

TE Bvwg Beschluss 2016/4/25 W131 2122826-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.04.2016

Entscheidungsdatum

25.04.2016

Norm

AVG 1950 §8

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §326

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §330 Abs2

B-VG Art.133 Abs4

ORF-G §3

ORF-G §4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. AVG 1950 § 8 gültig von 01.09.1950 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 51/1991

1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 330 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 330 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 330 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
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. ORF-G § 3 heute
2. ORF-G § 3 gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023
3. ORF-G § 3 gültig von 09.09.2023 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023
4. ORF-G § 3 gültig von 01.10.2010 bis 08.09.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010
5. ORF-G § 3 gültig von 01.08.2007 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 52/2007
6. ORF-G § 3 gültig von 01.01.2006 bis 31.07.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 159/2005
7. ORF-G § 3 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001
8. ORF-G § 3 gültig von 06.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 1/1999
9. ORF-G § 3 gültig von 29.09.1984 bis 05.01.1999

1. ORF-G § 4 heute
2. ORF-G § 4 gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023
3. ORF-G § 4 gültig von 09.09.2023 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023
4. ORF-G § 4 gültig von 24.12.2020 bis 08.09.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 150/2020
5. ORF-G § 4 gültig von 01.10.2010 bis 23.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010
6. ORF-G § 4 gültig von 01.01.2002 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001
7. ORF-G § 4 gültig von 06.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 1/1999
8. ORF-G § 4 gültig von 29.09.1984 bis 05.01.1999

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 § 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

Spruch

W131 2122826-1/24E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter am 14.04.2016 über den am 05.04.2016 gestellten Antrag der anwaltlich vertretenen Antragstellerin XXXX GesmbH auf Verlängerung der am 17.03.2016 erlassenen einstweiligen Verfügung (= eV) und gleichzeitig im Verfahren über die allfällige Aufhebung eben dieser eV im Zusammenhang mit der Vergabe des Loses 2 "Providerdienstleistungen Data Center & Backend -IT- Services" aus dem Vergabeverfahren des anwaltlich vertretenen Auftraggebers Österreichischer Rundfunk (= ORF) mit dem Los 2 "Providerdienstleistungen Data Center & Backend -IT- Services" und dem Los 1 "Customer Care Services", wie in der mündlichen Verhandlung am 14.04.2016 im Anschluss an das durchgeführte Ermittlungsverfahren verkündet und nunmehr hiermit schriftlich, bezogen auf den Stand 14.04.2016 ausgefertigt, beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter am 14.04.2016 über den am 05.04.2016 gestellten Antrag der anwaltlich vertretenen Antragstellerin römisch 40 GesmbH auf Verlängerung der am 17.03.2016 erlassenen einstweiligen Verfügung (= eV) und gleichzeitig im Verfahren über die allfällige Aufhebung eben dieser eV im Zusammenhang mit der Vergabe des Loses 2 "Providerdienstleistungen Data Center & Backend -IT- Services" aus dem Vergabeverfahren des anwaltlich vertretenen Auftraggebers Österreichischer Rundfunk (= ORF) mit dem Los 2 "Providerdienstleistungen Data Center & Backend -IT- Services" und dem Los 1 "Customer Care Services", wie in der mündlichen Verhandlung am 14.04.2016 im Anschluss an das durchgeführte Ermittlungsverfahren verkündet und nunmehr hiermit schriftlich, bezogen auf den Stand 14.04.2016 ausgefertigt, beschlossen:

A)

Die am 17.03.2016 erlassene einstweilige Verfügung, mit welcher dem ORF die Zuschlagserteilung betreffend das Los 2 aus der Vergabe gemäß vorstehendem Entscheidungskopf längstens bis zum Ablauf des 15.04.2016 untersagt worden

ist, wird unter gleichzeitiger Abweisung des diesbezüglich gestellten Verlängerungsantrags mit sofortiger Wirkung, sohin ab der Verkündung am 14.04.2016, aufgehoben.

B)

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

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. IZm dem im Entscheidungskopf ersichtlichen Vergabeverfahren langte am 09.03.2016 nach Amtsstundenende ein Nachprüfungsantrag betreffend die Zuschlagsentscheidung für das Los 2 dieser Vergabe ein. Einem damit verbunden eingebrachten eV - Antrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung wurde seitens des BVwG vorerst längstens bis zum Ablauf des 15.04.2016 stattgegeben. Die Antragstellerin war ausweislich der Zuschlagsentscheidung vom 01.03.2016 lediglich drittgeriht hinter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin und einer weiteren Bieterin.

2. Der ORF schied die Antragstellerin mit ihrem Angebot am 05.04.2016 nachträglich aus dem Vergabeverfahren aus, wogegen die Antragstellerin am 07.04.2016 mit einem Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung samt dem hier nicht spruchgegenständlichen weiteren eV - Antrag vorging.

3. In der Verhandlung in der Nachprüfungssache am 12.04.2016 wurde der Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung - mündlich verkündet - abgewiesen und nach dieser Abweisung jener eV - Antrag zur Verfahrenszahl W131 2124258-1, der zur Absicherung des Nachprüfungsbegehrens gegen die Ausscheidensentscheidung gestellt worden war, jedenfalls im Punkte des in diesem weiteren eV - Antrag enthaltenen Primär - Sicherungsbegehrens zurückgewiesen.

4. Da der ORF gelegentlich der Stellung des Nachprüfungs- und eV - Begehrens betreffend die Zuschlagsentscheidung und der diesbezüglichen, hier fortgesetzt gegenständlichen eV - Erlassung eine besondere sendebetriebstechnische Dringlichkeit der Vergabe vorgebracht hatte und diese nicht gänzlich unplausibel erschien, zumal der ORF gegen die mit eV vom 17.03.2016 verfügte Zuschlagssperre bereits am 18.03.2016 eine zugelassene ordentliche Revision eingelegt hatte und insgesamt zu einem mitunter drohenden gänzlichen bzw teilweisen Fernseh - Black - Out vorgebracht hatte, wurde beginnend mit 31.03.2016 mehrfach und zuletzt am 14.04.2016 iSv EGMR Urteil vom 15.10.2009, Bsw. 17056/06 in der Rechtssache Micallef gegen Malta, im Verfahren über die allfällige Aufhebung bzw Verlängerung der eV vom 17.03.2016 verhandelt.

Diese Verhandlung im Provisorial - Verfahren verlief am 14.04.2016,

soweit hier interessierend, samt dabei mündlich verkündeter eV -

Aufhebung wie folgt [AST = Ast = Antragstellerin; MB = in Aussicht

genommene Zuschlagsempfängerin; ASTV =

Antragstellerinnenvertreterin; AGV = Auftraggebervertreter; MBV =

Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin; RV =

Vertreterin der im Vergabeverfahren zweitgerihten Bieterin; R =

Richter];

[...]

Nachgefragt wird, ob der heutige Schriftsatz des ORF schon bekannt ist.

MBV: Ja.

ASTV: Bekannt ja, eine inhaltliche Auseinandersetzung damit war bislang nicht möglich.

AGV: Die Beilage 35 zu diesem Schriftsatz wird in den nächsten Minuten vorgelegt.

Festgehalten wird, dass um ca. 11.30 Uhr ein [die zweitgerihten Bieterin spezifisch betreffendes] Thema behandelt werden könnte.

R an ASTV: Welche verfügbaren Beweismittel werden derzeit Ihrerseits in Hinblick auf die anstehende Interessenabwägung heute angestrebt.

ASTV: Die Einvernahme von DI [xxx] betreffend die drohenden Schäden bei AST. Bei den Schäden bestehen Geheimhaltungsinteressen. Diese Schäden können nur mündlich vorgetragen werden.

MBV: Die Schadenaufschlüsselung der MB wird bis mittags vorgelegt werden.

R ersucht MBV und RV um das Verlassen des Verhandlungssaals R ersucht MBV und Regierungsvorlage um das Verlassen des Verhandlungssaals.

Nach geheimhaltungsbezüglichen Protesten der ASTV rücksichtlich des Anwesenden DI [D], wird mit der Einvernahme des DI [D] fortgesetzt.

ASTV wird die Möglichkeit zur Schadenkonkretisierung nach der Einvernahme des Mag. SCH erhalten.

DI [D], Z1, wird sohin ergänzend gemäß §§ 49 und 50 AVG belehrt, erneut als Zeuge einvernommen und dem AGV das Fragerecht erteilt. DI [D], Z1, wird sohin ergänzend gemäß Paragraphen 49 und 50 AVG belehrt, erneut als Zeuge einvernommen und dem AGV das Fragerecht erteilt.

AGV: Um das Thema der Angebotsprüfung abzuschließen. Hat es bei Ihrer Prüfung der Angebote, Ausscheidungsgründe hinsichtlich der Angebote [der viertgereihten Bieterin] bzw der [zweitgereihten Bieterin] gegeben?

Z1: Nein.

AGV: Zum Thema der "Programm- und Senderelevant", unter Vorhalt der Seite des RFP, erster Absatz, inwieweit betrifft die gegenständliche Basis-IT auch den Programm- und Sendebetrieb des ORF, insbesondere erster Absatz, letzter Satz.

Z1: Da möchte ich gerne den letzten Satz vollständig zitieren: "Die produktionsspezifische Broadcast-IT wird überwiegend von einer ORF-eigenen IT-Technik geplant, beschafft und betreut, wobei es auch dabei zur Nutzung unterstützende, allgemeiner IT-Services kommen kann." Dies bedeutet, es wird jedenfalls von überwiegender Planung, Beschaffung und Betreuung gesprochen, was bedeutet, es gibt jedenfalls einen Teil, die in die Basis-IT-Ausschreibung hineinfällt. "Beschafft" bedeutet in vielen Fällen die Miete beim jeweiligen Provider und "Nutzung allgemeiner IT-Services" bezieht sich auf die Nutzung der Backend IT-Services gemäß Ausschreibung.

AGV: Können Sie Programm- und Senderelevanz der Basis-IT-Leistungen bei Beilage 14, kurz darlegen?

Z1: Beispielsweise die gesamte Infrastruktur, Server, Storage, könnte und ist incl. Wartung der Hardware, beim Basis-IT-Provider beschafft. Weiters kann der Betrieb von Datenbanken und Applikationen, an den DCBIS-Provider (= gegenständliche Los) übergeben werden. Dies wird auch aktuell, im gewissen Maß, betrieben.

AGV: In wessen Eigentum steht derzeit die IT-Hardware beim ORF?

Z1: Die meisten bzw alle Endgeräte (PCs, Laptops), sind Eigentum der Firma [...] gemietet. Auch weitere IT-Infrastruktur (Server, Datenspeicher) im ORF-Zentrum oder beim ORF, sind [...] gemietet.

AGV: In welchem technischen Zustand sind die IT- Infrastruktur derzeit und inwieweit behindert jetzt die einstweilige Verfügung einen Übergang zu einem neuen Provider? Wie geht es mit dieser technischen Infrastruktur weiter?

Z1: Mit Abschluss des Vertrages 2010, wurde sukzessiv die gesamte Infrastruktur ausgetauscht. Damit sind weite Teile, z. B. Endgeräte, PCs, Notebooks, aus dem Jahr 2010, 2011 und somit am Ende ihres Lebenszyklus. Die neue Ausschreibung hat von Anfang an geplant, wieder einen Infrastrukturaustausch durchzuführen und durch die einstweilige Verfügung müssen Ersatzvornahmen, wie Nachbeschaffung von Endgeräten oder wie von [...] ausgeführt, Serverinfrastruktur durchgeführt werden. Beispielsweise wurden etwa 100 Endgeräte im letzten Monat zusätzlich bestellt. Dies musste zu den alten Vertragsbedingungen erfolgen und war somit vermutlich zum Nachteil für den ORF.

AGV: Wie ist das z. B. in Bezug auf die Storage, wenn die einstweilige Verfügung verlängert wird, besteht in Bezug auf Storages, ein dringender Handlungsbedarf?

Z1: Es wurden bereits viele Storages ausgetauscht, die etwa [...] Petabyte Datenvolumen im Datacenter wurden noch nicht getauscht. Aus Sicht der ORF-SDM (Service-Delivery-Manager, technisch Verantwortliche), steht dieser Austausch jedenfalls an, da diese Geräte am Ende ihres Lebenszyklus sind.

AGV: Von welchem Volumen, in Geld, sprechen wir bei diesen anstehenden Storage-Instandhaltungsmaßnahmen?

Z1: Das habe ich nicht vorab ausgerechnet, es ist jedenfalls eine signifikante Investition. Über eine Million Euro.

AGV legt um 10.03 Uhr nunmehr die Beilagen 35, 36 und 37 vor, samt geändertem Beilagenverzeichnis.

Diese Beilagen werden auch der ASTV und dem MBV ungeschwärzt ausgefolgt.

AGV: Ich ergänze mein Vorbringen zu den monetären Schäden für den ORF, im Falle einer Verlängerung der einstweiligen Verfügung um ein Monat, das in diesem Fall, interne Zusatzkosten in Höhe von zumindest € 36.000 entstünden (Beweis: Beilage 37, Seite 3, sowie Aussage [...]) und die Kosten für den Hardware-Tausch, wie soeben von Hrn. [...] ausgeführt wurden, mit € 1 Mio. (Storage) beziffert werden sowie € 100.000 pro Monat für Arbeitsplatzausstattung (Beweis: Beilage 37 sowie [...] als Zeuge).

R hält allgemein fest, dass Beilagen sowie die gerade vorgelegte als Beweismittel nach § 293 StGB bewertet werden. R hält allgemein fest, dass Beilagen sowie die gerade vorgelegte als Beweismittel nach Paragraph 293, StGB bewertet werden.

Die diesbezügliche Herstellung und der Gebrauch [...]. Weiter wird klargestellt, dass gemäß § 330 Abs 4 BVergG Mutwillenstrafen, insbesondere auch dann verhängt werden können, wenn z B durch das Vorbringen von Geheimhaltungsinteressen, die allenfalls nicht vorliegen, das Verfahren mutwillig verzögert wird. Die diesbezügliche Herstellung und der Gebrauch [...]. Weiter wird klargestellt, dass gemäß Paragraph 330, Absatz 4, BVergG Mutwillenstrafen, insbesondere auch dann verhängt werden können, wenn z B durch das Vorbringen von Geheimhaltungsinteressen, die allenfalls nicht vorliegen, das Verfahren mutwillig verzögert wird.

Die Zeugeneinvernahme wird fortgesetzt.

AGV: Wenn ich Ihnen jetzt soeben vorgelegte Beilage 37, letzte Seite, vorhalte, sind die diesbezüglichen Angaben hinsichtlich der Kosten Hardwaretausch/Storage, 1 Million bzw. 100.000 pro Monat, plausibel.

Z1: Ja, davon gehe ich aus.

AGV: Wenn ich die Beilage 36 vorhalten darf, wer hat die Beilage erstellt?

Z1: Die Vorlage habe ich erstellt sowie mit meinen Quellenangaben versehen.

AGV: Jetzt zur ersten Zahl, zu den Kosten, können Sie sagen, wie viel Kosten fallen an, wenn die einstweilige Verfügung um ein Monat verlängert wird bzw. welche Kosten könnten seitens [D] dem ORF in Rechnung gestellt werden?

Z1: Wir als Firma [D] haben unsere Personaleinsatzplanung - ebenso wie die mitbeteiligte Partei, vermute ich, - auf den rechtzeitigen Start der Transition ausgerichtet und müssen jetzt mit dem ORF verhandeln, in wie weit wir unsere Vorhaltekosten des Personals in Höhe von € [x mal 10 hoch 4] pro Monat verrechnen können.

AGV: Wie hoch wären die Mehrkosten für den ORF, wenn er die Basis-IT-Dienstleistungen auf der Grundlage des bestehenden Vertrages mit der ASt fortsetzen müsste und nicht auf den Vertrag mit der präsumentiven Zuschlagsempfängerin, zurückgreifen könnte?

