungsbedarf zu evaluieren. Der Vertrag erlaube nach der Website der Zuschlagsempfängerin einem Kunden im Voraus weniger zu bezahlen und verpflichtete zur einer zeitlichen Bindung. Bei vorzeitiger Kündigung müsse der Kunde den vollen Preis zahlen. Es sei davon auszugehen, dass dieser Vertrag zur Anwendung komme. Das Bundesverwaltungsgericht müsse diese für die Auftraggeberin nachteilige Vertragsstruktur und die Laufzeit prüfen. Angesichts des langsamen Hochfahrens sei die geltend gemachte Dringlichkeit zu hinterfragen. Es sei zu klären, ob die Auftraggeberin die „Tailored Option for Customer Data Center“ geprüft habe. Verwiesen werde auf eine parlamentarische Anfrage vom 31. Jänner 2024, in der einige Aspekte der gegenständlichen Auftragsvergabe angesprochen würden. Es würden Fragen zur Erbringung der Leistung durch andere Unternehmer, die Art der Erbringung der Leistung, zum Bieterwettbewerb, nach der substantiierten Markterkundung und zu vernünftigen Alternativen gestellt. Es zeige sich, dass nicht nur die Antragstellerin Bedenken im Hinblick auf die vergaberechtliche Zulässigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung hege. Die Antragstellerin hielt ihre Anträge aufrecht.

16. Mit Schriftsatz vom 20. März 2024 nahm die Auftraggeberin Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin nicht in der Lage sei, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Sie stellte als Verwendungszweck die Hauptkomponenten dar, die vom aktuellen sowie dem zukünftigen System erbracht würden. Weiters seien näher bezeichnete konkrete Anwendungen, Programme und Daten, die im System verarbeitet würden. Sie führte zur Sensibilität und Verfügbarkeit der verarbeiteten Daten aus. Die aktuelle „On-Premise“-Lösung wurde dargestellt. Zur Kritikalität wurde ausgeführt. Die Angaben sollten wegen des Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen von der Akteneinsicht ausgenommen werden. Die von der Antragstellerin zitierten Bestimmungen des BVergG 2018 seien

gegenständlich nicht anwendbar. Die Befugnis der Antragstellerin alleine sei nicht ausreichend. Es müsse auch die technische Leistungsfähigkeit vorliegen. Nach Evaluierung des Marktes durch einen externen Dienstleister habe die Auftraggeberin an mehrere europäische, grenzüberschreitend tätige Marktteilnehmer gestellt, um zu ermitteln, ob diese zur Leistungserbringung in der Lage seien. Die Auftraggeberin habe das Vorliegen für die Zulässigkeit der Beschaffung im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung und das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands iSd § 206 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 jedenfalls vor der Aufforderung zur Angebotslegung zweifelsfrei geklärt. Sie habe weiters mehrere Erklärungen der Zuschlagsempfängerin eingeholt. Die Auftraggeberin könne nicht dazu verpflichtet werden, eine Neubeschaffung gegenüber einer Ersatzbeschaffung in Betracht zu ziehen. Nur das gewählte Produkt erfülle die Anforderungen der Auftraggeberin. Die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen durch ein dazu befugtes Unternehmen „nachbauen und betreiben zu lassen“, grenze an Absurdität. Dies wäre rechtlich und technisch problematisch und würde erheblich mehr Zeit in Anspruch nehmen. Es genüge, dass es einem anderen Unternehmer nahezu unmöglich sei, die Leistung zu erbringen. Die Markterkundung habe ergeben, dass auch andere Unternehmen nicht zeitgerecht in der Lage seien, die benötigten Leistungen im Sinne eines „Nachbaus“ zu erbringen. Die erhöhten Sicherheitsanforderungen seien nicht nur bei der Migration, sondern auch beim Betrieb einzuhalten. Die Tätigkeiten, bei denen keine Lizenzen erforderlich seien, könnten nicht von den Kernaufgaben getrennt werden. Der Ausnahmetatbestand könne auch auf Leistungen angewandt werden, für die die Voraussetzungen nicht vorlägen, wenn für den gesamten Auftragsgegenstand die Voraussetzungen vorlägen. Die Zuschlagsempfängerin sei nur bereit, die Leistungen in einem Gesamtpaket zu erbringen. Die Auftraggeberin beantragt, den Feststellungsantrag zurück-, in eventu abzuweisen.¹⁶ Mit Schriftsatz vom 20. März 2024 nahm die Auftraggeberin Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin nicht in der Lage sei, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Sie stellte als Verwendungszweck die Hauptkomponenten dar, die vom aktuellen sowie dem zukünftigen System erbracht würden. Weiters seien näher bezeichnete konkrete Anwendungen, Programme und Daten, die im System verarbeitet würden. Sie führte zur Sensibilität und Verfügbarkeit der verarbeiteten Daten aus. Die aktuelle „On-Premise“-Lösung wurde dargestellt. Zur Kritikalität wurde ausgeführt. Die Angaben sollten wegen des Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen von der Akteneinsicht ausgenommen werden. Die von der Antragstellerin zitierten Bestimmungen des BVergG 2018 seien gegenständlich nicht anwendbar. Die Befugnis der Antragstellerin alleine sei nicht ausreichend. Es müsse auch die technische Leistungsfähigkeit vorliegen. Nach Evaluierung des Marktes durch einen externen Dienstleister habe die Auftraggeberin an mehrere europäische, grenzüberschreitend tätige Marktteilnehmer gestellt, um zu ermitteln, ob diese zur Leistungserbringung in der Lage seien. Die Auftraggeberin habe das Vorliegen für die Zulässigkeit der Beschaffung im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung und das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands iSd Paragraph 206, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 jedenfalls vor der Aufforderung zur Angebotslegung zweifelsfrei geklärt. Sie habe weiters mehrere Erklärungen der Zuschlagsempfängerin eingeholt. Die Auftraggeberin könne nicht dazu verpflichtet werden, eine Neubeschaffung gegenüber einer Ersatzbeschaffung in Betracht zu ziehen. Nur das gewählte Produkt erfülle die Anforderungen der Auftraggeberin. Die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen durch ein dazu befugtes Unternehmen „nachbauen und betreiben zu lassen“, grenze an Absurdität. Dies wäre rechtlich und technisch problematisch und würde erheblich mehr Zeit in Anspruch nehmen. Es genüge, dass es einem anderen Unternehmer nahezu unmöglich sei, die Leistung zu erbringen. Die Markterkundung habe ergeben, dass auch andere Unternehmen nicht zeitgerecht in der Lage seien, die benötigten Leistungen im Sinne eines „Nachbaus“ zu erbringen. Die erhöhten Sicherheitsanforderungen seien nicht nur bei der Migration, sondern auch beim Betrieb einzuhalten. Die Tätigkeiten, bei denen keine Lizenzen erforderlich seien, könnten nicht von den Kernaufgaben getrennt werden. Der Ausnahmetatbestand könne auch auf Leistungen angewandt werden, für die die Voraussetzungen nicht vorlägen, wenn für den gesamten Auftragsgegenstand die Voraussetzungen vorlägen. Die Zuschlagsempfängerin sei nur bereit, die Leistungen in einem Gesamtpaket zu erbringen. Die Auftraggeberin beantragt, den Feststellungsantrag zurück-, in eventu abzuweisen.

