

TE Bvwg Erkenntnis 2016/4/18 W131 2124258-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.04.2016

Entscheidungsdatum

18.04.2016

Norm

BVergG 2006 §10 Z9
BVergG 2006 §129 Abs1 Z2
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §2 Z16 lit a
BVergG 2006 §291
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §325 Abs1
BVergG 2006 §68 Abs1
B-VG Art.133 Abs4
B-VG Art.14b Abs2 Z1
ORF-G §1 Abs1
ORF-G §19
ORF-G §2
ORF-G §20
ORF-G §21
ORF-G §3
ORF-G §31 Abs1
ORF-G §31 Abs17
ORF-G §31 Abs2
ORF-G §31a
ORF-G §31c
ORF-G §4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2006 § 10 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 10 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 10 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 10 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 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 § 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 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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. B-VG Art. 14b heute

2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

1. ORF-G § 1 heute
2. ORF-G § 1 gültig ab 01.10.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010
3. ORF-G § 1 gültig von 01.08.2007 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 52/2007
4. ORF-G § 1 gültig von 01.01.2002 bis 31.07.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001
5. ORF-G § 1 gültig von 01.01.1991 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 10/1991
6. ORF-G § 1 gültig von 23.12.1987 bis 31.12.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 606/1987
7. ORF-G § 1 gültig von 01.01.1986 bis 22.12.1987 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 563/1985

1. ORF-G § 19 heute
2. ORF-G § 19 gültig ab 01.10.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010
3. ORF-G § 19 gültig von 01.01.2002 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001
4. ORF-G § 19 gültig von 01.04.2001 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2001
5. ORF-G § 19 gültig von 29.09.1984 bis 31.03.2001

1. ORF-G § 2 heute
2. ORF-G § 2 gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023
3. ORF-G § 2 gültig von 01.01.2016 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2015
4. ORF-G § 2 gültig von 01.10.2010 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010
5. ORF-G § 2 gültig von 01.01.2002 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001
6. ORF-G § 2 gültig von 04.09.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 194/1999
7. ORF-G § 2 gültig von 29.09.1984 bis 03.09.1999

1. ORF-G § 20 heute
2. ORF-G § 20 gültig ab 19.04.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 16/2025
3. ORF-G § 20 gültig von 01.04.2025 bis 18.04.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 116/2023
4. ORF-G § 20 gültig von 01.01.2023 bis 31.03.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2021
5. ORF-G § 20 gültig von 08.01.2021 bis 31.12.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2021
6. ORF-G § 20 gültig von 01.01.2021 bis 07.01.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2020
7. ORF-G § 20 gültig von 05.04.2020 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2020
8. ORF-G § 20 gültig von 01.01.2014 bis 04.04.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2013
9. ORF-G § 20 gültig von 01.02.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2012
10. ORF-G § 20 gültig von 01.10.2010 bis 31.01.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010
11. ORF-G § 20 gültig von 01.08.2007 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 52/2007
12. ORF-G § 20 gültig von 01.01.2002 bis 31.07.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001
13. ORF-G § 20 gültig von 01.01.2001 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
14. ORF-G § 20 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 159/1999
15. ORF-G § 20 gültig von 29.09.1984 bis 31.12.1999

1. ORF-G § 21 heute
2. ORF-G § 21 gültig ab 01.01.2027 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2026
3. ORF-G § 21 gültig von 01.01.2024 bis 31.12.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023
4. ORF-G § 21 gültig von 28.03.2012 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2012
5. ORF-G § 21 gültig von 01.10.2010 bis 27.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010
6. ORF-G § 21 gültig von 01.08.2007 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 52/2007
7. ORF-G § 21 gültig von 01.01.2002 bis 31.07.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001
8. ORF-G § 21 gültig von 01.08.2001 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001
9. ORF-G § 21 gültig von 29.09.1984 bis 31.07.2001

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 § 31 heute
2. ORF-G § 31 gültig ab 01.01.2027 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2026
3. ORF-G § 31 gültig von 24.04.2026 bis 31.12.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 20/2026
4. ORF-G § 31 gültig von 01.08.2025 bis 23.04.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2025
5. ORF-G § 31 gültig von 19.04.2025 bis 31.07.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 16/2025
6. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2024 bis 18.04.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023
7. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2024 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2022
8. ORF-G § 31 gültig von 01.08.2014 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 55/2014
9. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2012 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2011
10. ORF-G § 31 gültig von 01.10.2010 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010
11. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2002 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001
12. ORF-G § 31 gültig von 29.09.1984 bis 31.12.2001