Z1: Der alte Vertrag ist deutlich teurer. Geschätzt auf den Gesamtangebotspreisen der Verträge, ohne Berücksichtigung von einzelnen Positionen und sonstigen Details, beträgt der Schaden ca. € [xxx] pro Monat.

AGV: Können Sie aus der Sicht von der ASt beurteilen, ob diese Mehrkosten von € [xxx] kostenmäßig berechtigt sind, oder sind die €

[xxx] pro Monat, einfach ein höherer Deckungsbetrag.

ASTV: Das ist eine unzulässige Suggestivfrage.

AGV: Klargestellt wird, dass die € [xxx] eine "Beihilfe" an die ASt wäre, weil der ORF gezwungen wäre, ein nichtmarktkonformes Entgelt an die ASt zu zahlen.

ASTV: Es wird bestritten, der derzeitige Vertrag enthält eine Benchmark-Regelung, nach dem Preise angepasst werden können. Eine solche Anpassung wurde bereits durchgeführt, im Jahr 2014. Im Übrigen enthält der Vertrag eine Verlängerungsoption um jeweils ein Jahr und ist deshalb nicht ersichtlich, inwiefern hier eine "Beihilfe" zu welchem Vorwurf auch immer, vorliegen sollte, weil eine Vertragsverlängerung eben völlig rechtskonform wäre.

R: Die Frage des AGV wird vorläufig nicht zugelassen.

AGV: Können Sie sagen, ob der aktuelle Angebotspreis der AST über den oder unter den aktuellen Preisen liegt, laut dem Altvertrag? Wie wäre da größenordnungsmäßig die Differenz pro Monat?

Z1: Würde ich die gleiche Rechnung mit dem LBO der AST durchführen, wäre jedenfalls auch eine monatliche Ersparnis für den ORF das Ergebnis.

AGV: Gestern hat DI [...] ausgesagt, es hat im Vorfeld des Vergabeverfahrens ein Benchmarking gegeben, im Vergleich zu diesem Benchmark, wo liegt der Altvertrag der AST? Schlechter, besser, Durchschnitt?

Z1: Ein Benchmark gibt nur Ergebnisse zu Marktwerten, basierend auf vergleichbaren Referenzen, welche normiert werden. Diese Normierung ist eine mathematische Umrechnung von Leistungen und Preisen, etc. Soweit ich mich an diesen Benchmark erinnere und ich diesen kenne, wurden darin günstigere Referenzpreise dargestellt, als im aktuellen Vertrag mit der [...], ich war allerdings nicht in diesen Prozess involviert.

AGV: Unter Vorhalt der Beilage 22, Seite 8, da haben Sie die Migrationszeit mit ca. 4,2 Monaten berechnet, können Sie noch einmal erläutern, wie es zu diesen 4,2 Monaten Migrationszeit kommt?

Z1: Wie einleitend in dieser Risikobeurteilung dargestellt, speichert der ORF ca. [...] Petabyte (= [...]) Daten im Datacenter der XXXX. Der Kopiervorgang dieser Daten dauert bei einer Nettoübertragung von 8 Gigabit pro Sekunde (ca. 230 bzw. ca. 109) eben diese 4,2 im Monat. Wie alleine aus dem Potenzunterschied und der Umrechnung von Bit auf Byte (8 Bit = 1 Byte) ersichtlich ist. Z1: Wie einleitend in dieser Risikobeurteilung dargestellt, speichert der ORF ca. [...] Petabyte (= [...]) Daten im Datacenter der römisch 40 . Der Kopiervorgang dieser Daten dauert bei einer Nettoübertragung von 8 Gigabit pro Sekunde (ca. 230 bzw. ca. 109) eben diese 4,2 im Monat. Wie alleine aus dem Potenzunterschied und der Umrechnung von Bit auf Byte (8 Bit = 1 Byte) ersichtlich ist.

R: Würde man die zu migrierende Datenmenge laienmäßig mit einem Sandhaufen vergleichen, und die jeweiligen Speicherplätze mit den jeweiligen Orten des Sandhaufens, verstehe ich Sie dann richtig, dass für das "Umschaufeln" das "Datensandhaufens" 4,2 Monate [...] benötigt werden?

Z1: Genau, dazu kommen allerdings noch die Vorbereitungs- und Nachbereitungsmaßnahmen.

AGV: Wie viel macht diese Vor- und Nachberatungszeit aus, und wie viel besteht derzeit noch an Forcierungspotenzial?

Z1: Wir müssen eine grobe Planung durchführen, ca. vier Wochen, anschließend müssen die benötigten IT-Systeme bestellt oder erweitert werden. Hier sind Lieferzeiten von vier bis sechs Wochen keines Falls ungewöhnlich. Danach beginnt dieser Transfer der Daten (Kopiervorgang). Abschließend sind noch Nacharbeiten, wie z. B. Löschen der Daten notwendig, was auf Grund der Bandarchitektur einige Wochen kosten wird. Optimierungen sind nur realistisch bei den Planungstätigkeiten und mit dem Vorziehen der Nacharbeiten mit dem heutigen Kenntnisstand möglich. Etwaige Reduzierung der Transferzeit können erst bei der detaillierten Erhebung geprüft werden.

AGV: Bei den letzten vorliegenden 5,5 Monaten bei der zur Verfügung stehenden Transitionzeit, besteht da noch Raum bzw. wie würden Sie die 5,5 Monate in Bezug auf die Transitionaufgabe beurteilen?

Z1: Ich sehe das enorm kritisch, da wir idealer Weise, sobald die Auftragserteilung erfolgt, die Bestellung der IT-Systeme abstimmen und durchführen müssen, mit dem Risiko auf die Schnelle eine falsche Entscheidung zu treffen.

AGV: Keine weiteren Fragen.

ASTV: Bezogen auf die Hardware, die angeblich am "End of Life" ist. Wann haben Sie den Status der Hardware erhoben, wie Sie zuvor gesagt haben?

Z1: Wie bereits gestern gesagt, wurde die Liste im Juni, letzten Jahres, erhoben.

ASTV: Welche Anhaltspunkte haben Sie, dass die Hardware von einem Tag auf den anderen, mit September nicht mehr funktionieren würde?

Z1: Das habe ich nie gesagt, dass das nicht mehr funktionieren würde.

ASTV: Stellte die "End of Life"-Thematik, ihrer Ansicht nach, ein akutes Problem für den Fortbetrieb ab 30.09. dar?

Z1: Sie stellt heute schon ein Problem dar, weil beim Ende des Lebens der Produkte, das Ausfallsrisiko und die Ausfallshäufigkeit steigt.

ASTV: Kommt es bei dieser angeblichen Risikosteigerung, auf einzelne Tage an?

Z1: Das Risiko steigt immer gleich und die Ausfallswahrscheinlichkeit.

ASTV: Was heißt aus Ihrer Sicht "End of Life"?

Z1: Es gibt viele verschiedene Sichtweisen. Beginnend bei Produkten, die lange in Betrieb sind, gegeben falls gewisse Abnutzungserscheinungen aufweisen bis zu dem Punkt, wo selbst der Hersteller, keine Ersatzteile bereitstellt für die Produkte.

ASTV: Sind Sie der Ansicht, dass hinsichtlich der Möglichkeit zur Bereitstellung von Ersatzteilen, hier ernsthaft eine Gefahr besteht, wenn sich das Vergabeverfahren um wenige Wochen verzögert und wenn "ja", bitte erörtern Sie, wieso diese Gefahr akut bestehen soll?

R an ASTV: Können Sie nach Rücksprache mit Ihrer Mandantschaft angeben, ob die Clients bereits abgeschrieben sind?

DI [xxx]: Ein Teil der Clients ist zum aktuellen Zeitpunkt buchhalterisch abgeschrieben, ist jedoch technisch nicht "End of Life", da für alle Clients, die für AST, zum gegenwärtigen Zeitpunkt und auch möglicher Weise über den 30.09.2016 hinaus, entsprechende Wartungsverträge abgeschlossen wurden und hier eine entsprechende Versorgung im Falle eines Defektes, gewährleistet ist. Darüber hinaus stehen dem ORF, insbesondere im Standort [K], ausreichend Ersatzgeräte zur Verfügung, sodass es für die Betriebsmannschaft möglich ist, ein defektes Gerät von einem User unmittelbar auszutauschen. Weiters wurden in Abstimmung mit dem ORF, seit 2014, bis ca. Ende März 2016, knapp [x mal 10 hoch 2] neue Geräte zur Verfügung gestellt und wie auch schon seitens der ORF-Vertretung eingebracht wurde, werden auch aktuell, auf Wunsch des ORF, neue Geräte beschafft.

ASTV: Ich wiederhole meine Frage.

Z1: Mir liegen nicht die nötigen Informationen, um dies zu prüfen. Z. B. die Seriennummern und Wartungsnummern sind unbekannt.

ASTV: Sagen Ihnen in Zusammenhang mit Datenbanken der Begriff "synchroner, Multi-Master, Shared-Nothing-Cluster" etwas?

Z1: Ja.

ASTV: Können Sie das mit eigenen Worten kurz erklären?

AGV spricht sich gegen die Zulassung der Frage, wegen der ersichtlichen Relevanz aus.

Mag. [MiA AST]: Wir haben in der Urkundenerklärung, zu Beilage 22, bestritten, dass die Berechnung der Migrationsdauer richtig ist. Diese Frage ist dafür erforderlich, um zu zeigen, dass die [D] es nicht beurteilen konnte.

ASTV: Ich wollte von Z1 wissen, ob ihm bekannt ist, dass die erwähnte Methode zur unterbrechungsfreien Migration von Datenbanken beim ORF im Einsatz und möglich ist.

Z1: Bei der genannten Synchronisationmethode der Datenbanken, geht es darum, die Daten an zwei Orten ident zu halten. Dies bedeutet, nicht nur dass die Daten einmalig kopiert werden, sondern dass sie konstant synchron gehalten werden, was meines Erachtens, mehr Kommunikationsaufwand bedeutet, als eine bloße Eins-zu-eins-Kopie.

ASTV: Wäre Ihrer Ansicht nach, eine unterbrechungsfreie Migration von Datenbanken möglich?

Z1: Das habe ich hier nie bestritten, aber, um es nochmal zu verdeutlichen. Der Kommunikationsaufwand würde - meiner Expertise nach - im Vergleich zu einer Kopie, steigen.

ASTV: Vorhalt: Beilage 22. Wie kommen Sie zu der Auffassung, dass der ORF keine administrativen Rechte an den IT-Systemen besitzen soll?

Z1: Ich habe dieses Thema mehrfach mit den relevanten ORF-Mitarbeitern besprochen und diese haben mir gesagt, dass ihnen die entsprechenden Berechtigungen für den Betrieb fehlen.

ASTV: Die Annahmen, die Sie da getroffen haben, ergeben sich diese Angaben, aus einer Prüfung, die Sie selber vorgenommen haben?

Z1: Die Annahmen sind relevant für den weiteren Verlauf der Risikobeurteilungen. Sollte der ORF, administrative Rechte besitzen, so würde diese Annahme zutreffen und der Rest meiner Risikobeurteilung, würde diesbezüglich zutreffen.

ASTV: Wenn sich Ihre Annahmen als nicht zutreffend erweisen, würde sich Ihre Einschätzung, Ihre Risikobeurteilung ändern?

AGV und ASTV diskutieren über die Zulässigkeit der Frage.

Z1: Würde die Annahme nicht erfüllt, d. h. der ORF würde von der [AST] keine administrative Berechtigung... (Die weitere Aussage wurde unterbrochen).

ASTV: Aus Beilage 22 ergibt sich, dass die Hardware nicht ins Eigentum des ORF übergeht. Kennen Sie Anlage E des derzeitigen Vertrages?

Z1: Ja.

ASTV: Ist Ihnen bekannt, dass nach einer dortigen Regelung, die Hardware sehr wohl ins Eigentum des ORF übergeht.

AGV: Der Vorhalt ist falsch.

ASTV: Ich korrigiere meine Frage dahingehend, dass der ORF jedenfalls berechtigt ist, die Hardware zu übernehmen. Ist Ihnen bekannt, dass der ORF berechtigt ist, die Hardware zu übernehmen?

Z1: Ja, weil ohne die Übernahme, bricht meine komplette Risikobeurteilung zusammen, wie es übrigens im ersten Absatz, Seite 10, 3.1. der Beilage 22, steht.

ASTV: Sind Sie bei Erstellung der Beilage davon ausgegangen, [AST] die Herausgabe der Hardware verlangen wird?

Z1: Nein, ich zitiere "aktuell sind die IT-Systeme, von der [AST] gemietet und für die Transition muss ein Kauf dieser IT-Systeme durch den ORF als erste Annahme, stattfinden."

ASTV: Welche Aufgaben erfüllt das [D] aktuell noch für ORF nach dem Abschluss der Angebotsprüfung?

Z1: [D] besitzt eine mehrjährige Rahmenvereinbarung für seine Beratungsleistungen. Konkret auf diese Vergabe bezogen, werden wir die Umsetzung der Transition begleiten, unabhängig vom Empfänger des Zuschlages.

ASTV: Welche konkreten Leistungen würden Sie, in Zusammenhang mit der Transition, noch erbringen?

R: Können Sie die Rechtserheblichkeit dieser Frage kurz darstellen?

ASTV: Für mich ist nicht erkennbar, wie sich die Schadenshöhe, gemäß Beilage ./36, hinsichtlich der Vorhaltekosten von [D], zusammensetzen soll. Deshalb hätte ich gerne eine Erläuterung, wie sich diese Kosten konkret zusammensetzen.

Z1: Darüber gibt es ein mehrseitiges Angebot unserer Firma. Projektmanagement, Moderation von Terminen, Koordination von Abläufen, Erhebung von Informationen, usw.

R: Die Einvernahme wird um 11.14 Uhr unterbrochen und um 11.26 Uhr fortgesetzt.

ASTV: Auf Vorhalt Beilage ./36, haben Sie diese Zahlen erstellt?

Z1: Ja.

ASTV: Haben Sie den derzeitigen Vertrag mit dem neuen Vertrag hinsichtlich jeder einzelnen Leistung verglichen?

Z1: Hinsichtlich jeder einzelnen Leistung, nein.

ASTV: Können Sie den Betrag von € [1,x mal 10] Mio., zumindest im Groben aufschlüsseln?

Z1: Die Veröffentlichung der Zuschlagsbekanntgabe enthält keine Details oder auch Aufschlüsselung.

ASTV: Ist aus Ihrer Sicht eine physische Migration von ESYS für den ORF zumutbar?

Z1: Wie in meiner Risikobeurteilung geschrieben, wäre dies eine enorme Steigerung des Risikos.

ASTV: Ist Ihre Antwort auf meine Frage also "nein"?

Z1: Ich bezweifle, dass der ORF, das Risiko über einen längeren Zeitraum seine Sendematerialien nur auf einen Standort zu betreiben, was im Zuge einer physischen Migration erforderlich ist, als zumutbar ansieht.

ASTV: Wissen Sie, wieso die physische Migration von ESYS in den Ausschreibungsunterlagen so gefordert wurde?

Z1: Die Ausschreibungsunterlagen wurden von Technikern erstellt und nicht in jedem Detail, mit der Direktion, abgestimmt.

ASTV: Auf Vorhalten der Beilage ./22, Seite 8. Zuvor haben Sie angegeben, dass eine Kapazität von 8 GB pro Sekunde zur Verfügung steht. Ist Ihnen bekannt, dass diese Leistung verdoppelt werden könnte?

Z1: Ich habe von 8 Giga[---] netto pro Sekunde gesprochen, wie in meinem Bericht ersichtlich, weiß ich, dass es mehr Kapazität brutto gäbe.

ASTV: Ist Ihnen bekannt, dass es noch eine weitere Leitung geben würde?

Z1: Können Sie das bitte spezifizieren.

ASTV: Ich verweise auf Beilage ./22, Seite 8, Absatz 2, erster Satz, und möchte von Ihnen wissen, ob die Dauer des Datentransfer unter Berücksichtigung dieser Leitung schneller gehen würde?