17. Mit Schriftsatz vom 22. März 2024 „ernannte“ die Zuschlagsempfängerin eine Auskunftsperson für die mündliche Verhandlung am 26. März 2024.

18. Mit Schriftsatz vom 25. März 2024, beim Bundesverwaltungsgericht am 26. März 2024 eingelangt, nahm die Antragstellerin erneut Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass nicht nachvollziehbar sei, dass sich die aktuellen Systeme der Auftraggeberin in keinem BBBB -Standard-Cloudmodell abbilden ließe. Der Antragstellerin seien die Eignungskriterien nicht bekannt. Die Angebotsfrist diene zur Herstellung der Eignung. Die Erklärungen der

Zuschlagsempfängerin könnten nicht die Wahl des Vergabeverfahrens begründen. Es sei denkunmöglich, dass die Auftraggeberin die Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung vor dem 19. Dezember 2023 geklärt habe. Angesichts des komplexen Leistungsgegenstands sei die Durchführung des Vergabeverfahrens innerhalb von zwei Tagen undenkbar. Der Auftraggeber müsse die Zulässigkeit des Vergabeverfahrens vor dessen Einleitung klären. Die Klärung durch CCCC erfülle nicht die Vorgaben für eine europaweite Markterkundung. Es habe eine Vermischung von Markterkundung und Vergabeverfahren stattgefunden. Es sei unklar, ob die genannten Gespräche überhaupt stattgefunden hätten. Es bestehe ein Bieterwettbewerb. Die Auftraggeberin könne die Leistungen aufteilen und müsse sie nicht verbinden. Die Auftraggeberin hätte das Betreiben von Rechenzentren dem Bieterwettbewerb öffnen müssen. Es sei nicht zulässig, die Leistungen nur als Gesamtpaket zu vergeben. Es habe seitens der Auftraggeberin getrennte Vergaben gegeben. Bereits im September 2023 sei die beabsichtigte Vergabe erkennbar gewesen. Die Antragstellerin hielt ihre Anträge aufrecht.

19. Am 26. März 2024 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Sie hatte folgenden Verlauf:

„ DDDD , Rechtsvertreter der Antragstellerin: Die Antragstellerin ist Antragstitlegtimiert. Im Gegensatz des Vorbringens der Antragsgegnerin wonach die Antragstellerin kein Cloudprovider sei, ist ein antragslegitimierter Antragsteller in seinem Vorbringen nicht beschränkt. Der Verfahrensgegenstand wird lediglich durch die vorgetragenen Beschwerdepunkte begrenzt. Verwiesen wird auf VwSlg 17842a/2010. Bloß geringfügige Leistungen die einem Bieterwettbewerb zugänglich sind, dürfen nicht in einem Verfahren ohne Bekanntmachung hineingezogen werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH dürfen die in der Vergaberichtlinie nicht so ergänzt werden, dass die Bekanntgabe ohne Verfahren erleichtert wird. Ich verweise auf EuGH C-84/03 Kommission/Spanien.

EEEE , Rechtsvertreter der Auftraggeberin: Wir bestreiten dies und bringen vor, dass die Antragslegitimation nicht gegeben ist, weil das Feststellungsverfahren dazu nicht dient, abstrakte Rechtsfragen zu beantworten und die Antragstellerin nicht technisch leistungsfähig ist.

FFFF , Rechtsvertreterin der Zuschlagsempfängerin: Wir verweisen auf das bisherige Vorbringen.

GGGG , Vorstand der Auftraggeberin: Für uns war es eine strategische Entscheidung, in die Cloud zu gehen. Punkt eins, wir haben dort eine Skalierbarkeit, eine Möglichkeit zu Skalieren was die Infrastruktur betrifft, die wir so im lokalen Rechenzentrum nicht haben. Es geht um das Kaufen und Erneuern von Hardware, teilweise auch sehr kurzfristig. Wir haben dort oft Peaks, eine höhere Nutzung, über einen sehr kurzen Zeitraum, den wir im Rechenzentrum nur bedingt ausgleichen können, aber in der Cloud sehr schnell durch die entsprechende Skalierbarkeit nutzen können. Des weiteren haben wir in der Cloud natürlich bei den jeweiligen Anbietern sehr viel mehr Ressourcen, die sich mit der Infrastruktur auskennen und Know-How haben und eben auch eine entsprechende Skalierbarkeit haben. Durch das, dass die Cloud-Anbieter sehr viele Kunden servizieren, ist davon auszugehen, dass die Sicherheitsmechanismen und Expertise vorhanden sind. Dies sind zwei Gründe, warum wir strategisch in die Cloud gehen. Bezogen auf BBBB RISE wechseln wir deshalb in die Cloud, weil wir dort die Innovation bekommen, auch langfristig, welche wir brauchen, um als Unternehmen erfolgreich zu sein. Denn laut Softwarehersteller BBBB wird Innovation nur mehr in Cloud Umfeld stattfinden. Das heißt, wir müssen sicherstellen, dass wir langfristig denken und in zukünftige Technologien investieren und damit auch in BBBB RISE.