1. ORF-G § 31 heute
2. ORF-G § 31 gültig ab 01.01.2027 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2026
3. ORF-G § 31 gültig von 24.04.2026 bis 31.12.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 20/2026
4. ORF-G § 31 gültig von 01.08.2025 bis 23.04.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2025
5. ORF-G § 31 gültig von 19.04.2025 bis 31.07.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 16/2025
6. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2024 bis 18.04.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023
7. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2024 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2022
8. ORF-G § 31 gültig von 01.08.2014 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 55/2014
9. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2012 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2011
10. ORF-G § 31 gültig von 01.10.2010 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010
11. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2002 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001
12. ORF-G § 31 gültig von 29.09.1984 bis 31.12.2001

1. ORF-G § 31 heute
2. ORF-G § 31 gültig ab 01.01.2027 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2026
3. ORF-G § 31 gültig von 24.04.2026 bis 31.12.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 20/2026
4. ORF-G § 31 gültig von 01.08.2025 bis 23.04.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2025
5. ORF-G § 31 gültig von 19.04.2025 bis 31.07.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 16/2025
6. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2024 bis 18.04.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023
7. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2024 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2022
8. ORF-G § 31 gültig von 01.08.2014 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 55/2014
9. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2012 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2011
10. ORF-G § 31 gültig von 01.10.2010 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010
11. ORF-G § 31 gültig von 01.01.2002 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001
12. ORF-G § 31 gültig von 29.09.1984 bis 31.12.2001

1. ORF-G § 31a heute
2. ORF-G § 31a gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023
3. ORF-G § 31a gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001
4. ORF-G § 31a gültig von 29.09.1984 bis 31.12.2001

1. ORF-G § 31c heute
2. ORF-G § 31c gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023
3. ORF-G § 31c gültig von 01.10.2010 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

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 2124258-2/12E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden und durch die fachkundigen Laienrichter Dr Walter FUCHS (als Beisitzer der Auftraggeberseite) und Dr Theodor TAURER (als Beisitzer der Auftragnehmerseite) betreffend das Vergabeverfahren des Österreichischen Rundfunks (= ORF) "Providerdienstleistungen Data Center & Backend-IT-Services und Customer Care Services" bezüglich des dortigen Loses 2 "Providerdienstleistungen Data Center & Backend-IT-Services" über den beim Bundesverwaltungsgericht zu W131 2124258-2 protokollierten Antrag der anwaltlich vertretenen XXXX vom 07.04.2016 auf Nichtigerklärung einer Ausscheidensentscheidung nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 12.04.2016, wie am 12.04.2016 mündlich verkündet und hiermit schriftlich ausgefertigt, zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden und durch die fachkundigen Laienrichter Dr Walter FUCHS (als Beisitzer der Auftraggeberseite) und Dr Theodor TAURER (als Beisitzer der Auftragnehmerseite) betreffend das Vergabeverfahren des Österreichischen Rundfunks (= ORF) "Providerdienstleistungen Data Center & Backend-IT-Services und Customer Care Services" bezüglich des dortigen Loses 2 "Providerdienstleistungen Data Center & Backend-IT-Services" über den beim Bundesverwaltungsgericht zu W131 2124258-2 protokollierten Antrag der anwaltlich vertretenen römisch 40 vom 07.04.2016 auf Nichtigerklärung einer Ausscheidensentscheidung nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 12.04.2016, wie am 12.04.2016 mündlich verkündet und hiermit schriftlich ausgefertigt, zu Recht erkannt:

A) Der Antrag der XXXX auf Nichtigerklärung der mit 05.04.2016 A) Der Antrag der römisch 40 auf Nichtigerklärung der mit 05.04.2016

datierten, zu ihren Lasten ergangenen Ausscheidensentscheidung bezüglich der Vergabe des Loses 2 "Providerdienstleistungen Data Center & Backend-IT-Services" aus dem Vergabeverfahren des Österreichischen Rundfunks (= ORF) "Providerdienstleistungen Data Center & Backend-IT-Services und Customer Care Services" wird abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Der ORF hat das oben bezeichnete Vergabeverfahren als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich eingeleitet und bereits in der Bekanntmachung darauf hingewiesen, dass er kein öffentlicher

Auftraggeber wäre. Das Beschaffungsvolumen bewegt (- e) sich offenbar im mittleren bzw gehobenen zweistelligen Millionenbereich.