Z1: In meinem Bericht ist explizit ausgeführt, eine neue Leitung zu verwenden. Da insbesondere, wie auch im Bericht ausgeführt, es heute völlig unklar ist, wie viel zusätzliche Daten, auf Grund dessen, dass aktuell die Applikationen im Datacenter der [AST] kommunizieren, nach Verschieben der ersten Applikationen, in ein neues Datacenter über die Leitungen kommunizieren müssen.

ASTV: Wie können Sie die Dauer des Datentransfers errechnen, wenn Sie nicht wissen, welche Menge an Daten übertragen werden muss.

Z1: Entschuldigen Sie, das "Daten" bezog sich auf Kommunikation zwischen Applikationen.

Mag. [MiA AST]: Gibt es dennoch einen Einfluss auf die Dauer, wenn sich dieser Parameter ändert?

Z1: Wenn mehr Daten zu übertragen sind, dann wird der Datentransfer länger dauern.

ASTV: Warum gestaltet man, die neu zu erstellende Leitung nicht so, dass sie eine schnellere Transferleistung erbringen kann?

Z1: Wir reden nicht von einer neu zu erstellenden Leitungen, die bestehenden sind bereits "vergraben". Wir reden davon, diese aktiv zu schalten und damit sind die physikalischen Leistungen bereits gesetzt.

ASTV: Wenn Sie von "Endgeräten" reden, bezieht sich das auch auf Mobiltelefone und Drucker?

Z1: Mobiltelefone und Drucker sind nicht Gegenstände dieses Verfahrens, unter anderen Umständen, könnte ich das als "Endgerät" eventuell bezeichnen.

ASTV: Keine Fragen mehr an den Z1:

R: Was ist in den Vergabeunterlagen betreffend die Migration von ESYS festgelegt, konkret betreffend physische Migration?

Z1: Gemäß Trans_FID_8_2 ist die Infrastruktur über zwei Standorte verteilt und kann nacheinander übersiedelt werden.

R: Ist es daher Pflicht des neuen AN, irgendetwas physisch zu übersiedeln?

Z1: Ja, allerdings ist eine Bessererfüllung, wie z. B. eine Risikominimierung, dadurch nicht eingeschränkt.

R: Gibt es in den Vergabeunterlagen Passagen, in denen die erforderliche Maximalzeit der Datenmigration festgeschrieben ist?

Z1: Nein, es wird unter anderem nur der Milestone, Ende der Transition, geregelt.

R: Ist der gerade genannte Zeitpunkt der 30.09.?

Z1: Ja.

R: Unter Vorhalt der Beilage ./36, ergeben sich die rund € [xxx] monatlich, die als "Differenzangebotskosten" dargestellt sind, aus einer Subtraktion der beiden monatlichen Beträge bezüglich AST und MB?

Z1: Ja.

R: Hat MBV Fragen an den Z1?

MBV: Nein.

Z1 wird aus dem Zeugenstand entlassen.

ASTV: Ich verweise auf das Trans_FIA_1_10, aus dem sich einerseits ergibt, dass ein physikalischer Umzug von ESYS vorgenommen werden muss und andererseits auch, eine Auflistung von Milestones hinsichtlich der Transition von ESYS enthalten ist.

R: Sohlin wird festgehalten, dass der Zeuge (Z2) Ing. Mag. [SCH], dankenswerter Weise für eine Einvernahme erschienen ist.

R: IZm § 8 AVG wird RV informiert, dass gestern vorgebracht wurde, dass [die zweitgereichte Bieterin] allenfalls eine Ausscheidungsgrund iZm, Verletzung von Geheimhaltungspflichten aus dem Vergabeverfahren, verwirklicht haben könnte und insoweit, allenfalls, ausscheidungsbedürftig sein könnte. R: IZm Paragraph 8, AVG wird Regierungsvorlage informiert, dass gestern vorgebracht wurde, dass [die zweitgereichte Bieterin] allenfalls eine Ausscheidungsgrund iZm, Verletzung von Geheimhaltungspflichten aus dem Vergabeverfahren, verwirklicht haben könnte und insoweit, allenfalls, ausscheidungsbedürftig sein könnte.

ASTV: Die gestern vorgelegten Presseberichte, beziehen sich auf [die viertgereichte Bieterin]. Wir haben Hr. SCH nicht als Zeugen angeführt.

ASTV: Es ist nicht richtig, dass wir [der zweitgereichte Bieterin] vorwerfen, dass dieses Unternehmen wegen eines "Geheimnisbruchs" auszuschneiden gewesen wäre.

R an ASTV: Haben Sie bislang eine konkrete Tatsachenbehauptung über die definitive Ausscheidungsbedürftigkeit [der zweitgereichten Bieterin] aufgestellt?

ASTV: Wie bereits vorgebracht, wird in den Vergabeunterlagen zu überprüfen sein, ob [die zweitgereichte Bieterin] hinsichtlich der von ihr eingesetzten Subunternehmer, über die entsprechende Eignung verfügt.

R: Behaupten Sie definitiv die fehlende Eignung?

ASTV: Auf Grund der Marktkennntnis, liegen Anhaltspunkte vor.

Wir bleiben bei unserem Vorbringen in unserer Replik.

R beginnt nunmehr mit der Zeugeneinvernahme.

Der Z2 wird gemäß §§ 49 und 50 AVG belehrt Der Z2 wird gemäß Paragraphen 49 und 50 AVG belehrt.

R: Wann haben Sie Ihre Geschäftsführungstätigkeit bei [der zweitgereichten Bieterin] beendet?

Z2: Ich war in der Geschäftsleitungstätigkeit, das war ich bis Ende Juni/Anfang Juli 2015.

R: Haben Sie konkrete Informationen, ob und in welcher Form sich [die zweitgereichte Bieterin] an der ORF-Vergabe laut diesem Verfahren beteiligt hat?

Z2: Nein.

R: Ab wann waren Sie Geschäftsführer bei [AST].

Z2: 1. September 2015 bis Ende März 2016.

R: Hatten Sie mit der Angebotslegung von [AST] in diesem Vergabeverfahren etwas zu tun?

Z2: Ja.

R: Haben Sie Wahrnehmungen ab wann [AST] wusste, dass sich [die zweitgereichte Bieterin] als Bieterin an diesem Vergabeverfahren beteiligt?

Z2: Keine konkreten beweisbaren bis zu diesem Verfahren.

R: Anders gefragt, ist es also richtig, dass Ihnen diesbezüglich keine konkret nachweisbaren Informationen vorliegen?

Z2: Mir persönlich nicht bekannt.

R: Waren Sie mit dem streitgegenständlichen Nachprüfungsverfahren samt akzessorischen Verfahren bei [AST] befasst?

Z2: Ich wurde darüber informiert.

R: Haben Sie Erinnerungen, ab wann [AST] wusste, dass sich [die zweitgereichte Bieterin] an diesem Vergabeverfahren beteiligt (als Bieterin)?

Z2: Nein.

AGV: Sie haben vorhin gesagt, Sie haben keine konkreten beweisbaren Informationen, dass sich [die zweitgereichte Bieterin] im gegenständlichen Verfahren beteiligt? Hat es Marktvermutungen gegeben über andere Teilnehmer am Vergabeverfahren-?

Z2: Ja.

AGV: Was waren die Vermutungen, welche sonstigen Teilnehmer sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligen?

Z2: Die üblichen fünf bis sieben potenziellen Anbieter kommen bei so etwas, immer in Frage.

AGV: Können Sie die potenziellen Bieter konkretisieren?

Z2: [Nr 1], AST], [die zweitgereichte Bieterin], [MB], [eine weitere Bieterin], indische Anbieter, die in den Markt treten.

AGV: Hatten Sie Kenntnis, ob [die zweitgereichte Bieterin] einen Teilnahmeantrag gestellt hat?

Z2: Ist mir jetzt nicht bewusst.

AGV: Auf Vorhalt des Vorbringens der ASTV, nachdem die [die zweitgereichte Bieterin] nicht geeignet sein könnte, die gegenständliche Leistung anzubieten. Ist Ihrer Einstellung, [die zweitgereichte Bieterin] ein geeigneter Bieter für diese Leistung?

Z2: Über Nachfrage, ich habe verstanden, dass Subunternehmer der [zweitgereichten Bieterin] vermutlich nicht geeignet wäre.

AGV: Könnte [die zweitgereichte Bieterin] das machen?

Z2: Da [die zweitgereichte Bieterin] zu den "Big Playern" gehört, hat die Firma das Potenzial, bei solchen Ausschreibungen teilzunehmen.

MBV: Sie haben gesagt, Sie waren in der Geschäftsleitung der [zweitgereichten Bieterin], was war Ihr Aufgabenbereich dort?

Z2: Ich war in der Geschäftsleitung [der zweitgereichten Bieterin] Central East Europe, das sind 26 Länder und dort für diese Länder verantwortlich für den Bereich Financial Services (Banken und Versicherungen) sowie für den Neuaufbau des Sales-Bereiches "Managed Service", was nicht Key-Account, wie den ORF, eingeschlossen hat, im letzten Jahr.

MBV: Waren Sie für den ORF zuständig, in irgendeiner Form und wenn "ja", in welchem Zeitraum?

Z2: Bis zum Sommer 2014 leitete ich auch den Bereich "Telekom und Media", wo in der damaligen Organisationsform, der ORF ein Kunde war.

ASTV: Wo ist die Relevanz der Frage?

MBV: Wurde in der Geschäftsleitung der [zweitgereichten Bieterin] die Teilnahme am Vergabeverfahren ORF, kollegial besprochen?

Z2: Nein.

MBV: Wechsel der Geschäftsleitung [AST]: Welche Gründe haben [AST] dazu bewogen, die Ausschreibung des AG zu beeinspruchen?

Z2: In der Phase der Beeinspruchung haben die Trennungsgespräche begonnen, da war ich in die Entscheidung nicht mehr maßgeblich involviert, ich wurde informiert, dass über den Einspruch diskutiert wurde. Der eigentliche Einspruch ist mir nicht mehr bekannt gewesen.

MBV: Ist Ihnen bekannt, dass AST in dieser Ausschreibung auf Platz 3 gereiht wurde?

Z2: Ja.

MBV: Welche Unternehmungen hat die Geschäftsleitung der AST angestellt, um herauszufinden, wer auf Platz 2 gelandet ist bzw. wer den 4. Platz belegt hat?

Z2: Ist mir nicht bekannt, da das unmittelbar bei meinem Ausscheiden war.

MBV: Hat Ihr Ausscheiden bei der Geschäftsleitung mit dem Ausgang des Vergabeverfahrens zu tun?

Z2: Ich glaube nicht.

ASTV: Haben Sie, wie Sie aus der Geschäftsleitung ausgeschieden sind, gegenüber [der zweitgereihten Bieterin] eine "Geheimhaltungsverpflichtung" unterschrieben, betreffend Umstände, die Ihnen im Zuge Ihrer Tätigkeit bei [der zweitgereihten Bieterin] bekannt wurden?

Z2: Nicht beim Ausscheiden.

ASTV: Besteht eine "Geheimhaltungsverpflichtung" gegenüber [der zweitgereihten Bieterin]?

Z2: Ja, "tonnenweise", aber nicht beim Ausscheiden.

ASTV: Haben Sie gegen diese Verpflichtung verstoßen?

Z2: Nein.

R: Da an den Z2 keine Fragen mehr sind, bedankt sich das Gericht für das Erscheinen.

Anhörung der RV: Hr. [SCH] hat das Unternehmen, [die zweitgereichte Bieterin], Ende August 2015 verlassen. Er wusste sehr wohl, dass sich [die zweitgereichte Bieterin] an dem Vergabeverfahren beteiligt. Es kann nicht bestritten werden, dass er sich gegenständlich, um einen großen Auftrag, auch für [die zweitgereichte Bieterin], handelt bzw. gehandelt hat, der natürlich im Unternehmen kommuniziert und jedenfalls in der Geschäftsleitungsebene. Anhörung der Regierungsvorlage, Hr. [SCH] hat das Unternehmen, [die zweitgereichte Bieterin], Ende August 2015 verlassen. Er wusste sehr wohl, dass sich [die zweitgereichte Bieterin] an dem Vergabeverfahren beteiligt. Es kann nicht bestritten werden, dass er sich gegenständlich, um einen großen Auftrag, auch für [die zweitgereichte Bieterin], handelt bzw. gehandelt hat, der natürlich im Unternehmen kommuniziert und jedenfalls in der Geschäftsleitungsebene.

Der anwesende Z2 wird ergänzend einvernommen.

Z2 wird nochmals gemäß §§ 49 und 50 AVG belehrt und ausdrücklich hingewiesen, dass eine falsche Aussage gemäß § 288 StGB strafbar ist. Z2 wird nochmals gemäß Paragraphen 49 und 50 AVG belehrt und ausdrücklich hingewiesen, dass eine falsche Aussage gemäß Paragraph 288, StGB strafbar ist.

R hält das Vorbringen der RV vor und fragt den Z2, ob er bei seiner Aussage bleibt. R hält das Vorbringen der Regierungsvorlage vor und fragt den Z2, ob er bei seiner Aussage bleibt.

Z2: Ja.

AGV regt an, den Z2 hinsichtlich "Kündigung" und "Verlassen des Unternehmens" aufzuklären.

R: Wann war klar, dass Sie von Ihrer Tätigkeit bei [der zweitgereihten Bieterin] ausscheiden würden?

Z2: Mitte Juni 2015.

R: Waren Sie danach, wie gerichtsnotorisch öfters bei leitenden Angestellten, von Ihren Tätigkeiten bis zum formalen Vertragsende ganz oder teilweise freigestellt?

Z2: Ja.

R ruft zur Ordnung.

R an Z2: Können Sie sich zwischenzeitlich erinnern, dass bei [der zweitgereihten Bieterin] ein RFI, gemäß § 8 B-VG, offenbar ein Teilnahmeantrag bei der gegenständlichen Vergabe abgegeben wurde, soweit Sie insoweit keine Verschwiegenheitspflichten haben? R an Z2: Können Sie sich zwischenzeitlich erinnern, dass bei [der zweitgereihten Bieterin] ein RFI, gemäß Paragraph 8, B-VG, offenbar ein Teilnahmeantrag bei der gegenständlichen Vergabe abgegeben wurde, soweit Sie insoweit keine Verschwiegenheitspflichten haben?

Z2: Es war nicht mein Aufgabengebiet und ich kann es heute nicht bestätigen.

R: Kann es sein, dass Sie insoweit Tatsachenwahrnehmungen vergessen haben?

Z2: Das ist möglich.

MBV: War es in der Geschäftsleitung der [zweitgereihten Bieterin] üblich, im sogenannten "Rainbow-Verfahren" über strategische Projekte zu informieren.

Z2: Das "Rainbow-Verfahren" hat nichts mit strategischer Entscheidung zu tun und dient auch nicht für eine kollektive Information der Geschäftsleitung.

MBV: Wie hat sich die Geschäftsleitung, bei strategisch wichtigen Projekten, abgestimmt.

R: Die Frage wird vorläufig nicht zugelassen.

Z2 ersucht um Übermittlung einer Verhandlungsniederschrift an die Adresse adradradr,

R belehrt Z2, dass er binnen 14 Tagen, ab Zustellung der Niederschrift, Einwände gegen selbige verfassen kann, die dazu dienen, klarzustellen, ob das Niedergeschriebene richtig niedergeschrieben wurde. Einwendungen haben nicht den Zweck, ergänzende Ausführungen zu dem Gesagten, was also heute nicht gesagt wurde, zu machen.

Der Z2 wird aus dem Zeugenstand entlassen.

Der Z2 verlässt um 12.44 Uhr den Verhandlungssaal.

R ersucht nunmehr die Parteienvertreter, der Reihe nach, den heute gewünschten Verfahrenshandlungen, soweit nicht bereits vorgenommen, zu konkretisieren.

ASTV: Vorbringen zum Schaden, sowie Einvernahme von DI [...].