HHHH , Mitarbeiter der Auftraggeberin: Die Situation, dass wir mit unseren Ressourcen On-Premise am Limit bzw. nahezu ausgeschöpft sind. Sprich, wir überlegen mussten, was wir als nächstes tun können. Zusätzlich haben wir uns überlegt, entweder Infrastruktur On-Premise neu zu kaufen oder an der Stelle in die Zukunft zu schauen und uns an neuen Produkten orientieren wollen. Da ist die Situation, dass wir Produkte im Einsatz haben, die älter und so in Cloud-Systemen nicht mehr verfügbar sind. Sprich, wir haben Systeme im Einsatz, die sehr zeitnah bzw. demnächst aus der Wartung laufen und wir uns entscheiden können, entweder in Vorprojekte zu investieren und damit einhergehen würden, zusätzlich Ressourcen und neue Projekte ermöglichen können oder mit einem Schritt sämtliche Komponenten in die Cloud bringen und dort die direkte Anforderung der Alt-Systeme zu mitigieren.

GGGG : Die BBBB Landschaft der ÖBB ist historisch gewachsen, ist aber auch businesskritisch. Wir zahlen die Gehälter von 45.000 MitarbeiterInnen und 90.000 PensionistInnen. Für uns war es wichtig und risikominimierend, mit dem Softwarepartner nicht nur eine Lizenzvereinbarung einzugehen, sondern mit dem Migrationspaket eine Gesamtleistung abzurufen und somit BBBB auch in die Verantwortung miteinzunehmen, was die Migration betrifft.

Wir sind uns der Risiken bewusst. In der CCCC Studie sind diese Risiken angesprochen und bereits mitigiert, dort wo möglich. Natürlich obliegt es mir auch als IT-Verantwortlichen gewisse Risiken bewusst einzugehen. Wir haben jedoch Sorge getragen, dass wir diese möglichst klein halten. BBBB ist seit Jahrzehnten ein Geschäftspartner der Auftraggeberin, daher gibt es laufend Gespräche. IIII ist ein Verkäufer, weshalb neue Produkte dabei zur Sprache kamen. Vor Aufnahme der Gespräche gab es keine Markterkundung. Zu einem späteren Zeitpunkt gab es Gespräche mit anderen Marktteilnehmern.

EEEE : Es wurde geprüft, ob die Leistung im Wege der BBBB Vertriebspartner erbracht werden kann. Es geht in erster Linie um Lizenzen. Das Ergebnis der Prüfung war, dass es hier keine Vertriebspartner gibt, dies diese Lizenzen in Österreich vertreiben dürfen.

IIII , Mitarbeiter der Zuschlagsempfängerin: Es gibt sozusagen drei Abstufungen von der Cloud. Die Public-Cloud, hier sind die Prozesse vorgegeben und sehr standardisiert. Dann gibt es die Private-Cloud, dass ist, was auch über Partnernetze vertrieben werden kann und ist auch eine Standardlösung, die schon etwas mehr angepasst werden kann. Und letztlich die Tailored-Cloud, hier hat man die Innovationen, die neuen Lösungen dies es in der Cloud gibt, aber man kann auch die Lösungen übernehmen, die es bereits gibt. Diese Lösungen werden technisch angehoben, damit sie in der Cloud funktionieren. Bei komplexen Unternehmen wie der ÖBB muss man die Dinge zusammenpacken, damit es funktioniert. Diese bieten wir nur im Direktvertrieb an. Die Logik ist eigentlich auch selbsterklärend. Man ist relativ tief im Cloud-System drinnen. Die Lizenz wird nicht an dritte verteilt. Die hohe Flexibilität, welche solch ein großes Unternehmen braucht bieten wir nur im Direktvertrieb an. Dies ist eine generelle Unternehmenspolitik von BBBB . Die einfache Erklärung ist, dass diese BBBB Landschaften tatsächlich recht kompliziert ist. Man kann es nicht mit einem Office, wo alles gleich ist, vergleichen. In den verschiedenen Systemen ist es verknüpft. Das System ist hochkompliziert, weshalb sich die XXXX vorbehält, dieses am Markt anzubieten. IIII , Mitarbeiter der Zuschlagsempfängerin: Es gibt sozusagen drei Abstufungen von der Cloud. Die Public-Cloud, hier sind die Prozesse vorgegeben und sehr standardisiert. Dann gibt es die Private-Cloud, dass ist, was auch über Partnernetze vertrieben werden kann und ist auch eine Standardlösung, die schon etwas mehr angepasst werden kann. Und letztlich die Tailored-Cloud, hier hat man die Innovationen, die neuen Lösungen dies es in der Cloud gibt, aber man kann auch die Lösungen übernehmen, die es bereits gibt. Diese Lösungen werden technisch angehoben, damit sie in der Cloud funktionieren. Bei komplexen Unternehmen wie der ÖBB muss man die Dinge zusammenpacken, damit es funktioniert. Diese bieten wir nur im Direktvertrieb an. Die Logik ist eigentlich auch selbsterklärend. Man ist relativ tief im Cloud-System drinnen. Die Lizenz wird nicht an dritte verteilt. Die hohe Flexibilität, welche solch ein großes Unternehmen braucht bieten wir nur im Direktvertrieb an. Dies ist eine generelle Unternehmenspolitik von BBBB . Die einfache Erklärung ist, dass diese BBBB Landschaften tatsächlich recht kompliziert ist. Man kann es nicht mit einem Office, wo alles gleich ist, vergleichen. In den verschiedenen Systemen ist es verknüpft. Das System ist hochkompliziert, weshalb sich die römisch 40 vorbehält, dieses am Markt anzubieten.

FFFF : Es ist eine unternehmenspolitische Entscheidung.

Die Verhandlung wird um 11.38 Uhr unterbrochen.

Die Antragstellerin und die Zuschlagsempfängerin verlassen den Verhandlungssaal. Über die fortgesetzte Verhandlung werden die Verhandlungsschriften OZ 43 und OZ 44 errichtet.

Fortsetzung der Verhandlung um 13.06 Uhr.

Die Antragstellerin und die Zuschlagsempfängerin betreten den Verhandlungssaal.

Mag. REISNER (RICHTER): In der Verhandlung mit der ÖBB wurde der Ablauf der Auftragsvergabe im Detail besprochen, insbesondere wurden die detaillierten Anforderungen der ÖBB auch innerhalb des Konzerns und die Abschätzung von Risiken erörtert. Ebenso wurden aktuelle Notwendigkeiten besprochen, um den derzeit laufenden Betrieb weiterzuführen. Das beinhaltet insbesondere dringende Investitionen. Ebenso wurde erörtert, welche Applikationen in die Cloud transferiert werden sollen. Genannt wurden Gespräche mit anderen Marktteilnehmern über deren Möglichkeiten, derartige Leistungen anzubieten. Dabei gab sich keine Möglichkeit. Besprochen wurde auch der Umstand, warum die Leistungen wie geschehen gemeinsam vergeben wurden. Dies diente zur Risikominimierung.