2. Im Jänner 2016 wurde - nach einer identen Klausel in der Aufforderung zu einem Zwischenangebot - in der Letztangebotsaufforderung, insoweit als Beilage ./32 der auftraggeberseitigen Beilagen in dem betreffend diese Vergabe beim BVwG entstandenen Verfahrenskomplex insb auch zu den Verfahrenszahlen W131 2122826-1, W131 2122826-2, W131 212258-1 und W131 212258-2, beim BVwG unangefochten festgeschrieben,

dass eine Kontaktaufnahme mit [den Mitgliedern bzw Ersatzmitgliedern der Bewertungskommission] in Bezug auf das gegenständliche Vergabeverfahren unzulässig ist.

3. Nach einer Zuschlagsentscheidung des ORF vom 01.03.2016 zu Gunsten von XXXX stellte die bisher gegenüber dem ORF auf Grund eines Altvertrags vergleichbare wie die ausgeschriebenen Leistungen erbringende XXXX einen gegen diese Zuschlagsentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag und verband diesen Nachprüfungsantrag mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.3. Nach einer Zuschlagsentscheidung des ORF vom 01.03.2016 zu Gunsten von römisch 40 stellte die bisher gegenüber dem ORF auf Grund eines Altvertrags vergleichbare wie die ausgeschriebenen Leistungen erbringende römisch 40 einen gegen diese Zuschlagsentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag und verband diesen Nachprüfungsantrag mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Die Antragstellerin war dabei bewertungsmäßig sowohl hinter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin als auch hinter einer weiteren Bieterin bei der Angebotsbewertung drittgereiht worden.

4. Der ORF brachte als Interesse gegen die eV vor, dass bei eV - Erlassung der Sendebetrieb des ORF ab 01.10.2016 massiv gefährdet wäre. Das BVwG erließ diesbezüglich in Relation zu dieser Großvergabe am 17.03.2016 vorerst einmal eine eV mit der Untersagung der Zuschlagserteilung bis zum Ablauf des 15.04.2016, die bereits am 18.03.2016 in ordentliche Revision gezogen wurde, wobei das BVwG einem diesbezüglichen Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung keine Folge gab.

5. Nach Einwendungen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin und einem Einwendungsschriftsatz einer weiteren Bieterin wurden vom BVwG beginnend mit 31.03.2016 in mehreren Verhandlungen im Verfahren über die allfällige Verlängerung bzw Aufhebung der eV insb auch die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags iSv EuGH C-424/01 geprüft.

Gelegentlich der Prüfung dieser Erfolgsaussichten zur Verfahrenszahl W131 2122826-1 stellte sich Anfang April 2016 heraus, dass die zu Lasten der Antragstellerin nachträglich relevierten Ausscheidensgründe noch nicht Aktenlage des Vergabeverfahrens iSv VwGH ZI 2007/04/0095 waren.

6. Am 05.04.2016 veröffentlichte der EuGH sein Urteil in der Rs C-689/13, womit unionsrechtlich klargestellt wurde, dass die bisherige "Antragslegitimations - Rsp" des VwGH, wonach der berechtigt mit seinem Angebot auszuscheidende bzw ausgeschiedene Bieter nicht erfolgreich gegen eine anderweitige Zuschlagsentscheidung vorgehen könne, als mitunter sehr stark relativiert zu betrachten sein könnte, wie im Übrigen vom VwGH in der Rs C-355/15 selbst teilweise bei EuGH gemäß Art 267 AEUV hinterfragt.6. Am 05.04.2016 veröffentlichte der EuGH sein Urteil in der Rs C-689/13, womit unionsrechtlich klargestellt wurde, dass die bisherige "Antragslegitimations - Rsp" des VwGH, wonach der berechtigt mit seinem Angebot auszuscheidende bzw ausgeschiedene Bieter nicht erfolgreich gegen eine anderweitige Zuschlagsentscheidung vorgehen könne, als mitunter sehr stark relativiert zu betrachten sein könnte, wie im Übrigen vom VwGH in der Rs C-355/15 selbst teilweise bei EuGH gemäß Artikel 267, AEUV hinterfragt.

7. Datiert mit 05.04.2016 versandte der ORF nach der Zuschlagsentscheidung nachträglich eine Ausscheidensentscheidung zu Lasten der Antragstellerin.