AGV: Ich ersuche noch um eine kurze Einvernahme des anwesenden [...] zu den ORF-internen Kosten im Falle einer Verlängerung der einstweiligen Verfügung.

MBV: Ich ersuche, um Ermöglichung des Vorbringens betreffend Schaden und um Durchführung des Rechtsgesprächs im Sinne der Judikatur und dem fehlenden Interesse der ASt.

Sohin wird das Rechtsgespräch entriert.

Um 13.00 Uhr wird das Rechtsgespräch beendet und die Verhandlung für 50 Minuten unterbrochen.

Um 13.55 Uhr wird fortgesetzt.

R: Gibt es noch Vorbringen zu den gesetzlichen Aufgaben und Pflichten des ORF und den bisher insoweit gehörten Zeugen?

MBV: Die erlassene einstweilige Verfügung ist aus folgendem Grund unverzüglich aufzuheben:

In Rz 44ff des Nachprüfungsantrages, beschreibt die ASt ihr Interesse an der einstweiligen Verfügung, ausschließlich mit dem Recht auf Zuschlagserteilung. Es wird kein Vorbringen über einen allfälligen Widerruf erstattet. Wenn die ASt vorbringt, dass sie zwingend die Namen der Zweitgereihten und der Viertgereihten hätte kennen müssen, um ein entsprechendes Vorbringen zu erstatten, ist ihr entgegenzuhalten, dass nach ihrem eigenen Vorbringen einer angeblich fehlerhaften Angebotsbewertung, sowie der Durchführung der Bewertung durch eine fachlich inkompetente Jury, die logische Konsequenz, nur der Widerruf sein kann. Ein Interesse am Widerruf des Vergabeverfahrens, wurde von der ASt jedoch nicht behauptet, das behauptete Interesse, den Zuschlag zu erhalten, liegt nicht mehr vor, da die ASt rechtskräftig ausgeschieden wurde.

ASTV: Unter Rz 43 bzw. 44 des Nachprüfungsantrag (NPA) verweisen wir ausdrücklich auf die die Ausführungen im NPA selbst und erheben diese damit zum Begehren der Erlassung der eV. Der Beschwerdepunkt unter Rz 12 bzw. 11 in der NPA war der Judikatur entsprechend, weit gefasst und umfasste auch die Prüfung, ob nicht ein Widerruf des Vergabeverfahrens, vorgenommen werden muss, insbesondere aus unserem Vorbringen zur nicht fachgerecht besetzten Bewertungskommission, ergibt sich, dass das Vergabeverfahren an einem "Wurzelmangel" leidet, der auch bisher nicht saniert werden konnte. Es besteht daher weiterhin Interesse, am Aufrechterhalten der eV, insbesondere unter der Berücksichtigung der sich aus der EUGH-Entscheidung C-689/13, ergebenden Rechtsprechung zur Antragslegitimation und zum Interesse eines Bieters auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes.

Der Aufrechterhaltung der eV stehen keine öffentlichen Interessen entgegen, da der Sendeauftrag gemäß § 3 ORF-Gesetz und auch die übrigen Bestimmungen des Gesetzes, einen nur sehr eingeschränkten Programmbetrieb

vorsehen, der sich nach diesen Gesetz ergebende einfache Sendebetrieb, könnte jedenfalls vom ORF selbst vorgenommen werden und hängt nicht unmittelbar an der Aufhebung der gegenständlichen eV. Auch die Finanzierung eines solchen einfachen Sendebetriebs, wäre dem ORF leicht möglich, wie sich aus Beilage 35, Seite 7, ergibt (siehe die hohen Einnahmen des ORF aus Programmentgelten). Im Übrigen wäre auch das Schalten von Werbungen ohnehin weiterhin möglich. Der öffentliche Sendeauftrag des ORF kann somit hier nicht für die Beurteilung der Interessenabwägung ausschlaggebend sein. Beweis: Hr. [DI xxx]. Der Aufrechterhaltung der eV stehen keine öffentlichen Interessen entgegen, da der Sendeauftrag gemäß Paragraph 3, ORF-Gesetz und auch die übrigen Bestimmungen des Gesetzes, einen nur sehr eingeschränkten Programmbetrieb vorsehen, der sich nach diesen Gesetz ergebende einfache Sendebetrieb, könnte jedenfalls vom ORF selbst vorgenommen werden und hängt nicht unmittelbar an der Aufhebung der gegenständlichen eV. Auch die Finanzierung eines solchen einfachen Sendebetriebs, wäre dem ORF leicht möglich, wie sich aus Beilage 35, Seite 7, ergibt (siehe die hohen Einnahmen des ORF aus Programmentgelten). Im Übrigen wäre auch das Schalten von Werbungen ohnehin weiterhin möglich. Der öffentliche Sendeauftrag des ORF kann somit hier nicht für die Beurteilung der Interessenabwägung ausschlaggebend sein. Beweis: Hr. [DI xxx].

AGV: Ich schließe mich zum einen dem Vorbringen der MB an und ergänze, dass das bisherige Beweisverfahren ergeben hat, eine ordnungsgemäße Angebotsprüfung stattgefunden hat und kein Grund für ein Ausscheiden der Bieter [MB], der zweitgereihten Bieterin und der viertgereihten Bieterin, hervorgekommen ist. Ein substantiiertes Vorbringen der ASt, weshalb [...] die zweitgereichte Bieterin auszuschneiden wäre und ein diesbezügliches Anbot eines Bescheinigungsmittels fehlt bis dato, wohingegen der Aussage von DI [D], zu entnehmen war, dass kein Ausscheidungsgrund [der zweitgereihten Bieterin] vorliegt und auch Hr. Mag. [SCH] bestätigt hat, dass die zweitgereichte Bieterin ein potentes Unternehmen zur Erbringung der gegenständlichen Leistung ist. Auch vor diesem Hintergrund ist die beantragte Verlängerung der einstweiligen Verfügung, abzuweisen. Im Übrigen macht die ASt ohnehin nur vermögenswerte Interessen geltend, zu deren Absicherung es keiner einstweiligen Verfügung bedarf. Dagegen sind die vom ORF vorgebrachten Interessen nicht wieder gutzumachen und besteht auch keine Möglichkeit den dadurch erlittenen Schaden, von der ASt, einzufordern. Auch dies ist bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen.

ASTV: Es bestehen nicht nur vermögenswerte Interessen der ASt an der Aufrechterhaltung bzw. Verlängerung der eV, sondern besteht auch ein öffentliches Interesse daran, dass ein Vergabeverfahren entsprechend der Grundsätze des BVergG durchgeführt wird und dass der Zuschlag an den Bestbieter nach ordnungsgemäßer Prüfung, aller Angebote erteilt wird. Der Umstand, dass die Bewertungskommission hier nicht fachgerecht besetzt war und dass die ASt nachträglich ausgeschieden wurde zeigt, dass im gegenständlichen Fall gerade keine ordnungsgemäße Angebotsprüfung im Sinne der vergaberechtlichen Bestimmungen, vorgenommen wurde, was den öffentlichen Interessen widerspricht.

R: Festgehalten wird, dass insoweit keiner ein weiteres Vorbringen mehr erstattet.

Hr. DI [xxx], Z3, wird in den Zeugenstand gebeten, um ihn im Zusammenhang mit dem Sendebetrieb des ORF zu befragen.

Der Z3 wird wahrheitserinnert und gemäß §§ 49 und 50 AVG belehrt Der Z3 wird wahrheitserinnert und gemäß Paragraphen 49 und 50 AVG belehrt.

R: Können Sie auf Basis Ihrer Sachkenntnisse, Tatsachenangaben machen, ob bzw. inwieweit der ORF ab 01.10.2016 seinen Betrieb, wie bisher, aufrechterhalten könnte, wenn aktuell kein Zuschlag ab sofort erfolgen würde?

Z3: Aus Sicht der Leistungen, die der ORF im Rahmen des Sendebetriebes in Eigenverantwortung für sich selbst erbringt, sehe ich keine Gefährdung desselben im Zusammenhang mit den Leistungen, die die ASt erbringt, verweise ich auf Anlage E des bisherigen Vertrages.

ASTV erhält das Fragerecht: Würde AST mit 01.10.2016 ihre Leistungen einstellen?

Z3: Aus einer rein operativen Sicht und insbesondere im Zusammenhang mit meiner Funktion als Verantwortlicher für das Servicemanagement bei AST, wäre so ein Zustand für mich undenkbar und ich kann mich an so einen praktischen Fall auch nicht erinnern.

ASTV: Ist es richtig, dass die von AST zur Verfügung gestellte Hardware ihr "End of Life" erreicht hätte?

Z3: Nach meinem Verständnis gibt es für den Begriff "End of Life" eine klare Voraussetzung, nämlich dass zu diesem Zeitpunkt, keine Wartung bzw. Fehlerbehebungsmaßnahme eines jeweiligen Herstellers, mehr zur Verfügung steht bzw. in Anspruch genommen werden kann. Für die Hardware, die für den ORF von AST betrieben oder zur Verfügung gestellt wird, ist "End of Life" zum jetzigen Zeitpunkt, nicht zutreffend, wie schon in anderen Ausführungen kurz dargestellt, ist ein Großteil der Hardware, insbesondere im Bereich der Server- und Storageinfrastruktur aus Sicht ihrer Nutzung "State of the Art".

ASTV: Angenommen, die Transition könnte wirklich nicht bis 30.09. beendet werden, hat der ORF - Ihrer Ansicht nach - noch genügend Zeit, sich von jetzt weg, ein "Alternativszenario" zu überlegen?

Z3: Aus meiner Sicht, ja.

ASTV: Besteht die Gefahr, dass der ORF mit Ablauf bis 30.09.2016 nicht mehr über Clients verfügen würde?

Z3: Auf keinen Fall, dieser Zustand ist für mich undenkbar.

ASTV: Was wäre hier die alternative Beschaffungsmöglichkeit?

Z3: Meiner Meinung nach, wäre der ORF jederzeit in der Lage, über die Bundesbeschaffungsgesellschaft, entsprechende Abrufe zu tätigen.

ASTV: Könnte der ORF weiterhin Werbung schalten, wenn die Transition nicht bis 30.09. abgeschlossen ist?

Z3: Für mich gibt es zum jetzigen Zeitpunkt, keinen nachvollziehbaren Grund, warum dies nicht möglich sein sollte.

ASTV: Ist Ihnen bekannt, dass der ORF einen eigenen Virenschutz aufgebaut hat, der parallel zu dem von AST angebotenen läuft?

Z3: Das ist mir bekannt, der ORF achtet zudem auch strikt darauf, ein eigenes "abgeschottetes" Produktionsnetz zu betreiben und erbringt damit wesentliche Infrastruktureile für den Sendebetrieb und in dem Zusammenhang, auch insbesondere für die Security-technische Absicherung des Sendebetriebs, die Leistungen selbst.

ASTV: Ist der ORF also ganz allgemein in der Lage, einen Sendebetrieb jedenfalls weiter aufrechtzuerhalten?

Z3: Der ORF ist dazu in der Lage.

AGV: Sie haben gerade den Sendebetrieb angesprochen, in welcher Qualität würde der Sendebetrieb ausschauen, wenn zum 01.10.2016, keine Basis-IT zur Verfügung stünde? So wie die ORF-Programme allgemein bekannt sind oder in eingeschränkter Form?

Z3: Unter meinen Prämissen, das habe ich schon mehrmals erwähnt, die Leistungen der AST zum Basisbetrieb nicht zu einem bestimmte Stichtag eingestellt werden und der Tatsache, dass im ORF die Broadcast-IT, Betriebsverantwortung für den Sendebetrieb hat, sehe ich keine Einschränkungen bzw. ersuche die Frage zu konkretisieren.

AGV: Ihre Prämisse ist falsch. Was ist wenn am 01.10.2016 XXXX keine Basis-IT-Leistungen erbringt, in welcher Qualität schaut dann das ORF-Programm aus? AGV: Ihre Prämisse ist falsch. Was ist wenn am 01.10.2016 römisch 40 keine Basis-IT-Leistungen erbringt, in welcher Qualität schaut dann das ORF-Programm aus?

Z3: Ich weiß nicht, wie der juristische Satz ist, ich bestreite, dass meine Prämisse falsch und weise diesbezüglich auf die oben schon festgehaltenen Antworten hin.

AGV: Auf welchen Antworten verweisen Sie?

Z3: Ich verweise auf die Antwort, dass es aus meiner Sicht undenkbar ist, die Leistungen mit 30.09.2016 aus Sicht einer AST, einzustellen und auf Grund der aktuellen vertraglichen Bedingungen, zu einer entsprechenden Weiterleistung sogar verpflichtet sind.

AGV: Bedeutet Ihre Aussage, dass für den Sendebetrieb, es Basis-IT-Dienstleistungen bedarf, in diesem Fall seitens der AST?

Z3: Diese Frage ist IT-technisch nicht falsch, trotz allem ist es dem ORF möglich, seinen Sendebetrieb ausreichend sicherzustellen. Zur besseren Erklärung möchte ich hier auf die weitgehende Autarkie der Landesstudios hinweisen, diese sind technisch so eigenständig ausgestattet und haben entsprechendes Fachpersonal vor Ort, das auch hinsichtlich der Zugriffsrechte, ausreichende Möglichkeiten hat, auf Systeme zuzugreifen und diese zu betreiben. In

der täglichen operativen Zusammenarbeit mit dem ORF ist es hier auch so, dass wir hier als Dienstleister für die Basis-IT, so gut wie keine laufenden Betriebstätigkeiten erbringen, die über Standardpflegemaßnahmen hinausgehen und somit für einen Sendebetrieb "lebensnotwendig" wären.

AGV: Über welche Befugnis verfügen Sie bei AST?

Z3: Ich ersuche die Frage zu präzisieren.

AGV: Verfügen Sie über die Befugnis ein verbindliches Angebot namens AST, hier und jetzt, zu machen?

Z3: In Bezug auf ein Angebot, hier und jetzt, im Rahmen dieses Verfahrens, heute im Gericht, sehe ich keine Befugnis, alleine ein verbindliches Angebot zu machen. De facto zählt es im Rahmen meiner Tätigkeit für AST zu meinen täglichen Aufgaben, verbindliche Angebote, insbesondere für den ORF, zu erarbeiten und zu erstellen, wobei natürlich hier interne Unterschriftenrichtlinien zu beachten sind.

AGV: Sie haben gesagt, dass AST ab 01.10.2016 die Leistungen nicht einstellen würde. Zu welchem Entgelt werden die IT-Leistungen ab 01.10.2016 erbracht?

Z3: Aus meiner heutigen Sicht ist dieses Entgelt in Bezug auf seine finale Höhe, offen.

AGV: Besteht also noch keine Einigung über die Konditionen, zu denen die IT-Provider-Leistungen ab 01.10.2016 erbracht werden?

Z3: Da es offensichtlich zum jetzigen Zeitpunkt noch unterschiedliche Auffassungen über das gemeinsame Vorgehen ab dem 01.10.2016 gibt, ist es für mich auch offen, welche Konditionen hier zur Anwendung gelangen sollten. Jedenfalls haben wir immer in der Vergangenheit es gemeinsam mit unseren Ansprechpartner beim ORF geschafft, auch für - in erster Linie juristisch strittige Situationen - eine operativ sinnvolle Lösung zu finden.

AGV: Sie haben vorhergesagt, es wäre noch ausreichend Zeit, noch Alternativszenarien zu entwickeln bis zum 30.09.2016. Um welche Alternativszenarien handelt es sich hierbei?

Z3: Ich finde es erstaunlich, dass ich zu Consulting-Leistungen befragt werde und denke, dass sowohl auf ORF-Seite als auch durch die Unterstützung durch [D] entsprechendes Fachwissen zur Verfügung steht. Entgegen den bisherigen Ausführungen ist es - aus meiner Sicht - und so würden wir auch eine entsprechende Planung aufsetzen, möglich, Migrationen zu parallelisieren und hiermit eine entsprechende Beschleunigung zu erzielen.