Mit der BBBB wurden technische Aspekte der vergebenen Lösung erörtert, die spezielle Anforderungen an das einzurichtende System gezeigt haben. Nicht zuletzt spielt die Größe des Betriebes der ÖBB dabei eine Rolle. Schließlich spielen auch die Anforderungen durch NIS 2 eine Rolle für die Ausgestaltung des Systems.

DDDD : Ich möchte darauf hinweisen, dass gerade die Bündelung der Leistungen vergaberechtlich kritisch zu sehen bzw. unzulässig sind.

JJJJ , Geschäftsführer der Antragstellerin: Die Idee, mich als Bieter bewerben zu wollen war im Rahmen einer Bietergemeinschaft. Der Ausschreibungsgegenstand uns nicht klargemacht wurde, wurde die Bietergemeinschaft auch nicht errichtet. Für die spezifische Cloud-Erstellung und Betrieb werden Partnerunternehmen gefunden. Unser Part wäre die Netzwerk- und Sicherheitsarchitektur. Für die BBBB Dienstleistung sind nur gewisse Cloud-Anbieter zertifiziert. Der Umsatz beträgt etwa brutto 650.000 Euro pro Jahr.

DDDD : Bezüglich der parlamentarischen Anfrage wollten wir nur darauf hinweisen, dass es in den Medien präsent war. Es war auf der Standard-Homepage zu finden.

EEEE : Die bloße Behauptung, eine Bietergemeinschaft bilden zu wollen, genügt unter Verweis auf VwGH Ra 2017/04/0010 zum Nachweis der Antragslegitimation nicht.

Die Parteien bringen nichts mehr vor.

Der vorsitzende Richter erklärt das Ermittlungsverfahren gemäß § 39 Abs 3 AVG iVm § 333 BVergG wegen Entscheidungsreife für geschlossen.“Der vorsitzende Richter erklärt das Ermittlungsverfahren gemäß Paragraph 39, Absatz 3, AVG in Verbindung mit Paragraph 333, BVergG wegen Entscheidungsreife für geschlossen.“

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogenrömisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen

1.1 Die ÖBB – Business Competence Center GmbH hat den Lieferauftrag im Oberschwabenbereich mit der Bezeichnung „ BBBB RISE Subscription und Migration“ in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung an die Zuschlagsempfängerin vergeben. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.2 Die Auftraggeberin muss die Kapazitäten ihres Rechenzentrums erweitern und müsste im Fall der Erweiterung des eigenen Rechenzentrums erhebliche Investitionen in Hard- und Software tätigen. (Aussage von GGGG in der mündlichen Verhandlung)

1.3 Die Leistungen sind die Migration derzeit laufender Anwendungen vom Rechenzentrum der Auftraggeberin in eine Cloud, die die Zuschlagsempfängerin betreibt. Die bisherigen Softwarelizenzen sollen durch eine „Software as a Service“ Lösung ersetzt werden, bei der die Software für die Dauer der Laufzeit des Vertrags gemietet wird. Ua erfolgt die Lohn- und Personalverwaltung für etwa 45.000 Mitarbeiter und 90.000 Pensionisten. Die Zuschlagsempfängerin stellt das Rechenzentrum und die darauf laufende Software zur Verfügung und leistet Support. Daneben sind Leistungen wie die Migration in die Cloud vom Auftrag erfasst. (Auskünfte der Auftraggeberin; Aussagen von GGGG in der mündlichen Verhandlung)

1.4 Im Auftrag der Auftraggeberin hat die CCCC verschiedene Szenarien für den Weiterbetrieb der IT untersucht, die in einer Erweiterung des eigenen Rechenzentrums, der Auslagerung in die Cloud der Zuschlagsempfängerin und der Auslagerung zu einem Hyperscaler bestanden. Dabei wurden Kosten und Risiken der Szenarien dargestellt und verglichen, um der Auftraggeberin eine Entscheidungsgrundlage zu bieten. (CCCC „ BBBB Betriebsmodell Ergebnisbericht“ vom 20. November 2023 Version 1.0 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.5 Die Auftraggeberin führte mit drei marktführenden großen Unternehmen, die Cloud-Leistungen anbieten, Gespräche über die Möglichkeit der Auslagerung der IT-Leistungen in eine Cloud. Diese ergaben, dass außer der Zuschlagsempfängerin kein anderes Unternehmen die vergebenen Leistungen erbringen kann. (Schriftverkehr in den Unterlagen des Vergabeverfahrens; Aussage von GGGG in der mündlichen Verhandlung)

1.6 Die Antragstellerin ist eine Personenhandelsgesellschaft mit drei Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von etwa € 650.000 brutto. Sie ist auf Netzwerktechnik spezialisiert und in diesem Bereich Erfahrung gesammelt. (Aussage von JJJJ in der mündlichen Verhandlung)