In dieser Ausscheidensentscheidung wurden der Antragstellerin im Wesentlichen drei Sachverhaltskomplexe angelastet, die aus Sicht des ORF die Ausscheidensentscheidung tragen.

Im nachmalig im Tatsachenkern spruchtragenden Ausscheidenssachverhalt geht es darum, dass der ORF seine Ausscheidensentscheidung insb auch darauf stützt, dass der zuständige Projektleiter der Antragstellerin, Herr XXXX , bei mehreren Juroren, maW Bewertungskommissionsmitgliedern, versucht habe, in sittenwidriger Weise Informationen zum Verfahren zu erhalten, dies vor der Letztangebotsabgabe bzw auch iZm Preisen.Im nachmalig im Tatsachenkern spruchtragenden Ausscheidenssachverhalt geht es darum, dass der ORF seine

Ausscheidensentscheidung insb auch darauf stützt, dass der zuständige Projektleiter der Antragstellerin, Herr römisch 40, bei mehreren Juroren, maW Bewertungskommissionsmitgliedern, versucht habe, in sittenwidriger Weise Informationen zum Verfahren zu erhalten, dies vor der Letztangebotsabgabe bzw auch iZm Preisen.

8. Die Antragstellerin reagierte auf diese nachträgliche Ausscheidensentscheidung am 07.04.2016 mit einem weiteren Nachprüfungsantrag, wie beim BVwG zu W131 2124258-2 protokolliert und stellte diesbezüglich einen weiteren eV - Antrag.

9. Am 07.04.2016 wurde die Verhandlung zwecks allfälliger Aufhebung oder Verlängerung der eV aus dem Verfahren zu W131 2122826-1 fortgesetzt; und wurden im Rahmen der Prüfung Interessenslage an der Aufhebung oder Verlängerung der bestehenden eV iZm dem Nachprüfungsverfahren betreffend die Zuschlagsentscheidung diverse Mitarbeiter des ORF und Herr XXXX zeugenschaftlich einvernommen. 9. Am 07.04.2016 wurde die Verhandlung zwecks allfälliger Aufhebung oder Verlängerung der eV aus dem Verfahren zu W131 2122826-1 fortgesetzt; und wurden im Rahmen der Prüfung Interessenslage an der Aufhebung oder Verlängerung der bestehenden eV iZm dem Nachprüfungsverfahren betreffend die Zuschlagsentscheidung diverse Mitarbeiter des ORF und Herr römisch 40 zeugenschaftlich einvernommen.

Während bei diesen Einvernahmen drei ORF - Mitarbeiter, die Mitglieder der Bewertungskommission waren, Kontaktaufnahmen durch Herrn XXXX mit ihnen während des Vergabeverfahrens betreffend selbiges bestätigten und jedenfalls zwei dieser ORF - Mitarbeiter dem Herrn XXXX den Versuch des Erhalts eines Tipps bzw Preistipps anlasteten, bestritt dies selbiger am 07.04.2015 im Wesentlichen (- laut Niederschrift OZ 18 aus dem Verfahren W131 2122826-1), räumte aber ein, dass es sein könne, dass das Gespräch mit Herrn XXXX in Richtung der aktuellen Vergabe abgeglitten wäre. Während bei diesen Einvernahmen drei ORF - Mitarbeiter, die Mitglieder der Bewertungskommission waren, Kontaktaufnahmen durch Herrn römisch 40 mit ihnen während des Vergabeverfahrens betreffend selbiges bestätigten und jedenfalls zwei dieser ORF - Mitarbeiter dem Herrn römisch 40 den Versuch des Erhalts eines Tipps bzw Preistipps anlasteten, bestritt dies selbiger am 07.04.2015 im Wesentlichen (- laut Niederschrift OZ 18 aus dem Verfahren W131 2122826-1), räumte aber ein, dass es sein könne, dass das Gespräch mit Herrn römisch 40 in Richtung der aktuellen Vergabe abgeglitten wäre.

10. Am 08.04.2016 wurde vor dem zuständigen Senat des BVwG - nach Erledigung eines akzessorischen Verfahrens zu W131 2124211-1 am Vormittag nachmittags erstmalig in der Nachprüfungssache betreffend die Zuschlagsentscheidung verhandelt.

11. Am 11.04.2016 langte verfahrensbezüglich insb auch die Stellungnahme des ORF zum Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung ein.