AGV: Wie viel der derzeit in Einsatz befindlichen IT-Infrastruktur ist - bezogen auf den 01.03.2016 - abgeschrieben gewesen, wertmäßig gedacht?

Z3: Über den genauen Wert kann ich keine Auskunft geben, sondern ich kann diese Frage - wenn gewünscht - in Zusammenhang mit Stückzahlen besser beantworten.

AGV: Bitte sagen Sie es uns in Bezug auf Stückzahlen.

Z3: Grob geschätzt sind im Bereich der Client-Hardware ca. 3/4 buchhalterisch abgeschrieben und im Bereich der "Server-Storage-Infrastruktur", ca. 1/3.

AGV: Auf Vorhalt der [Beilage] II. aus einem Verhandlungsprotokoll. Sind die darin genannten Zahlen richtig?
AGV: Auf Vorhalt der [Beilage] römisch zwei. aus einem Verhandlungsprotokoll. Sind die darin genannten Zahlen richtig?

Z3: Die vollständige Richtigkeit dieser Zahlen kann ich ohne Gegenprüfung, hier nicht bestätigen, da mir im Detail nicht klar ist, welche Asset-Liste der ORF, zur Erstellung dieser Aufstellung, herangezogen hat. Tatsache ist, dass, insbesondere im Bereich der "Server-Storage-Infrastruktur" laufend und natürlich nach direkter Detailabstimmung mit dem ORF, Erneuerungen durchgeführt werden, so auch jetzt noch.

AGV: Unter der Vorlage der Beilage .37, letzte Seite, auf Vorhalt der diesbezüglichen von DI [D], ist zum notwendigen Austausch-Storage (€ 1 Mio.), Clients (€ 100.000 pro Monat) plausibel?

Z3: Diese Zahlen sind für mich nicht plausibel.

AGV: Wie würden Sie den Austauschbedarf hinsichtlich Storage ansetzen bzw. hinsichtlich Clients?

Z3: In der Ausschreibung ist gefordert, dass im Bereich der zentralen Storage-Systeme ein Austausch stattfinden muss. Die aktuelle Ausschreibung gibt ganz klar vor, dass der ORF die Spezifikationen für neue Hardware, wesentlich vorgibt.

Eine Ersatzbeschaffung für die beiden angeführten Storage-Systeme, liegt - nach meiner Einschätzung - bei einem Investitionsvolumen von deutlich unter € 500.000 (Storage). Clients müssen in Abhängigkeit von einem Client-Refresh-Projekt beschafft werden.

AGV: Wie hoch ist das Volumen, Sie haben gesagt, Sie haben schon etwas ausgetauscht, wie hoch ist das Volumen für Client-Refreshment?

Z3: Es ist - aus jetziger Sicht nicht klar - wieviel Geräte der ORF im Clientbereich, zu welchem Zeitpunkt erneuert wird und ich möchte - in Zusammenhang mit der bisherigen operativen Erfahrung beim ORF festhalten - dass es insbesondere im Bereich des Sendebetriebs und damit in der Betriebsverantwortlichkeit der Broadcast-IT, zum langjährigen und zum Teil die buchhalterische Abschreibungsdauer deutlich überschreitende Nutzung und in manchen Fällen, sogar zu einem Einsatz von Komponenten über den "End of Life-Punkt" kommt, wodurch ich meine Aussage von oben, stützen möchte, da eine genaue Abschätzung für einen Nicht-ORF-Mitarbeiter nicht möglich ist.

AGV: Wie viele Clients wurden in den letzten vier Wochen ausgetauscht oder bestellt, volumsmäßig oder wertmäßig?

Z3: Ich weiß dazu keine Details auf Wochenebene. Es besteht das Einverständnis mit dem ORF, das kurzfristig noch Clients im kleinstelligen, dreistelligen Bereich, getauscht werden können.

MBV: Täglich, wöchentlich, monatlich, welche Zeiteinheit?

Z3: Aus heutiger Sicht, bis zum 30.09.2016.

AGV: Um Ihre kryptische Antwort zu verdeutschen, ist das Beschaffungsvolumen für Clients bis zum 30.09.2016 ca. € 100.000?

Z3: Es ist höher.

AGV: Könnten Sie das genauer beziffern?

Z3: Ich schätze ganz grob, ca. € 250.000.

AGV: Keine weiteren Fragen.

MBV: Wieso werden jetzt die Refreshing-Maßnahmen gesetzt, wenn jetzt, nach Ihren vorherigen Aussagen, die IKT-Infrastruktur des ORF auch nach dem 01.10.2016 "State of the Art" ist?

Z3: Vielleicht wäre es zum besseren Verständnis aller hier Beteiligten besser, wenn wir kurz klären, ob wir unter IKT-Infrastruktur nun alle Hardware-Assets zusammenfassen oder was die weitere Fragebeantwortung leichter und eindeutiger wäre, IKT-Infrastruktur primär den Server und Storage-Teil zu verstehen.

MBV: Ausgeschrieben ist die gesamte Infrastruktur, daher ersuche ich um Beantwortung vor dem Hintergrund einer Gesamtbetrachtung?

R: Die Frage wird vorläufig nicht zugelassen.

MBV: Wie viele Clients hat der ORF insgesamt im Einsatz?

Z3: Diese Frage kann ich leider nicht beantworten, weil mir für den Bereich der Broadcast-IT, diese Zahlen nicht zur Verfügung stehen.

MBV: Am Vormittag konnten Sie doch im Rahmen der Befragung DI [D]genau sagen, dass bis März 2016, 700 neue Geräte eingebaut werden konnten. Wie kommen Sie ohne Kenntnis der Gesamtzahl, zu diesen Aussagen?

Z3: Ich verstehe nicht, warum es notwendig ist, eine Gesamtzahl zu kennen, um festzustellen, wie viele Geräte von AST über einen Zeitraum den letzten Jahren geliefert wurden.

MBV: Wenn Sie Prozentsätze angeben können, wie viele Geräte "End of Life" sind bzw. wie bis zum 01.10.2016 vorzugehen ist, gehe ich davon aus, dass Sie die Zahlen kennen? Kennen Sie die Zahlen wirklich nicht?

Z3: Dann ersuche ich Sie, Ihre eigene Wahrnehmung zu korrigieren, die angegebenen Prozentsätze beziehen sich auf die von AST im Rahmen des bestehenden Vertrages zur Verfügung gestellte Infrastruktur.

MBV: [Beilage II.]: Ist diese Liste unter gemeinsamer Mitwirkung mit der AST erstellt worden? MBV: [Beilage römisch zwei.]: Ist diese Liste unter gemeinsamer Mitwirkung mit der AST erstellt worden?

Z3: Diese Liste ist auf Basis eines Inputs, den [AST], dem ORF geliefert hat, im Rahmen der Ausschreibung, beim ORF entstanden.

MBV: Sie wurden gefragt zum Thema "Sendebetrieb". Waren Sie jemals Sendungsverantwortlicher oder waren Sie in den operativen Sendebetrieb eingebunden?

Z3: Ich habe im Rahmen meiner Tätigkeit für den ORF, mehrmals in der Woche persönliche Abstimmungen mit unterschiedlichen Bereichen des ORF und hier nicht nur mit den Verantwortlichen beim ORF für die Basis-IT, sondern insbesondere auch Abstimmungen mit der Broadcast-IT. Hier gibt es auf 14-tägiger Basis eine Abstimmung mit Hr. Ing. [BBB]. Sowie auch mit den Broadcast-Verantwortlichen im Funkhaus. Aus diesen Abstimmungen ergibt sich für mich, dass klare Bild, dass ein Sendebetrieb weitgehend autark durch die ORF durchgeführt und aufrecht erhalten werden kann.

ASTV: Wer entscheidet wie viele Clients bestellt werden?

Z3: Ausschließlich der ORF selbst.

Die Zeugeneinvernahme wird zum Thema "Sendebetrieb" beendet.

Ausgehend davon, dass betreffend den jeweiligen als drohenden, empfundenen Schaden bzw. allenfalls bereits eingetreten Schadens, Geheimhaltungsinteressen seitens der Bietervertreter bereits angemeldet wurden, ersucht R ASTV und MBV, unter Berücksichtigung von allfälligen Sowieso-Kosten, kurz ohne Zahlenangabe, darzustellen, welche finanziellen Nachteile, abseits eines allfälligen entgehenden Deckungsbeitrages bzw. entgehenden Gewinns bzw. von notorischen Vorhaltekosten für Personal, im Falle der Auftragserteilung, sonst derzeit angesetzt werden.

MBV: Über die von R angegebenen Beiträge, fallen bei der MB, auch noch die Kosten des gegenständliche Vergabekontrollverfahrens, entgangener Umsatz durch die von der ASt laufend vorgenommenen Refreshings und Austauscharbeiten, sowie Mehraufwände durch die erforderliche Beschleunigung bzw. drohende verlängerte Transition sowie entgangener Gewinn durch Rückzug aus Projekten in Deutschland, um das topqualifizierte Personal, für den ORF-Auftrag verfügbar zu haben. Die monatliche Schadenshöhe wurde vom Controlling mit € [x mal 10 hoch 3] ausgewiesen. Die entgangenen Umsätze durch Kannibalisierung, durch die ASt, belaufen sich - geschätzt auf zumindest € [1,x mal 10 hoch 6] Mio. bis 01.10.2016 und zum entgangenen Gewinn aus ausgesagten Projekt, verweise ich auf die Beilage, die aus der Akteneinsicht ausgenommen werden sollte.

ASTV: Ich möchte kurz replizieren, dass hinsichtlich der angegebenen Personalkosten, liegt dies in der Verantwortung der MB, da diese mit einem NPV rechnen müsste und daher die Verträge mit einem entsprechenden Puffer versehen werden hätten müssen. Im Übrigen wird bestritten, dass die Mitarbeiter von MB nicht anderwärtig eingesetzt werden könnten. Ein entgangener Gewinn kann derzeit nicht bestehen, weil nicht feststeht, dass es zum Vertragsabschluss kommen wird. Im Übrigen würde es zu einer bloßen Verzögerung der Aufnahme des Betriebs von MB kommen (wenn die eV weiter läuft), der Vertragsbeginn würde sich also nur nach hinten verschieben, die Laufzeit und das Entgelt aber gleich bleiben, weshalb kein ergangener Gewinn, ersichtlich ist.

Über die vom R angegeben Beträge hinaus, fallen bei der ASt folgende Kosten an:

- -Strichaufzählung
Remanenzkosten und Restrukturierungsaufwendungen durch die Nicht-Fortführung des Auftrages würde es zu einem Leerstand im Rechenzentrum der ASt kommen (Mieten müssten aber weiter bezahlt werden), weiters möchte das Rechenzentrum entsprechend restrukturiert werden. Die hier entstehenden Kosten werden mit insgesamt € [1,x mal 10 hoch 7] Mio. beziffert.
- -Strichaufzählung
Verlust von Synergieeffekten:

Durch den Verlust des gegenständlichen Auftrages, hätte die ASt am Markt wesentlich schlechter Einkaufskonditionen, weil sie dann entsprechende Mengenrabatte der Bestellungen, z. B. bei Hardware, verlieren würde. Weiters käme es auf Grund der geringeren Auslastung, generell zu einer Verschlechterung der Kostenstruktur. Diese Schäden werden mit € [x mal 10 hoch 6] Mio. beziffert.

- -Strichaufzählung
Frustrierte Aufwendungen im Vergabeverfahren in Höhe € [x mal 10 hoch 5] bis zum heutigen Tage

- -Strichaufzählung
Kosten des gegenständlichen NPV (wovon schon alleine € 37.000 auf Pauschalgebühren entfallen sind, zuzüglich Rechtsberatkungskosten).
- -Strichaufzählung
Verlust von Referenzprojekten, sowohl international, als auch national. Dieser Punkt wird insgesamt mit € [x mal 10 hoch 8] Mio. bewertet.

Wie auch der Kollegen vorhin angeführt, die Kosten bezüglich Personal bzw. allenfalls abzubauen Personal und die derzeit nicht konkret bezifferbar sind.

R an ASTV: Erachten Sie es als empirisch naheliegend, dass die von Ihnen aufgelisteten Nachteile allen Bietern, die nicht zum Zug kommen, dem Grunde nach gleich drohen?

ASTV: Nein. In der Liste sind Positionen enthalten, die sich aus der Position als Bestandsproviderin ergeben. Hinsichtlich der internationalen Referenzprojekte, handelt es sich um konkrete Projekte, was bei anderen Bietern vielleicht nicht der Fall ist.

AGV: Die geltend gemachten

Restrukturierungskosten/Remanenzkosten/Synergieeffekte und Verschlechterung der Kostenstruktur, sind Sowieso-Kosten, weil die ASt jedenfalls nicht den Auftrag bekommt. Auch im Fall des von ihr nunmehr begehrten Widerrufs, muss sie das Rechenzentrum restrukturieren, Personal abbauen und hat mit einer verschlechterten Kostenstruktur ab 01.10.2016 (Ende des ORF-Vertrags) zu rechnen. Gleiches gilt für den Verlust des Referenzprojektes. Im Übrigen sind die bezifferten Werte "Mondpreise", um nichts plausibilisiert. Wenn man bloß die zwei Positionen, "Remanenzkosten" und "Verschlechterung der Kostenstruktur" zusammenrechnet, ergibt dies, nach dem Vorbringen der der ASt, € [x mal 10 hoch 7] Mio, was nahezu 1/3 ihres Gesamtangebotspreises für sieben Jahre bedeutet.

MBV: Ich schließe mich den Ausführungen unseres AG an und halte fest, dass der AG nach Wissen der MB, einer Referenznehmung nicht zustimmt, daher kann auch kein Verlust für die Nennung eines Referenzprojektes angeführt werden. Die angeführte Zahl von € [x mal 10 hoch 8] Mio. übersteigt den derzeitigen Jahresumsatz der ASt, beinahe um das Doppelte und kann daher nicht nachvollzogen werden.

AGV: Ich bestätige, dass der ASt kein Recht zukommt, den ORF als Referenzprojekt zu nennen, dass dieses Recht, einer ihrer Schwester bzw. Untergesellschaften zukäme.

ASTV: Das gegenständliche Projekt dient als Referenz für internationale Projekte der [ASt - konzernweit] und im Übrigen kann eine Referenznennung auch abstrakt erfolgen (ohne Nennung des konkreten Projekts). Im Übrigen kann eine nachträgliche Bestätigung durch den ORF, das das gegenständliche Projekt als Referenz genannt wird, stets erfolgen und erfolgt, wie in der Vergangenheit, auch.

AGV: Ich verweise, dass nach den Bedingungen des RFI, Geheimhaltungsverpflichtungen der Bieter/Bewerber bestehen, die einer Referenznennung entgegenstehen. Ein Recht auf Referenznennung, dass eine Bewertung mit € [x mal 10 hoch 8] Mio. rechtfertigt, besteht nicht.

ASTV: Wie zuvor schon vorgebracht, kann ein Referenzprojekt auch abstrakt und anonymisiert genannt werden.

AGV: Und um so unplausibler ist der Wert von € [x mal 10 hoch acht] Mio.

ASTV: Es handelt sich um ein sehr großen Referenzprojekt mit einem geschätzten Auftragswert von € [x mal 10 hoch 9].

AGV verweist auf Anlage J des Altvertrages, wonach kein Recht auf Referenzbestätigung besteht (Seite 24 - 26).

ASTV: Eine derartige Referenzbestätigung könnte auch ausgestellt werden und wurde auch ausgestellt.

Zu den angeblichen Schäden aus der entgangenen Werbung ist festzuhalten, dass diese einerseits nicht plausibilisiert sind. Im Übrigen besteht weiterhin die Möglichkeit, dass der ORF, Werbungen schaltet. Es ist deshalb nicht ersichtlich, wieso hier die gesamten Einnahmen aus Werbungen entfallen sollen, wo doch gerichtsnotorisch bekannt ist, dass der ORF - unter anderem - über Kanäle wirbt, die mit IT nichts zu tun haben, wie z. B. auf Plakaten.