1.7 Die Auftraggeberin fertigte ein Dokument mit dem Titel „Begründung für das Vorliegen eines

Ausnahmetatbestands § 206 Abs 1 Z 4 lit a BVergG 2018 „technische Gründe“ sowie des Ausnahmetatbestands § 206 Abs 1 Z 4 lit b BVergG 2018 „Ausschließlichkeitsrechte“ zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit einem Unternehmer der Firma BBBB Österreich GmbH“ an, in dem sie begründete, warum sie ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung habe wählen dürfen. Es ist von einem Mitarbeiter der Auftraggeberin unterfertigt. (Dokument „OEBB_ATB_ BBBB_Cloud_v07_unterfertigt_20231221.pdf“ in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.7 Die Auftraggeberin fertigte ein Dokument mit dem Titel „Begründung für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands Paragraph 206, Absatz eins, Ziffer 4, Litera a, BVergG 2018 „technische Gründe“ sowie des Ausnahmetatbestands Paragraph 206, Absatz eins, Ziffer 4, Litera b, BVergG 2018 „Ausschließlichkeitsrechte“ zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit einem Unternehmer der Firma BBBB Österreich GmbH“ an, in dem sie begründete, warum sie ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung habe wählen dürfen. Es ist von einem Mitarbeiter der Auftraggeberin unterfertigt. (Dokument „OEBB_ATB_ BBBB_Cloud_v07_unterfertigt_20231221.pdf“ in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.8 Die Auftraggeberin fertigte einen Vergabevermerk an, den Mitarbeiter am 21. und 22. Dezember 2023 unterfertigten. Darin sind neben der Beschreibung des Auftrags und der zugehörigen Dokumente eine Risikoabschätzung und ein Zeitplan der Verhandlungen enthalten. (Dokument „Vergabedokumentation PROVIA ID 110890.pdf“ in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.9 Am 22. Dezember 2023 beauftragte die Auftraggeberin die Zuschlagsempfängerin mit den gegenständlichen Leistungen (Order Forms signiert 20231222 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.10 Die Auftraggeberin machte den Auftrag unionsweit zur Zahl 16834-2024 auf S 7/2024 erschienen am 10. Jänner 2024, abgesandt am 9. Jänner 2024, bekannt. Als Beschafferin ist darin die „ÖBB – Business Competence Center GmbH“, als Titel des Verfahrens „ BBBB RISE Subscription und Migration“, als Beschreibung des Verfahrens „Cloudleistungen und im Zusammenhang stehende Dienstleistungen“, als Interne Kennung des Verfahrens „Provia ID: 110890“, als Verfahrensart „Verhandlungsverfahren ohne Aufruf zum Wettbewerb“, Auftragsart „Lieferungen“, als Haupteinstufung (cpv) „48200000 Softwarepaket für Vernetzung, Internet und Intranet“, als zusätzliche Einstufung (cpv) „48220000 Internet- und Intranet-Softwarepaket, 48000000 Softwarepaket und Informationssysteme“, als Rechtsgrundlage „Richtlinie 2014/25/EU“, als Wert aller in dieser Bekanntmachung vergebenen Verträge € 48.922.083,00, als Informationen über die Gewinner / Wettbewerbsgewinner „ BBBB Österreich GmbH“, als Kennung des Auftrags „4300932889“ und als Datum des Vertragsabschlusses den 22. Dezember 2023. Diese Bekanntmachung enthält keinen Auftragswert. (Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 10. Jänner 2024 zur Zahl 16834-2024)

1.10 Die Auftraggeberin machte den Auftrag unionsweit zur Zahl 16834-2024 auf S 7 aus 2024, erschienen am 10. Jänner 2024, abgesandt am 9. Jänner 2024, bekannt. Als Beschafferin ist darin die „ÖBB – Business Competence Center GmbH“, als Titel des Verfahrens „ BBBB RISE Subscription und Migration“, als Beschreibung des Verfahrens „Cloudleistungen und im Zusammenhang stehende Dienstleistungen“, als Interne Kennung des Verfahrens „Provia ID: 110890“, als Verfahrensart „Verhandlungsverfahren ohne Aufruf zum Wettbewerb“, Auftragsart „Lieferungen“, als Haupteinstufung (cpv) „48200000 Softwarepaket für Vernetzung, Internet und Intranet“, als zusätzliche Einstufung (cpv) „48220000 Internet- und Intranet-Softwarepaket, 48000000 Softwarepaket und Informationssysteme“, als Rechtsgrundlage „Richtlinie 2014/25/EU“, als Wert aller in dieser Bekanntmachung vergebenen Verträge € 48.922.083,00, als Informationen über die Gewinner / Wettbewerbsgewinner „ BBBB Österreich GmbH“, als Kennung des Auftrags „4300932889“ und als Datum des Vertragsabschlusses den 22. Dezember 2023. Diese Bekanntmachung enthält keinen Auftragswert. (Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 10. Jänner 2024 zur Zahl 16834-2024)

1.11 In Österreich machte die Auftraggeberin die Vergabe des Auftrags über Kerndaten bekannt (Beilage ./1 zum Nachprüfungsantrag).

1.12 Die sehr detaillierte parlamentarische Anfrage des Abgeordneten Christian Hafenecker, MA an die Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie betreffend Fragwürdige Vergabe „ BBBB RISE Subscription und Migration“ durch ÖBB-Business GmbH scheint die selbe Vergabe zu betreffen und war zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht beantwortet. (Beilage ./11 zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 28. Februar 2024, OZ 31)

1.13 Die Auftraggeberin hat den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren erteilt, ruft aber derzeit keine Leistungen daraus ab. (Stellungnahme der Auftraggeberin)

1.14 Die Antragstellerin bezahlte € 12.960 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

2.1 Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit.

2.2 Details der Kalkulation stellen ebenso wie Namen von Mitarbeitern oder Schlüsselpersonen und Referenzen sowie Details der vergebenen Leistung und interne Strukturen der Auftraggeberin und der Zuschlagsempfängerin Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse dar, die nicht offen zu legen sind, weil sie einen wirtschaftlichen Wert darstellen und Einfluss auf zukünftige Ausschreibungen haben können (EuGH 17. 11. 2022, C-54/21, Antea Polska ua, ECLI:EU:C:2022:888, Rn 85). Die Kalkulation legt die Betriebsführung und Einkaufskonditionen dar. Namen von Mitarbeitern bieten Konkurrenten die Möglichkeit, diese abzuwerben und daher gerade bei Schlüsselpersonen die Möglichkeit des betroffenen Bieters, die nachgefragten Leistungen anzubieten, zu beeinträchtigen (EuGH 17. 11. 2022, C-54/21, Antea Polska ua, ECLI:EU:C:2022:888, Rn 79). Referenzen lassen Rückschlüsse auf die sonstige Geschäftstätigkeit des Bieters zu, was den Wettbewerb stören könnte. Details der Verhandlungen und der Marktuntersuchung der Auftraggeberin, vor allem über mit anderen Wirtschaftsteilnehmern geführte Gespräche, können die Wettbewerbssituation beeinflussen. Die Details der internen Organisation sowohl der Auftraggeberin als auch der Zuschlagsempfängerin stellen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse dar, deren Offenlegung ebenfalls den Wettbewerb beeinflussen kann. Die genannten Angaben können daher nicht im Detail offen gelegt werden (zB VwGH 29. 6. 2023, Ra 2020/04/0026). Das gilt auch für Erörterungen dieser Angaben im Detail, wie sie in der von der Verhandlungsschrift W187 2284776-1/42Z getrennt errichteten Verhandlungsschriften W187 2284776-1/43Z und W187 2284776-1/44Z erfolgte.

2.3 Die Aussagen von GGGG , zuständiger Vorstand der Auftraggeberin, und JJJJ , geschäftsführender Gesellschafter der Antragstellerin, in der mündlichen Verhandlung waren glaubhaft und blieben unwidersprochen, sodass sie den Feststellungen zugrunde gelegt werden konnten. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes – BVwGG, BGBl I 2013/10 idF BGBl I 2023/77, lauten: 3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes – BVwGG, BGBl I 2013/10 in der Fassung BGBl I 2023/77, lauten:

„Einzelrichter

§ 6. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.“ Paragraph 6, Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.“

3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes – VwGVG, BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2023/88, lauten: 3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes – VwGVG, BGBl I 2013/33 in der Fassung BGBl I 2023/88, lauten:

„Anwendungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes. Paragraph eins, Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

...

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen. Paragraph 28, (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder
 2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.
- (2) Über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn, 1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder, 2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3) ...

Beschlüsse

§ 31. (1) Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss. Paragraph 31, (1) Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss.

(2) ...

(3) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind § 29 Abs. 1 zweiter Satz, 2a, 2b, 4 und 5, § 30, § 38a Abs. 3 und § 50 Abs. 3 sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse.“(3) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind Paragraph 29, Absatz eins, zweiter Satz, 2a, 2b, 4 und 5, Paragraph 30,, Paragraph 38 a, Absatz 3 und Paragraph 50, Absatz 3, sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse.“

3.1.3 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018), BGBl I 2018/65 idF BGBl II 2019/91, lauten: 3.1.3 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018), BGBl römisch eins 2018/65 in der Fassung BGBl römisch zwei 2019/91, lauten:

„Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 193. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an geeignete Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Paragraph 193, (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an geeignete Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(2) ...

...

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 327. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Paragraph 327, Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen.

Senatszuständigkeit und -zusammensetzung

§ 328. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die

Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten.Paragraph 328, (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des Paragraph 327,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten.

(2) ...

Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 333. Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.Paragraph 333, Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.

Zuständigkeit

§ 334. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen.Paragraph 334, (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen.

(2) ...

(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig

1. ...

3. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde;

4. ...

6. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages;

7. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 356 Abs. 9(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig, 1. ..., 3. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde,, 4. ..., 6. in einem Verfahren gemäß den Ziffer 3 bis 5 zur Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages,, 7. in einem Verfahren gemäß den Ziffer 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß Paragraph 356, Absatz 9,

(4) ...

Akteneinsicht

§ 337. Parteien und Beteiligte können bei der Vorlage von Unterlagen an das Bundesverwaltungsgericht verlangen, dass bestimmte Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen zum Schutz von technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnissen von der Akteneinsicht ausgenommen werden. Auftraggeber können dies darüber hinaus aus zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses verlangen. Die in Betracht kommenden Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen sind bei ihrer Vorlage zu bezeichnen.Paragraph 337, Parteien und Beteiligte können bei der Vorlage von Unterlagen an das Bundesverwaltungsgericht verlangen, dass bestimmte Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen zum Schutz von technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnissen von der Akteneinsicht

ausgenommen werden. Auftraggeber können dies darüber hinaus aus zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses verlangen. Die in Betracht kommenden Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen sind bei ihrer Vorlage zu bezeichnen.

...

Einleitung des Verfahrens

§ 353. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

1. ...

2. die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder

3. ...Paragraph 353, (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass, 1. ..., 2. die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder, 3. ...

Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen

§ 356. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 1 und 5 und Abs. 4 Z 1 und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war. Paragraph 356, (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine Feststellung gemäß Paragraph 334, Absatz 3, Ziffer eins und 5 und Absatz 4, Ziffer eins und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

(2) Soweit in den Abs. 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesverwaltungsgericht im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesverwaltungsgericht hat von einer Nichtigerklärung des Vertrages gemäß dem ersten Satz oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß Abs. 4 abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe des Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigerklärung oder die Aufhebung des Vertrages in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte. (2) Soweit in den Absatz 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesverwaltungsgericht im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 334, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesverwaltungsgericht hat von einer Nichtigerklärung des Vertrages gemäß dem ersten Satz oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß Absatz 4, abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe des Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigerklärung oder die Aufhebung des Vertrages in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte.

(3) ...

(9) Wenn das Bundesverwaltungsgericht von der Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages abgesehen hat, oder den Vertrag nur teilweise, mit dem Zeitpunkt seiner Entscheidung oder zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben hat, dann ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Dasselbe gilt für jene Fälle, in denen der Antrag gemäß § 353 Abs. 1 Z 2 bis 4 nach den in Abs. 7 genannten Fristen eingebracht wurde und das Bundesverwaltungsgericht eine Rechtswidrigkeit feststellt. Hat eine zentrale Beschaffungsstelle ein Vergabeverfahren oder Teile eines Vergabeverfahrens als vergebende Stelle durchgeführt, ist die Geldbuße abweichend vom ersten Satz über die zentrale Beschaffungsstelle zu verhängen, wenn die von ihr gesetzten Handlungen für die Feststellung der Rechtsverstöße von wesentlichem Einfluss waren. (9) Wenn das Bundesverwaltungsgericht von der Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages abgesehen hat, oder den Vertrag

nur teilweise, mit dem Zeitpunkt seiner Entscheidung oder zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben hat, dann ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Dasselbe gilt für jene Fälle, in denen der Antrag gemäß Paragraph 353, Absatz eins, Ziffer 2 bis 4 nach den in Absatz 7, genannten Fristen eingebracht wurde und das Bundesverwaltungsgericht eine Rechtswidrigkeit feststellt. Hat eine zentrale Beschaffungsstelle ein Vergabeverfahren oder Teile eines Vergabeverfahrens als vergebende Stelle durchgeführt, ist die Geldbuße abweichend vom ersten Satz über die zentrale Beschaffungsstelle zu verhängen, wenn die von ihr gesetzten Handlungen für die Feststellung der Rechtsverstöße von wesentlichem Einfluss waren.

(10) ...