AGV: Beilage 35 ist von den ORF-Gremien beschlossenen Jahresbericht vom Jahr 2015, der von zahlreichen Kontrollorganen geprüft wurde, öffentlich gemacht wurde und im Internet, downloadbar ist.

ASTV: Die Zahl des Geschäftsberichtes wird nicht bestritten, es ist nicht nachvollziehbar, wieso beim angeblichen Ausfall der IT-Dienstleistungen, der gesamte Werbeerlös des ORF wegfallen sollte.

AGV: In Ermangelung eines Produktions- und Sendebetriebs, in der heute vom ORF geforderten technischen Qualität (nicht bloß Notbetrieb), können keine Werbeleistungen verkauft und auch nicht Werbeeinnahme erzielt werden.

ASTV: Ich bestreite, im Übrigen weise ich auf die Judikatur des BVA vom 22.02.2002 in N-136-01-22 hin, nach der die vom AG dargelegten Vermögensschäden regelmäßig nichts im gleichen Verhältnis, mit den drohenden Schäden des Bieters, gegenüber gestellt oder bewertet werden können, weil sich der AG regelmäßig in einer wirtschaftlich stärkeren Position befindet. Dies trifft insbesondere auf den ORF zu.

MBV: Das muss ich bestreiten. Das Vorbringen der AST ist unschlüssig, da sie zu Plausibilisierung gigantischer Schäden auf [AST konzernweit] verweist. Wenn es aber darum geht im Vergleich zum AG zu stellen, auf die reine österreichische Bieterposition, zurückzieht. Daraus ergibt sich, dass das Vorbringen zum potenziellen Schaden nicht nachvollziehbar ist.

ASTV: Zu dem Entgang der Werbeerlöse ist festzuhalten, dass es sich bei den Angaben bei Beilage 35 um Umsätze und nicht um Gewinne handelt. Auf den Verweis des MBV ist festzuhalten, dass der AG in Beilage .24, selbst internationale Zahlen zum Größenvergleich der Bieter herangezogen hat.

AGV: Da im Fall einer Verlängerung der einstweiligen Verfügung sich die die Kosten des ORF nicht verändern, sind die entfallenden Werbeerlöse zu 100 % bei der Interessenabwägung, zu berücksichtigen.

ASTV: Wenn sich die Kosten nicht verändern, verändern sich auch die Werbeerlöse nicht. Ich weise noch einmal darauf hin, dass das Beweisverfahren nicht ergeben, dass der ORF keine Werbungen mehr schalten könnte.

AGV: Dies ist unrichtig, Verweis auf Beilage .15, die diesbezüglichen Aussagen der Zeugen betreffend Publiplan und des Einflusses der Basis-IT auf die "Datendrehzscheibe" und die "automatisierte Sendeablaufsteuerung".

ASTV: Ich verweise diesbezüglich auf unser Vorbringen in der Urkundenerklärung vom 05.04.2016, Rz 3 und dass die Aussage von Hrn. [DI xxx], nach der die Applikation "Publiplan", nicht den vom AG behaupteten Ausmaß, in die Basis-IT-Komponente, eingebunden ist. Im Übrigen bestreite ich, die in Beilage .36 angeführten Zahlen, hinsichtlich des Schadens des ORF und weise insbesondere daraufhin, dass sich aus der heutigen Einvernahme von Hrn. [DI D] ergeben hat, dass keine genaue Gegenüberstellung zwischen den derzeitigen Vertrag und dem neuen Vertrag, vorgenommen wurde und diese Aufstellung daher nicht nachvollziehbar ist. Im Übrigen bestreite ich auch, dass dem ORF in Zusammenhang mit dem angeblichen Ausfall der IT-Leistungen, ein "Ausfall" der Programmmengelt in Höhe von € [x mal 10 hoch 8] Mio. entgehen würde, weil zumindest ein Basis-Sendebetrieb weitergeführt werden würde (teilweise sind einzelne Sender völlig unabhängig von der gegenständlichen Ausschreibung), weshalb der ORF sicherlich weiterhin Gebühren einheben würde.

R verweist auf die Kenntnis des ORF-Gesetzes.

ASTV: Auch der drohende Verlust aus den Erlöse aus Koproduktionen und ORF-Programmlizenzen, ist nicht nachvollziehbar, weil der ORF etwa schon jetzt Programmlizenzen verkaufen könnte und nicht nachvollziehbar ist, wieso er keine Koproduktionen erstellen bzw. an ihnen teilnehmen können sollte, wenn ein Sendebetrieb doch weiterhin gewährleistet. Ist. Dasselbe gilt aus den Erlösen aus der Programmwertung, hierzu gibt es im Übrigen auch keine Zeugenaussagen, die dies belegen würden.

AGV: Das Programmentgelt setzt den Empfang eines ORF-Programms, was beim Entfall der Basis-IT binnen mehrerer Stunden, nicht der Fall ist.

ASTV: Wie schon mehrfach ausgeführt, setzt der Sendebetrieb nicht aus.

R an RV: Hat Ihre Mandantschaft Vorhaltekosten? Anders gefragt, ist aus Ihre Sicht die Zuschlagsfrist schon abgelaufen? R an Regierungsvorlage, Hat Ihre Mandantschaft Vorhaltekosten? Anders gefragt, ist aus Ihre Sicht die Zuschlagsfrist schon abgelaufen?

RV: Nein.Regierungsvorlage, Nein.

R an AGV: Ist aus Ihrer Sicht die Zuschlagsfrist schon abgelaufen?

AGV: Nein, sie beträgt fünf Monate.

R: Unstrittig ist, dass die Zuschlagsfrist fünf Monate beträgt und nach AGV daher am 18.07.2016 enden würde.

Sohin wird die Verhandlung um 16.38 Uhr unterbrochen und um 17.30 fortgesetzt.

Der ASTV wird der Kopie ausgefolgte Schadensaufschlüsselungsbeilage ausgefolgt.

Festgehalten wird, dass R davon ausgeht, dass die Parteien ihr Vorbringen für die anzustellende Interessensabwägung bereits erstattet haben. Sohin wird das Ermittlungsverfahren betreffend dieses Provisialverfahrens beendet.

Unter Berücksichtigung des EGMR in der Rechtssache Micallef gegen Malta wird sohin verkündet der Beschluss gemäß nachfolgenden einzufügenden Text.

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter über die allfällige Aufhebung oder aber Verlängerung der zu Gunsten der anwaltlich vertretenen [AST] erlassenen einstweiligen Verfügung im Zusammenhang mit der Vergabe des Loses 2 "Providerdienstleistungen Data Center & Backend -IT- Services" des Vergabeverfahrens des anwaltlich vertretenen Auftraggebers Österreichischer Rundfunk (= ORF) mit dem Los 2 "Providerdienstleistungen Data Center & Backend -IT- Services" und dem Los 1 "Customer Care Services" beschlossen:

Die einstweilige Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts, die zur Verfahrenszahl W131 2122826-1 am 17.3.2016 ergangen ist, wird unter gleichzeitiger Abweisung des diesbezüglich gestellten Verlängerungsantrags mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

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

Begründung

Die wesentlichen Entscheidungsgründe lauten:

1. Vorerst zur Revisionszulassung, die einerseits deshalb erfolgt ist, weil bislang keine Rsp des VwGH zur Frage der Eigenschaft des ORF als öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 BVergG vorliegt. Das BVwG geht derzeit wie bekannt von der diesbezüglichen Vergabekontrollunterworfenheit gemäß § 291 BVergG aus, wobei diese Vergabekontrollunterworfenheit Sachentscheidungsvoraussetzung auch im Entscheidungsbereich des § 329 BVergG ist. 1. Vorerst zur Revisionszulassung, die einerseits deshalb erfolgt ist, weil bislang keine Rsp des VwGH zur Frage der Eigenschaft des ORF als öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, BVergG vorliegt. Das BVwG geht derzeit wie bekannt von der diesbezüglichen Vergabekontrollunterworfenheit gemäß Paragraph 291, BVergG aus, wobei diese Vergabekontrollunterworfenheit Sachentscheidungsvoraussetzung auch im Entscheidungsbereich des Paragraph 329, BVergG ist.

Andererseits liegt keine VwGH - Rsp insb unter Berücksichtigung des EuGH in der Rs C-489/13 dahin vor, inwieweit ein Vergabekontrollorgan durch eine einstweilige Verfügung die gesetzlich vorgesehene Aufgabenerbringung des ORF insb über den Zeitraum von sechs Wochen hinaus gefährden kann, wenn ein zwischenzeitig mit seinem Angebot ausgeschiedener Bieter sein Vorbringen und damit seine zuvor nicht in Richtung Widerruf bestimmt bezeichneten Beschwerdepunkte gegen die Zuschlagsentscheidung nachträglich nach Ablauf der Nachprüfungsantragsfrist, und ohne allenfalls um Wiedereinsetzung einzukommen, darauf umstellt, dass das Vergabeverfahren zu widerrufen wäre bzw zu widerrufen sein könnte, weil alle andren Bieter auszuscheiden wären bzw auszuscheiden sein könnten.

In der Sache:

2. Das in den Schutzbereich des Art 6 Abs 1 MRK fallende Vergaberecht des BVergG beschränkt die Vertragsabschlussfreiheit des ORF und damit die Privatautonomie und auch damit auch dessen Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums iSd Art 1 1. ZPMRK. 2. Das in den Schutzbereich des Artikel 6, Absatz eins, MRK fallende Vergaberecht des BVergG beschränkt die Vertragsabschlussfreiheit des ORF und damit die Privatautonomie und auch damit auch dessen Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums iSd Artikel eins, 1. ZPMRK.

Insoweit sind Nachprüfungsverfahren nach der RL 89/665/EWG idgF möglichst rasch durchzuführen, um eine Beeinträchtigung der Privatautonomie möglichst gering zu halten.

Der Gesetzgeber geht gemäß § 326 BVergG grundsätzlich von einer Finalisierung eines Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung nach sechs Wochen aus. Der Gesetzgeber geht gemäß Paragraph 326, BVergG grundsätzlich von einer Finalisierung eines Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung nach sechs Wochen aus.

Auf Tatsachenebene steht fest, dass gegenständlich kein Bieter die bereits Bestandteil des zu vergebenden Auftrags bildenden Transitionsleistungen im Ausmaß von sechs Monaten als zu lang, letztlich mit Nachprüfungsantrag - bekämpft hat. Weiters steht fest, dass der Vertrag mit dem bisherigen Dienstleister bereits einmal verlängert wurde und am 30.9.2016 insoweit endet, als nunmehr Leistungen in diesem Vergabeverfahren ausgeschrieben sind.

IZm den relevanten IT - technischen Sachverhalten und der bestrittenen Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ist unter Zugrundelegung der vom VwGH zu ZI 2007/04/0012 gezogenen Grenze, ab welcher ein Sachverständiger zu bestellen wäre, die als wesentlich länger als sechs Wochen anzusetzende Dauer des Ermittlungsverfahrens bereits deshalb gerichtsempirisch evident. Dies unter Berücksichtigung der in solchen Fällen gebotenen Möglichkeit zum nachmaligen Entgegenreten auf gleicher fachlicher Ebene.

Auch die sonstigen Ausscheidensgründe zu Lasten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin würden noch ein aufwendiges Beweisverfahren erfordern, das nicht annähernd innerhalb der Grenze des § 326 BVergG absolviert werden könnte, soweit man insoweit nicht ohnehin teilweise von unzulässigen Erkundungsbeweisanträgen der Antragstellerin auszugehen hat. Auch die sonstigen Ausscheidensgründe zu Lasten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin würden noch ein aufwendiges Beweisverfahren erfordern, das nicht annähernd innerhalb der Grenze des Paragraph 326, BVergG absolviert werden könnte, soweit man insoweit nicht ohnehin teilweise von unzulässigen Erkundungsbeweisanträgen der Antragstellerin auszugehen hat.

Insbesondere aber steht fest, dass die ASt auch derzeit nicht definitiv behauptet, dass die zweitgereichte Bieterin auszuscheiden ist.

Das BVwG muss nach VwGVG und AVG keine Erkundungsbeweise durchführen. Ohne definitive und substantiierte Ausscheidensbehauptung der ASt zu Lasten der Zweitgereichten liegt aber - unbeschadet der allfälligen Verfristungsfrage im Nachprüfungsverfahren - derzeit kein evidenter bzw sonst vorgebrachter zwingender Widerrufsgrund vor.

Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags sind daher derzeit auf Basis der gesetzlichen Bestimmungen zum Beschwerdepunkt und des definitiv erstatteten ASt - Vorbringens nicht mehr erkennbar.

Die realistische Dauer eines Vorabentscheidungsverfahrens oder aber eines Gesetzesprüfungsverfahrens zur allfälligen Eliminierung des Beschwerdepunkterfordernisses, der im Übrigen aus der Kernaussage der angefochtenen Entscheidung abzuleiten ist und im Nachprüfungsantrag möglichst bestimmt zu formulieren ist, führt dazu, dass hier jedenfalls die Interessen des ORF und der MB an der Zuschlagserteilung das Interesse an derartigen Zwischenverfahren vor Zuschlagserteilung überwiegen.

3. Für das hier entscheidende Gericht steht überdies weiters fest, dass der ORF ausweislich des ORF - Gesetzes Aufgaben im Allgemeininteresse nicht gewerblicher Art zu erbringen hat, deren Besorgung mit noch längerer Dauer des Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung zunehmend in ihrer Erbringung gefährdet bzw beeinträchtigt werden könnten. Dazu wird auf die Aussage des [Ing yyy bzw des DI [xxx] und die §§ 3ff ORF - G verwiesen. 3. Für das hier entscheidende Gericht steht überdies weiters fest, dass der ORF ausweislich des ORF - Gesetzes Aufgaben im Allgemeininteresse nicht gewerblicher Art zu erbringen hat, deren Besorgung mit noch längerer Dauer des Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung zunehmend in ihrer Erbringung gefährdet bzw beeinträchtigt werden könnten. Dazu wird auf die Aussage des [Ing yyy bzw des DI [xxx] und die Paragraphen 3 f, ORF - G verwiesen.

4. Zu bedenken ist weiters nochmals, dass die [AST] als mit ihrem Angebot Ausgeschiedene keine Vorhaltekosten iZm einer allfälligen Auftragserteilung mehr zu tragen und keine Chance mehr auf den konkret ausgeschriebenen (Referenz-) Auftrag hat.

Mögen Bieterinteressen grundsätzlich pro und kontra eV im Wesentlichen gleichheitskonform gleich wiegen, so überwiegen in einem solchen Fall dennoch die Interessen einer nicht endgültig auftraggeberseitig mit ihrem Angebot ausgeschiedenen Bieterin gegenüber einer solchen mit endgültig ausgeschiedenem Angebot.

Unter Berücksichtigung der plausiblen evidenten Interessen des ORF, im Rahmen einer vergaberechtskonformen Vertragslage auf Hilfsdienste und Hilfsleistungen zurückgreifen zu können, hatte daher die Interessensabwägung zu

Lasten des Fortbestands der eV auszuschlagen.

5. Klarzustellen ist dabei, dass eine allenfalls unzulässige nachträgliche Leistungsänderung bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ohnehin mit Feststellungsantrag bekämpft werden kann und insoweit gesetzlich keine eV nach § 329 BVergG vorgesehen ist. 5. Klarzustellen ist dabei, dass eine allenfalls unzulässige nachträgliche Leistungsänderung bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ohnehin mit Feststellungsantrag bekämpft werden kann und insoweit gesetzlich keine eV nach Paragraph 329, BVergG vorgesehen ist.

6. Hingewiesen wird darauf, dass die MB unter Berücksichtigung des Artikel 6 EMRK diesen Provisialverfahren beigezogen wurde.

7. Die Rechtsmittelbelehrung über die ordentliche Revision bzw. VfGH-Beschwerde wird erteilt.

Es ergeht die Umfrage, ob das Protokoll noch durchgesehen werden kann.