3.2 Formale Voraussetzungen

3.2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG 2018 ist die ÖBB – Business Competence Center GmbH. Sie ist nach ständiger Rechtsprechung öffentliche Sektorenauftraggeberin gemäß §§ 4 Abs 1 Z 2 iVm 167 und 172 BVergG 2018 (zB BVwG 9. 9. 2020, W139 2234548-1/3E; zu anderen ÖBB-Konzerngesellschaften zB BVwG 5. 2. 2021, W139 2230047-2/27E; BVwG 24. 11. 2021, W187 2246496-2/41E; mwN). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 6 iVm § 177 BVergG 2018. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 185 Abs 1 Z 2 BVergG 2018, sodass gemäß § 185 Abs 1 BVergG 2018 ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 5, BVergG 2018 ist die ÖBB – Business Competence Center GmbH. Sie ist nach ständiger Rechtsprechung öffentliche Sektorenauftraggeberin gemäß Paragraphen 4, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit 167 und 172 BVergG 2018 (zB BVwG 9. 9. 2020, W139 2234548-1/3E; zu anderen ÖBB-Konzerngesellschaften zB BVwG 5. 2. 2021, W139 2230047-2/27E; BVwG 24. 11. 2021, W187 2246496-2/41E; mwN). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 6, in Verbindung mit Paragraph 177, BVergG 2018. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 185, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018, sodass gemäß Paragraph 185, Absatz eins, BVergG 2018 ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 327 BVergG 2018 iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben.3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 327, BVergG 2018 in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

3.2.1.3 Da darüber hinaus die Rahmenvereinbarung bereits abgeschlossen wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 334 Abs 3 BVergG 2018 zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig.3.2.1.3 Da darüber hinaus die Rahmenvereinbarung bereits abgeschlossen wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 334, Absatz 3, BVergG 2018 zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig.

3.2.2 Zu Spruchpunkt A) – Unzulässigkeit des Feststellungsantrags

3.2.2.1 Der Feststellungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in § 354 Abs 1 BVergG 2018 geforderten Inhalte. Voraussetzung für einen Feststellungsantrag ist gemäß § 353 Abs 1 BVergG 2018 in Umsetzung von Art 1 Abs 3 RL 92/13/EWG, dass der Antragsteller ein Interesse am Vertragsabschluss hat und ihm ein Schaden entstanden ist oder droht (EuGH 9. 2. 2023, C-53/22, VZ, ECLI:EU:C:2023:88, Rn 30). Die Begriffe Interesse und Schaden sind weit auszulegen (EuGH 26. 1. 2023, C-682/21, HSC Baltic u.a., ECLI:EU:C:2023:48, Rn 63). Der Antragsteller muss jedoch zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung ein Interesse am Abschluss des Vertrags gehabt haben und ihm muss durch die Nichterteilung des Zuschlags ein Schaden entstanden sein (VwGH 21. 10. 2022, Ra 2019/04/0046, Rn 18).3.2.2.1 Der Feststellungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in Paragraph 354, Absatz eins, BVergG 2018 geforderten Inhalte. Voraussetzung für einen Feststellungsantrag ist gemäß Paragraph 353, Absatz eins, BVergG 2018 in Umsetzung von Artikel eins, Absatz 3, RL 92/13/EWG, dass der Antragsteller ein Interesse am Vertragsabschluss hat und ihm ein Schaden entstanden ist oder droht (EuGH 9. 2. 2023, C-53/22, VZ, ECLI:EU:C:2023:88, Rn 30). Die Begriffe Interesse und Schaden sind weit auszulegen (EuGH 26. 1. 2023, C-682/21, HSC Baltic u.a., ECLI:EU:C:2023:48, Rn 63).

Der Antragsteller muss jedoch zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung ein Interesse am Abschluss des Vertrags gehabt haben und ihm muss durch die Nichterteilung des Zuschlags ein Schaden entstanden sein (VwGH 21. 10. 2022, Ra 2019/04/0046, Rn 18).

3.2.2.2 Die Auftraggeberin und die Zuschlagsempfängerin bringen vor, dass die Antragstellerin keinesfalls zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistungen ausreichend leistungsfähig wäre und ihr daher die Antragslegitimation fehle.

3.2.2.3 Die Antragstellerin ist ein Unternehmen mit drei Angestellten und einem Jahresumsatz von etwa € 650.000. Die Auftraggeberin hat 45.000 Mitarbeiter, für die die EDV zur Verfügung stehen muss. Alleine kann die Antragstellerin die vergebene Leistung unmöglich erbringen. Die Antragstellerin ist auf Netzwerktechnik spezialisiert und hat Aufträge in diesem Bereich erbracht. Für Cloud-Leistungen und wichtige Nebenleistungen wie Support fehlen ihr die Kapazitäten und teilweise das Know-How. Sie hat vorgebracht, dass sie entweder in einer Bietergemeinschaft oder mit Subunternehmern anbieten wollte, ohne einen oder mehrere andere Unternehmen zu nennen.

3.2.2.4 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (zB VwGH 7. 3. 2017, Ra 2017/04/0010) muss die Antragstellerin eines Antrags auf Feststellung, dass der Auftraggeber rechtswidrigerweise ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt hat, nicht nachweisen, dass sie – in Unkenntnis der Anforderungen des Auftraggebers – zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung für den konkreten Auftrag leistungsfähig war (VwGH 7. 6. 2022, Ra 2021/04/0014). Dennoch ist eine Plausibilitätsprüfung unter Heranziehung aller maßgeblichen vorgebrachten Umstände in der Person des Antragstellers, der Eigenart des Leistungsgegenstandes und der vom Auftraggeber gestellten Anforderungen vorzunehmen. Dabei muss der Antragsteller keine konkreten Nachweise erbringen. Es ist aber zulässig, eine bestimmte Glaubhaftmachung einzufordern. Die Antragslegitimation fehlt, wenn selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit kein Schaden entstanden sein konnte oder entstehen kann bzw sich die Situation des Antragstellers nicht verbessern würde. Insofern muss eine Kausalität zwischen der behaupteten Rechtswidrigkeit und dem geltend gemachten Schaden entstehen (VwGH 9. 1. 2023, Ra 2021/04/0152, Rn 18). Die Anforderungen an die Plausibilisierung der eigenen Antragslegitimation richten sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles, zu denen (unter anderem) die Eigenart der vergebenen Leistung zählt (VwGH 21. 10. 2022, Ra 2019/04/0046, Rn 21).

3.2.2.5 Die hier verlangte Portierung eines großen Teils der IT-Umgebung der Auftraggeberin in eine Cloud, die Bereitstellung der Cloud-Infrastruktur, der Betrieb der Cloud, und die anderen dargestellten Leistungen übersteigen die Kapazitäten der Antragstellerin bei Weitem. Sie weist nicht die technische Leistungsfähigkeit dafür auf. Weiters hat das Verfahren ergeben, dass außer der Zuschlagsempfängerin kein anderes Unternehmen, insbesondere kein anderes großes Unternehmen, das eigentlich wegen der nötigen Kapazitäten erforderlich wäre, die verlangten Leistungen erbringen kann. Wollte die Antragstellerin mit einem Unternehmen, das die nötige Leistungsfähigkeit aufweist, zusammenarbeiten, sei es im Rahmen einer Bietergemeinschaft oder durch Heranziehen von Subunternehmern, wäre sie zu klein, um eine nennenswerte Rolle zu spielen. Sie hat auch kein konkretes Vorbringen dazu erstattet, sondern nur pauschal die Möglichkeit einer Beteiligung am Vergabeverfahren durch die Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen behauptet. Das Vorbringen, dass die Auftraggeberin die Leistungen in mehrere Lose hätte aufteilen müssen, um kleineren und mittleren Unternehmen die Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen, ist zu unsubstantiiert, um ein Interesse oder einen Schaden aufzuzeigen, zumal es in der Freiheit eines Auftraggebers liegt, den Leistungsgegenstand festzulegen und insbesondere die Auftraggeberin plausibilisiert hat, warum sie die Leistungen wie zugeschlagen zusammengefasst hat. Die Antragstellerin kann daher kein echtes Interesse am Auftrag nachweisen (VwGH 19. 5. 2020, Ra 2018/04/0164, Rn 16). Dadurch, dass sie für eine Zuschlagserteilung keinesfalls in Frage käme, kann ihr durch die Zuschlagserteilung an die Zuschlagsempfängerin kein Schaden entstehen. Damit fehlen die Voraussetzungen des § 353 Abs 1 BVergG 2018. Der Feststellungsantrag ist daher mangels Antragslegitimation unzulässig und zurückzuweisen.

3.2.2.5 Die hier verlangte Portierung eines großen Teils der IT-Umgebung der Auftraggeberin in eine Cloud, die Bereitstellung der Cloud-Infrastruktur, der Betrieb der Cloud, und die anderen dargestellten Leistungen übersteigen die Kapazitäten der Antragstellerin bei Weitem. Sie weist nicht die technische Leistungsfähigkeit dafür auf. Weiters hat das Verfahren ergeben, dass außer der Zuschlagsempfängerin kein anderes Unternehmen, insbesondere kein anderes großes Unternehmen, das eigentlich wegen der nötigen Kapazitäten erforderlich wäre, die verlangten Leistungen erbringen kann. Wollte die Antragstellerin mit einem Unternehmen, das die nötige Leistungsfähigkeit aufweist, zusammenarbeiten, sei es im Rahmen einer

Bietergemeinschaft oder durch Heranziehen von Subunternehmern, wäre sie zu klein, um eine nennenswerte Rolle zu spielen. Sie hat auch kein konkretes Vorbringen dazu erstattet, sondern nur pauschal die Möglichkeit einer Beteiligung am Vergabeverfahren durch die Zusammenarbeit mit anderen Unternehmern behauptet. Das Vorbringen, dass die Auftraggeberin die Leistungen in mehrere Lose hätte aufteilen müssen, um kleineren und mittleren Unternehmen die Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen, ist zu unsubstantiiert, um ein Interesse oder einen Schaden aufzuzeigen, zumal es in der Freiheit eines Auftraggebers liegt, den Leistungsgegenstand festzulegen und insbesondere die Auftraggeberin plausibilisiert hat, warum sie die Leistungen wie zugeschlagen zusammengefasst hat. Die Antragstellerin kann daher kein echtes Interesse am Auftrag nachweisen (VwGH 19. 5. 2020, Ra 2018/04/0164, Rn 16). Dadurch, dass sie für eine Zuschlagserteilung keinesfalls in Frage käme, kann ihr durch die Zuschlagserteilung an die Zuschlagsempfängerin kein Schaden entstehen. Damit fehlen die Voraussetzungen des Paragraph 353, Absatz eins, BVergG 2018. Der Feststellungsantrag ist daher mangels Antragslegitimation unzulässig und zurückzuweisen.

3.2.2.6 Ein Antrag auf Nichtigerklärung oder Aufhebung eines Vertrags ist grundsätzlich unzulässig und daher zurückzuweisen, da das Bundesverwaltungsgericht nach einer Feststellung gemäß § 334 Abs 3 Z 3 bis 5 BVergG 2018, die ein Unternehmer beantragen kann, bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen den Vertrag von Amts wegen für nichtig erklären oder aufheben muss (zB VwGH 26. 9. 2022, Ra 2021/04/0005, Rn 18; VwGH 27. 6. 2023, Ra 2020/04/0027, Rn 12).

3.2.2.6 Ein Antrag auf Nichtigerklärung oder Aufhebung eines Vertrags ist grundsätzlich unzulässig und daher zurückzuweisen, da das Bundesverwaltungsgericht nach einer Feststellung gemäß Paragraph 334, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 BVergG 2018, die ein Unternehmer beantragen kann, bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen den Vertrag von Amts wegen für nichtig erklären oder aufheben muss (zB VwGH 26. 9. 2022, Ra 2021/04/0005, Rn 18; VwGH 27. 6. 2023, Ra 2020/04/0027, Rn 12).

3.3 Zu Spruchpunkt B) Unzulässigkeit der Revision

3.3.1 Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

3.3.1 Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

3.3.2 Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Dazu ist auf die unter 3.2 und 3.3 zitierte Rechtsprechung zu verweisen. Weiters handelt es sich um eine Einzelfallbeurteilung, wie sie bei der Beurteilung der Antragslegitimation bei einem Feststellungsantrag gemäß § 353 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs verlangt wird, die grundsätzlich nicht revisibel ist. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

3.3.2 Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Dazu ist auf die unter 3.2 und 3.3 zitierte Rechtsprechung zu verweisen. Weiters handelt es sich um eine Einzelfallbeurteilung, wie sie bei der Beurteilung der Antragslegitimation bei einem Feststellungsantrag gemäß Paragraph 353, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018 von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs verlangt wird, die grundsätzlich nicht revisibel ist. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Dienstleistungsauftrag Feststellungsantrag Feststellungsverfahren mündliche Verhandlung Nichtigerklärung öffentlicher Auftraggeber Rechtswidrigkeit Unionsrecht Vergabeverfahren Voraussetzungen Zurückweisung Zuschlagserteilung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2024:W187.2284776.1.00

Im RIS seit

07.05.2024

Zuletzt aktualisiert am

07.05.2024

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at