Das Protokoll wird nach einvernehmlicher Durchsicht und Verzicht auf weiterer Einwendungen unterfertigt.

[...]

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Die Antragstellerin (= ASt bzw AST) stellte am 09.03.2016 nach Amtsstundenende einen Nachprüfungsantrag gegen eine zu Gunsten der MB ergangene Zuschlagsentscheidung und erwirkte diesbezüglich am 17.03.2016 eine einstweilige Verfügung auf Untersagung der Zuschlagserteilung längstes bis zum Ablauf des 15.04.2016.

Danach langte ein Antrag auf Verlängerung dieser einstweiligen Verfügung ein.

1.2. Am 05.04.2016 schied der ORF die AST nachträglich mit ihrem Angebt aus dem Vergabeverfahren aus; und wurde dieses Ausscheiden vom zuständigen Senat des BVwG nach einem diesbezüglichen Nachprüfungsantrag durch Antragsgabeweiung als im Ergebnis richtig - endgültig iSd RI 89/665/EWG idgF bestätigt.

1.3. Rücksichtlich der mehrere zig tausend Seiten umfassenden und teilweise nur elektronischen Vergabeunterlagen und der IT - technischen Komplexität der gegenständlich zur Vergabe anstehenden Lieferungen und Leistungen iZm dem jeweiligen Parteivorbringen begann das BVwG bereits am 31.03.2016 unter Berücksichtigung der EuGH - Rsp zu C-424/01 mit der Prüfung des Vorleigens von Tatsachen, die für oder gegen eine eV - Verlängerung oder aber Aufhebung der eV vom 17.03.2016 sprechen würden, zumal bereits damals erkennbar war, dass gegenständlich offenbar umfangreichste Ermittlungen in der Nachprüfungssache anstehen dürften.

1.4. Am 05.04.2016 veröffentliche der EuGH sein Auslegungsurteil in der Rs C-689/13, wonach der mit seinem Angebot bereits ausgeschiedene Bieter bei der Behauptung der Ausscheidensbedürftigkeit des Angebots des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers jedenfalls dennoch Antragslegitimation gegen die anderweitige Zuschlagsentscheidung haben dürfte, was iSd der Erfolgsaussichtenprüfung im Provisiorialverfahren gemäß EuGH Rs C-424/01 dazu führte, dass nunmehr nicht mehr entsprechend der in Österreich jedenfalls bis vor kurzem praktizierten Antragslegitimations - Rsp, siehe dazu nur VwGH Zlen 2007/04/0232 und 0233, davon ausgegangen werden konnte, dass nach dem bestätigten Ausscheiden des Angebots der ASt der Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung jedenfalls zurückgewiesen hätte werden können.

1.5. Fest steht, dass bei der gegenständlichen Vergabe neben Leistungen im Vollbetrieb insb vom Auftragnehmer auch Leistungen in einer Übergangsphase zu erbringen sind, die in den Vergabeunterlagen präkludiert mit in etwa sechs Monaten veranschlagt sind und die am 30.09.2016 gemäß präkludierten Vorfestlegungen zu Ende zu sein hatten. Im Vergabeverfahren wurden diese Leistungen, die zur Überführung der EDV - Dienstleistungen auf den neu ausgewählten Provider dienen sollten, als Transition bezeichnet.

1.6. Insb aus den zeugenschaftlichen Einvernahmen eines ORF - Mitarbeiters, dieser beim ORF in einer sendetechnischen Leitungsfunktion, Ing yyy, vom 13.04.2016 im Abgleich mit den Aussagen des AST - Mitarbeiters DI xxx vom 14.04.2016 wurde schlüssig, dass die vom ORF gemäß §§ 3ff ORF - G zu erbringenden Aufgaben mit zunehmender Dauer der erlassenen eV zunehmend in ihrer Erbringung ab 30.09.2016 gefährdet bzw beeinträchtigt hätten werden können. 1.6. Insb aus den zeugenschaftlichen Einvernahmen eines ORF - Mitarbeiters, dieser beim ORF in einer sendetechnischen Leitungsfunktion, Ing yyy, vom 13.04.2016 im Abgleich mit den Aussagen des AST -

Mitarbeiters DI xxx vom 14.04.2016 wurde schlüssig, dass die vom ORF gemäß Paragraphen 3 f, f, ORF - G zu erbringenden Aufgaben mit zunehmender Dauer der erlassenen eV zunehmend in ihrer Erbringung ab 30.09.2016 gefährdet bzw beeinträchtigt hätten werden können.

1.7. Die AST hat in ihrem Nachprüfungsantrag keinen Beschwerdepunkt konkretisiert gehabt, der dahin zu lesen gewesen wäre, dass das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen wäre.

Die AST, die mit ihrem Angebot bis zum Ausscheiden ihres Angebots drittgereiht gewesen ist, hat bis zum Ablauf des 11.03.2016 kein definitives Vorbringen erstattet, dass das Angebot jener Bieterin, die im Vergabeverfahren zweitgereiht gewesen ist, aus einem bestimmten Grund definitiv zwingend auszuschneiden gewesen wäre. Vielmehr strebte die AST letztlich an, dass das BVwG prüfen solle, ob das Angebot der zweitgereihten Bieterin allenfalls wegen denkbar fehlender Subunternehmerbefugnis auszuschneiden sein könnte.

1.8. Soweit die zu Lasten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin MB angezogenen Ausscheidensgründe nicht ohnehin als unzulässige Erkundungsbeweisbestrebungen zu qualifizieren waren, hätte deren sachgerechte Abklärungen noch einen erheblichen zeitintensiven Ermittlungsaufwand unter Wahrung sämtlicher Parteienrechte bzw insb teilweise auf zeitaufwendige Ermittlungen mit Sachverständigen erforderlich gemacht. Insgesamt hätte dies alles gerichtsempirisch wesentlich länger als jene sechs Wochen gedauert, die der Gesetzgeber in § 326 BVergG für ein Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung dem Grunde nach als Verzögerung veranschlagt hat. 1.8. Soweit die zu Lasten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin MB angezogenen Ausscheidensgründe nicht ohnehin als unzulässige Erkundungsbeweisbestrebungen zu qualifizieren waren, hätte deren sachgerechte Abklärungen noch einen erheblichen zeitintensiven Ermittlungsaufwand unter Wahrung sämtlicher Parteienrechte bzw insb teilweise auf zeitaufwendige Ermittlungen mit Sachverständigen erforderlich gemacht. Insgesamt hätte dies alles gerichtsempirisch wesentlich länger als jene sechs Wochen gedauert, die der Gesetzgeber in Paragraph 326, BVergG für ein Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung dem Grunde nach als Verzögerung veranschlagt hat.

1.9. Mag die AST nachhaltig verstärkt nach dem zu ihren Lasten bestätigten Ausscheiden verfahrensrechtlich unter Berücksichtigung des EuGH in der Rs C-689/13 angestrebt haben, dass das Vergabeverfahren widerrufen werden müsste, so hatte sie dennoch in ihrem Nachprüfungsantrag vom 09.03.2016 keinen auf den Widerruf des Vergabeverfahrens bestimmt bezeichneten Beschwerdepunkt konkretisiert, dies insb auch rücksichtlich der potentiellen schriftsatzmäßigen Indiziertheit wegen der Rsp des EuGH zu C-100/12 und dem Vorabentscheidungsersuchen des VwGH zur nachmaligen EuGH-Rs C-355/15.

Ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zur allfälligen Eliminierung des Beschwerdepunkterfordernisses in § 322 Abs 1 Z 5 BVergG, weil diese Voraussetzung [der fristgebundenen Bezeichnung eines bestimmten subjektiven Rechts im Nachprüfungsantrag] in der RL 89/665/EWG idgF unionrechtlich nicht in dieser Form als Nachprüfungsvoraussetzung genannt ist, hätte realistisch eine Dauer in Anspruch genommen, bei der die Interessen des ORF und der MB in einer Abwägung zu den AST - Interessen an einer eV keine Interessenstatsachen erkennen ließen, die eV in einem solchen Fall für die Dauer eines Vorabentscheidungsersuchens zu Gunsten der Ast aufrecht zu erhalten. Die Ast hat zudem auch nach ihrem vom BVwG bestätigten Ausscheiden zB keinen Wiedereinsetzungsantrag zwecks allfälliger nachträglich rechtzeitiger Beschwerdepunkterweiterung beim BVwG gestellt. Ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zur allfälligen Eliminierung des Beschwerdepunkterfordernisses in Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG, weil diese Voraussetzung [der fristgebundenen Bezeichnung eines bestimmten subjektiven Rechts im Nachprüfungsantrag] in der RL 89/665/EWG idgF unionrechtlich nicht in dieser Form als Nachprüfungsvoraussetzung genannt ist, hätte realistisch eine Dauer in Anspruch genommen, bei der die Interessen des ORF und der MB in einer Abwägung zu den AST - Interessen an einer eV keine Interessenstatsachen erkennen ließen, die eV in einem solchen Fall für die Dauer eines Vorabentscheidungsersuchens zu Gunsten der AST aufrecht zu erhalten. Die Ast hat zudem auch nach ihrem vom BVwG bestätigten Ausscheiden zB keinen Wiedereinsetzungsantrag zwecks allfälliger nachträglich rechtzeitiger Beschwerdepunkterweiterung beim BVwG gestellt.

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang bzw die sonstigen Feststellungen ergeben sich aus dem Akteninhalt der Verfahren W131 2124258-1 (hier gegenständliches eV - Verfahren iZm der Anfechtung der Ausscheidensentscheidung) und W131 2124258-2 (Nachprüfungsverfahren gegen die Ausscheidensentscheidung); und dort insb aus der Verhandlungsniederschrift vom

12.04.2016, OZ W131 2124258-2/9Z. Bzw weiters aus dem Akt W131 2122826-1 (eV - Verfahren betreffend den Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung) und aus dem Akt W131 2122826-2 (Nachprüfungsverfahren gegen die Zuschlagsentscheidung).

Die Feststellung der zunehmenden Sendebetriebsgefährdung des ORF ab 30.09.2016 mangels Vergabemöglichkeit ergibt sich insb aus des Aussagen des Zeugen Ing yyy, die durch die Aussagen des Zeugen DI xxx nicht widerlegt wurden, sondern harmonisierend iSd getroffenen Feststellungen gesehen werden konnten.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß § 291 BVergG ist das BVwG zur Vergabekontrolle im Bundesvollzugskompetenzbereich gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG zuständig. IdZ: Da der ORF gemäß dem ORF - G ein im Gesetz vergleichend mit dem AktG aufsichtsratsähnlich konzipiertes Aufsichtsorgan "Stiftungsrat" aufweist, das aus 35 Mitgliedern besteht, von denen 24 vom Staat und in weiterer Folge 15 von Bundesorganen bestellt werden, wird dieses Aufsichtsorgan des ORF mehrheitlich vom Staat und dabei wiederum mehrheitlich vom Bund bestellt. Auf Grund der evident öffentlichen Aufgaben des ORF gemäß §§ 3ff ORF - G, die zumindest teilweise eminent solche im Allgemeininteresse nicht gewerblicher Art iSd § 3 Abs 1 Z 2 lit a BVergG sind, kam dem BVwG gegenständlich iZm dem ORF als Auftraggeber auch eine Sachentscheidungsbefugnis insb betreffend den eV - Verlängerungsantrag zu.3.1. Gemäß Paragraph 291, BVergG ist das BVwG zur Vergabekontrolle im Bundesvollzugskompetenzbereich gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG zuständig. IdZ: Da der ORF gemäß dem ORF - G ein im Gesetz vergleichend mit dem AktG aufsichtsratsähnlich konzipiertes Aufsichtsorgan "Stiftungsrat" aufweist, das aus 35 Mitgliedern besteht, von denen 24 vom Staat und in weiterer Folge 15 von Bundesorganen bestellt werden, wird dieses Aufsichtsorgan des ORF mehrheitlich vom Staat und dabei wiederum mehrheitlich vom Bund bestellt. Auf Grund der evident öffentlichen Aufgaben des ORF gemäß Paragraphen 3 f, f, ORF - G, die zumindest teilweise eminent solche im Allgemeininteresse nicht gewerblicher Art iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG sind, kam dem BVwG gegenständlich iZm dem ORF als Auftraggeber auch eine Sachentscheidungsbefugnis insb betreffend den eV - Verlängerungsantrag zu.

Gemäß § 6 BVwGG iVm § 292 BVergG idFBGBl I 2016/7 entscheidet das BVwG gegenständlich in Einzelrichterbesetzung und wendet dabei abseits von Sonderverfahrensvorschriften des BVergG gemäß § 311 BVergG das Verfahrensrecht des VwGVG und subsidiär des AVG an.Gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, BVergG in der Fassung BGBl römisch eins 2016/7 entscheidet das BVwG gegenständlich in Einzelrichterbesetzung und wendet dabei abseits von Sonderverfahrensvorschriften des BVergG gemäß Paragraph 311, BVergG das Verfahrensrecht des VwGVG und subsidiär des AVG an.

A) Zur Aufhebung der erlassenen einstweiligen Verfügung vom 17.03.2016 unter gleichzeitiger Abweisung eines diesbezüglichen Verlängerungsantrags:

3.2. Die §§ 328 und 329 BVergG lauten idgF in den hier interessierenden Teilen3.2. Die Paragraphen 328 und 329 BVergG lauten idgF in den hier interessierenden Teilen:

Einstweilige Verfügungen

Antragstellung

§ 328. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.Paragraph 328, (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

(2) Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers und des Antragstellers [...]

[...]

Erlassung der einstweiligen Verfügung

§ 329. (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesverwaltungsgericht die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Paragraph 329, (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesverwaltungsgericht die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

[...]

(4) In einer einstweiligen Verfügung ist die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

[...]

3.3. Ausweislich des § 326 BVergG ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Gesetzgeber in etwa sechs Wochen für ein Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung als zu Lasten eines vergabekontrollunterworfenen Auftraggebers oder zB auch zu Lasten einer in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag als ausgewählt benannten Bieterin einzukalkulierend gesehen hat. 3.3. Ausweislich des Paragraph 326, BVergG ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Gesetzgeber in etwa sechs Wochen für ein Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung als zu Lasten eines vergabekontrollunterworfenen Auftraggebers oder zB auch zu Lasten einer in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag als ausgewählt benannten Bieterin einzukalkulierend gesehen hat.

Sollte aber evident absehbar sein, dass ein Nachprüfungsverfahren zB zur Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art 267 AEUV zwecks Hinterfragung der unionsrechtlichen Zulässigkeit der Normierung eines Beschwerdepunkterfordernisses, welches (scil: Erfordernis) nicht (ausdrücklich) in der RL 89/665/EWG genannt ist, empirisch weit länger als sechs Wochen dauern wird, um den Nachprüfungsantrag danach evtl stattgebend erledigen zu können, weil allenfalls alle Bieter zwingend mit ihren Angeboten auszuscheiden gewesen wären, so überwiegen in einem solchen Fall nach hier vertretener Auffassung die Interessen des ORF an einer Vergabemöglichkeit zwecks Beschaffung von erforderlich erachteten Lieferungen und Leistungen iZm seinem gesetzlichen Sendebetriebsauftrag und auch die Interessen der MB an einer alsbaldigen Vergabe die Interessen der AST, dass der EuGH allenfalls nach Längerer Dauer bestätigen könnte, dass das subjektive Recht auf zwingenden Vergabeverfahrenswiderruf allenfalls doch nicht fristgebunden geltend gemacht werden müsste und daher ein Widerruf samt Neuausschreibung auch außerhalb der Fristen des § 321 BVergG durchgesetzt werden könnte. Sollte aber evident absehbar sein, dass ein Nachprüfungsverfahren zB zur Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Artikel 267, AEUV zwecks Hinterfragung der unionsrechtlichen Zulässigkeit der Normierung eines Beschwerdepunkterfordernisses, welches (scil: Erfordernis) nicht (ausdrücklich) in der RL 89/665/EWG genannt ist, empirisch weit länger als sechs Wochen dauern wird, um den Nachprüfungsantrag danach evtl stattgebend erledigen zu können, weil allenfalls alle Bieter zwingend mit ihren Angeboten auszuscheiden gewesen wären, so überwiegen in einem solchen Fall nach hier vertretener Auffassung die Interessen des ORF an einer Vergabemöglichkeit zwecks Beschaffung von erforderlich erachteten Lieferungen und Leistungen iZm seinem gesetzlichen Sendebetriebsauftrag und auch die Interessen der MB an einer alsbaldigen Vergabe die Interessen der AST, dass der EuGH allenfalls nach Längerer Dauer bestätigen könnte, dass das subjektive Recht auf zwingenden

Vergabeverfahrenswiderruf allenfalls doch nicht fristgebunden geltend gemacht werden müsste und daher ein Widerruf samt Neuausschreibung auch außerhalb der Fristen des Paragraph 321, BVergG durchgesetzt werden könnte.

Insoweit war die eV - Aufhebung unter gleichzeitiger Abweisung des Verlängerungsantrags vor dem Hintergrund auszusprechen, dass die AST weder im Nachprüfungsantrag vom 09.03.2016 bzw noch danach fristgerecht ein Recht auf Widerruf bestimmt und genau bezeichnet gehabt hätte. Ohne definitive Behauptung eines zwingenden Widerrufssachverhalts kann nämlich der AST, die am 12.04.2016 endgültig mit ihrem Angebot ausgeschieden wurde, kein Schaden nach Art 1 Abs 3 der RL 89/665/EWG idgF bzw gemäß § 320 BVergG mehr drohen. Insoweit war die eV - Aufhebung unter gleichzeitiger Abweisung des Verlängerungsantrags vor dem Hintergrund auszusprechen, dass die AST weder im Nachprüfungsantrag vom 09.03.2016 bzw noch danach fristgerecht ein Recht auf Widerruf bestimmt und genau bezeichnet gehabt hätte. Ohne definitive Behauptung eines zwingenden Widerrufssachverhalts kann nämlich der AST, die am 12.04.2016 endgültig mit ihrem Angebot ausgeschieden wurde, kein Schaden nach Artikel eins, Absatz 3, der RL 89/665/EWG idgF bzw gemäß Paragraph 320, BVergG mehr drohen.

3.4. Nach stRsp des VwGH besteht in einem nach AVG durchgeführten Verfahren keine Pflicht, Erkundungsbeweise einzuholen, um allenfalls irgendwelche von einem Einschreiter nicht definitiv behauptete Tatsachen möglicher Weise irgendwann zu ermitteln, um danach auf Basis dann evtl ermittelter Tatsachen vielleicht eine für den Einschreiter bessere Tatsachenlage feststellen zu können.

Derart hat der VwGH zB zu ZI93/03/0256 ausgeführt wie folgt:

... Insoweit die Beschwerdeführer schließlich die Auffassung vertreten, durch die Beiziehung "entsprechender Sachverständiger" wäre es möglich gewesen, nachzuweisen, dass [...] nicht mehr anzunehmen sei, begehren sie einen unzulässigen Erkundungsbeweis.

...

Siehe insoweit zB auch noch VwGH Zlen2007/02/0018, ZI83/03/0357; ZI2004/06/0008 und 99/03/0418.

Damit korrespondierend verlangt § 322 Abs 1 BVergG, der vor dem Hintergrund eines unionsrechtlich gebotenen raschen Nachprüfungsverfahrens iSv Art 1 RL 89/665/EWG idgF zu sehen ist, von einem Antragsteller die definitive Behauptung eines bestimmten maßgeblichen Sachverhalts, das Vorbringen einer aus dem Sachverhalt abgeleiteten Rechtswidrigkeit der Vergabeentscheidung des Auftraggebers und die Bezeichnung bestimmter subjektiver Rechte des Antragstellers, in denen sich dieser verletzt erachtet. Damit korrespondierend verlangt Paragraph 322, Absatz eins, BVergG, der vor dem Hintergrund eines unionsrechtlich gebotenen raschen Nachprüfungsverfahrens iSv Artikel eins, RL 89/665/EWG idgF zu sehen ist, von einem Antragsteller die definitive Behauptung eines bestimmten maßgeblichen Sachverhalts, das Vorbringen einer aus dem Sachverhalt abgeleiteten Rechtswidrigkeit der Vergabeentscheidung des Auftraggebers und die Bezeichnung bestimmter subjektiver Rechte des Antragstellers, in denen sich dieser verletzt erachtet.

Da die AST maW in etwa vorgebracht hat, dass noch zu prüfen wäre, ob die in der ursprünglichen auftraggeberseitigen Bewertung vor ihr gereichte zweitgereichte Bieterin auszuscheiden wäre iZm allenfalls fehlenden Subunternehmerbefugnissen, ohne dass die AST hier definitiv einen Ausscheidenssachverhalt behauptet hat, hat die AST trotz der er gemäß § 322 Abs 1 BVerG obliegenden Mitwirkungspflichten die Ergebnisrelevanz der Rechtswidrigkeit der von ihr behaupteten Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung - gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG - nicht vorgebracht. Ohne Ausscheiden der Zweitgereichten hätte die AST als Drittgereichte, die noch dazu bereits mit ihrem Angebot endgültig ausgeschieden ist, dennoch nie den Zuschlag in diesem Vergabeverfahren erhalten können. Da die AST maW in etwa vorgebracht hat, dass noch zu prüfen wäre, ob die in der ursprünglichen auftraggeberseitigen Bewertung vor ihr gereichte zweitgereichte Bieterin auszuscheiden wäre iZm allenfalls fehlenden Subunternehmerbefugnissen, ohne dass die AST hier definitiv einen Ausscheidenssachverhalt behauptet hat, hat die AST trotz der er gemäß Paragraph 322, Absatz eins, BVergG obliegenden Mitwirkungspflichten die Ergebnisrelevanz der Rechtswidrigkeit der von ihr behaupteten Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung - gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG - nicht vorgebracht. Ohne Ausscheiden der Zweitgereichten hätte die AST als Drittgereichte, die noch dazu bereits mit ihrem Angebot endgültig ausgeschieden ist, dennoch nie den Zuschlag in diesem Vergabeverfahren erhalten können.

Zusammenfassend in diesem Punkt konnten mangels erkennbarer Erfolgsaussichten der AST mit ihrem Nachprüfungsantrag iSv EuGH Rs C-424/01 keine Interessen erkannt werden, die die Interessen des Auftraggebers und der MB an der Vergabe überwogen hätten.

Da das BVwG auf Grund der aufgezeigten Verfahrensrechtslage nicht gehalten ist, amtswegig ersatzweise an Stelle des Auftraggebers zu prüfen, ob die zweitgereichte Bieterin auszuschneiden gewesen sein könnte, fehlten der AST bei diesem Vorbringensstand (zusätzlich zu ihrer ursprünglich eingeschränkten Beschwerdepunktformulierung) eben die Erfolgsaussichten für ihren Nachprüfungsantrag, der dem Individualrechtsschutz dient und keine Popularklagsfunktion aufweist.

Die eV war im Gefolge dessen mangels erkennbar rechtserheblicher Interessen der AST aufzuheben und der Verlängerungsantrag abzuweisen, da in einem Fall wie dem vorliegenden insb die Interessen der anderen Bieter und va des Auftraggebers überwiegen, nicht durch einen nicht aussichtsreichen Nachprüfungsantrag in der Auftragsvergabe weiter behindert zu werden. Dies zumal das Vergaberecht insoweit die Privatautonomie des Auftraggebers im Punkte der Vertragspartnerauswahl einschränkt und derartige Einschränkungen der über Art 1 1.ZPMRK verfassungsrechtlich geschützten Privatautonomie im Zweifel möglichst hintanzuhalten sind. Die eV war im Gefolge dessen mangels erkennbar rechtserheblicher Interessen der AST aufzuheben und der Verlängerungsantrag abzuweisen, da in einem Fall wie dem vorliegenden insb die Interessen der anderen Bieter und va des Auftraggebers überwiegen, nicht durch einen nicht aussichtsreichen Nachprüfungsantrag in der Auftragsvergabe weiter behindert zu werden. Dies zumal das Vergaberecht insoweit die Privatautonomie des Auftraggebers im Punkte der Vertragspartnerauswahl einschränkt und derartige Einschränkungen der über Artikel eins, 1.ZPMRK verfassungsrechtlich geschützten Privatautonomie im Zweifel möglichst hintanzuhalten sind.

3.5. Die AST hatte ab dem am 12.04.2016 vom BVwG bestätigten Ausscheiden deren eigenen Angebots keine Vorhaltekosten in diesem Vergabeverfahren mehr zu veranschlagen, was deren Interessenslage an der eV bereits geringwertiger erscheinen ließ.

In Anbetracht der gemäß § 329 Abs 4 Satz 3 iVm § 329 Abs 1 BVergG ist bei geänderter Sachlage eine eV evtl unverzüglich aufzuheben. In Anbetracht der gemäß Paragraph 329, Absatz 4, Satz 3 in Verbindung mit Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist bei geänderter Sachlage eine eV evtl unverzüglich aufzuheben.

Mögen Bieterinteressen grundsätzlich pro und kontra einer vorläufigen Zuschlagssperre im Wesentlichen gleichheitskonform gleich wiegen, so überwiegen in einem solchen Fall dennoch insgesamt die Interessen einer nicht endgültig auftraggeberseitig mit ihrem Angebot ausgeschiedenen Bieterin gegenüber den Interessen einer Bieterin, die mit ihrem Angebot bereits mit endgültig aus dem konkreten Vergabeverfahren ausgeschieden ist.

Unter zusätzlicher Berücksichtigung der plausibel evidenten Interessen des ORF, im Rahmen einer vergaberechtskonformen Vertragslage auf Hilfsdienste und Hilfsleistungen zurückgreifen zu können, um mit diesen (gegenständlich:) IT - Hilfsleistungen und -diensten insb auch seinen gesetzlichen Aufgaben auch ab 30.09.2016 nachkommen zu können, hatte daher die neu anzustellende Interessensabwägung in einer Gesamtabwägung zu Lasten des Fortbestands der eV auszuschlagen und war aus gleichem Grund der Verlängerungsantrag der AST abzuweisen.

3.6. Verfahrensrechtlich wird klargestellt, dass die MB derzeit nicht formal als Partei des eV - Verfahrens gemäß § 330 Abs 2 BVergG deklariert ist, dass aber die Rechtsanwendung verfassungs- und unionsrechtskonform zu erfolgen hat. Insoweit wurde der MB auf Grund ihrer jedenfalls bestehenden Beteiligtenstellung nach § 8 AVG in diesem Verfahren gemäß § 329 Abs 4 BVergG umfangreich die Möglichkeit zur Anhörung und Mitwirkung geboten, um insoweit dem Art 6 MRK und dem Art 47 GRC jedenfalls im vorliegenden Fall Genüge zu tun, in dem die Rechtsposition der MB als in Aussicht genommener Zuschlagsempfängerin jedenfalls sehr verdichtet durch eine anstehende Aufhebung oder Verlängerung der eV vom 17.03.2016 betroffen war. 3.6. Verfahrensrechtlich wird klargestellt, dass die MB derzeit nicht formal als Partei des eV - Verfahrens gemäß Paragraph 330, Absatz 2, BVergG deklariert ist, dass aber die Rechtsanwendung verfassungs- und unionsrechtskonform zu erfolgen hat. Insoweit wurde der MB auf Grund ihrer jedenfalls bestehenden Beteiligtenstellung nach Paragraph 8, AVG in diesem Verfahren gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG umfangreich die Möglichkeit zur Anhörung und Mitwirkung geboten, um insoweit dem Artikel 6, MRK und

dem Artikel 47, GRC jedenfalls im vorliegenden Fall Genüge zu tun, in dem die Rechtsposition der MB als in Aussicht genommener Zuschlagsempfängerin jedenfalls sehr verdichtet durch eine anstehende Aufhebung oder Verlängerung der eV vom 17.03.2016 betroffen war.

3.7. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Verfahren gemäß § 329 Abs 4 BVergG am 31.3., 01.04., 07.04, 13.04 und 14.04. 2016 vor diesem Beschluss bei diesem technisch und auch sonst sehr umfangreichen und komplexen Sachverhalt; und die Verkündung dieses Beschlusses am 14.04.2016 erfolgten verfahrensrechtlich unter gerichtlicher Bedachtnahme auf Art 6 MRK und in weiterer Folge auf die Ausführungen des EGMR in der Rechtssache Micallef gegen Malta, Urteil vom 15.10.2009, Bsw. 17056/06, zumal gegenständlich das civil right des ORF und der MB auf alsbaldig zulässige endgültige Vertragsabschlussmöglichkeit im Raum stand.3.7. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Verfahren gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG am 31.3., 01.04., 07.04, 13.04 und 14.04. 2016 vor diesem Beschluss bei diesem technisch und auch sonst sehr umfangreichen und komplexen Sachverhalt; und die Verkündung dieses Beschlusses am 14.04.2016 erfolgten verfahrensrechtlich unter gerichtlicher Bedachtnahme auf Artikel 6, MRK und in weiterer Folge auf die Ausführungen des EGMR in der Rechtssache Micallef gegen Malta, Urteil vom 15.10.2009, Bsw. 17056/06, zumal gegenständlich das civil right des ORF und der MB auf alsbaldig zulässige endgültige Vertragsabschlussmöglichkeit im Raum stand.

Zu B) Zulässigkeit der Revision

3.5. 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.3.5. 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.

Die Revision war gemäß Art 133 Abs 4 B-VG für zulässig zu erklären, weil die Zuständigkeit zur eV - Bescheiderlassung und damit zur inhaltlichen Entscheidung insb über den eV - Verlängerungsantrag davon abhing, ob das BVwG zur Vergabekontrolle beim ORF zuständig war; und insoweit noch keine ausdrückliche Rsp des VwGH zu dieser Frage vorliegt.Die Revision war gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG für zulässig zu erklären, weil die Zuständigkeit zur eV - Bescheiderlassung und damit zur inhaltlichen Entscheidung insb über den eV - Verlängerungsantrag davon abhing, ob das BVwG zur Vergabekontrolle beim ORF zuständig war; und insoweit noch keine ausdrückliche Rsp des VwGH zu dieser Frage vorliegt.

Andererseits liegt keine VwGH - Rsp insb unter Berücksichtigung des EuGH in der Rs C-689/13 dahin vor, inwieweit ein Vergabekontrollorgan zulässiger Weise durch eine einstweilige Verfügung die gesetzlich vorgesehene Aufgabenerbringung des ORF gemäß ORF - G insb über den Zeitraum von sechs Wochen hinaus einem Funktionalitätsrisiko aussetzen kann, wenn ein zwischenzeitig mit seinem Angebot ausgeschiedener Bieter sein Vorbringen und damit seine zuvor noch nicht in Richtung Widerruf bestimmt bezeichneten Beschwerdepunkte im Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung nachträglich nach Ablauf der Nachprüfungsantragsfrist, und ohne allenfalls um Wiedereinsetzung einzukommen, (teilweise) darauf umstellt, dass das Vergabeverfahren zu widerrufen wäre bzw zu widerrufen sein könnte, weil alle anderen Bieter auszuschneiden wären bzw auszuschneiden sein könnten.

Schlagworte

Antragslegimitation, Aufhebung einer einstweiligen Verfügung,
Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung,
Ausscheidensgründe, Beteiligte, drohende Schädigung, einstweilige
Verfügung, Erfolgsaussichten, Erkundungsbeweis, Fristverlängerung,
Interessenabwägung, konkrete Darlegung, Konkretisierung,
Mitwirkungspflicht, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren,
öffentlich - rechtlicher Auftrag, öffentliche Interessen,
Provisorialverfahren, Revision zulässig, Schaden, Vergabeverfahren,
Versorgungsauftrag des ORF

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W131.2122826.1.02

Zuletzt aktualisiert am

09.05.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at