12. Am 12.04.2016 wurde das Nachprüfungsverfahren gegen die Ausscheidensentscheidung mit dem Nachprüfungsverfahren gegen die Zuschlagsentscheidung verbunden und verlief die Verhandlung in den

hier interessierenden Teilen wie nachstehend ersichtlich [AGV =

Vertreter des ORF; ASTV = Vertreterin der Antragstellerin; MBV =

Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin];

In den verbundenen Verfahren wird die Verhandlung vorerst auf Ermittlungen zur Frage der Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung eingeschränkt. Geprüft wird nunmehr insoweit, welche Zeugen hiezu erschienen sind.

1. XXXX1. römisch 40

2. [...]

3. XXXX3. römisch 40

Festgehalten wird, dass Herr [...] heute nicht stellig gemacht werden konnte, sondern bei Bedarf morgen.

Das Ermittlungsverfahren wird nunmehr weiters auf den Ausscheidensgrund im Zusammenhang mit der behaupteten Kontaktaufnahme des Herrn XXXX mit Mitgliedern der Bewertungskommission eingeschränkt. Das Ermittlungsverfahren wird nunmehr weiters auf den Ausscheidensgrund im Zusammenhang mit der behaupteten Kontaktaufnahme des Herrn römisch 40 mit Mitgliedern der Bewertungskommission eingeschränkt.

Insoweit werden nunmehr die anwesenden Zeugen gem. §§ 49 und 50 AVG nochmals belehrt. Insoweit werden nunmehr die anwesenden Zeugen gem. Paragraphen 49 und 50 AVG nochmals belehrt.

[...]

XXXX (Z1) wird in den Zeugenstand gebeten. Die anderen Zeugen werden gebeten, den Verhandlungssaal zu verlassen. römisch 40 (Z1) wird in den Zeugenstand gebeten. Die anderen Zeugen werden gebeten, den Verhandlungssaal zu verlassen.

R: Welche Funktion [...].

Der Zeuge wird gebeten vorerst im Verhandlungssaal zu bleiben und hinten Platz zu nehmen und den anderen Zeugenaussagen aufmerksam zu folgen.

Herr XXXX (Z2) wird um 14.20 Uhr in den Zeugenstand gebeten. Herr römisch 40 (Z2) wird um 14.20 Uhr in den Zeugenstand gebeten.

Ihm wird die heutige Aussage des Herrn XXXX vorgehalten. Ihm wird die heutige Aussage des Herrn römisch 40 vorgehalten.

R nach Durchsicht der Aussage durch den Z2: Was sagen Sie zu dieser Aussage?

Z2: Ich kann den Versuch, hier an Informationen zu kommen, nur in Abrede stellen. Noch dazu, wo [...].

Festgehalten wird, dass die vorgehaltene Aussage als Beilage ./B zur heutigen Niederschrift genommen wird.

R: Haben Sie in der gegenständlichen Vergabe gegenüber dem ORF die Funktion eines Ansprechpartners im Vergabeverfahren wahrgenommen?

Z2: Ja.

R: Ich verweise auf Ihre Aussage vom 07.04.2016 im Verfahren W131 2122826-1, das ist jene Einvernahme, in welcher zur Frage der Erfolgsaussichten im Zusammenhang mit der bestehenden einstweiligen Verfügung ermittelt wurde. Bleiben Sie bei Ihren Aussagen vom 07.04.2016, die aus der Niederschrift auch den anwesenden Beisitzern bekannt sind?

Z2: Ja.

R: Ist es richtig, dass Sie es für möglich gehalten haben, dass bei Kontakten mit Mitgliedern der Bewertungskommission, zumindest bei einem Mitglied, das Gespräch auch auf die gegenständliche Vergabe kurz abgeglitten ist?

Z2: Ja.

R: Bei wie vielen Mitgliedern der Bewertungskommission ist es zu diesem "Abgleiten" gekommen?

Z2: Bei 2, die andere Person ist der Herr XXXX, der heute nicht anwesend ist. Z2: Bei 2, die andere Person ist der Herr römisch 40, der heute nicht anwesend ist.

R an ASTV: Werden Beweise zum Nachweis dafür gewünscht, dass Herr

XXXX mit zwei Mitgliedern der Bewertungskommission schon oder nicht Kontakt aufgenommen hat während des laufenden Beschaffungsverfahrens? römisch 40 mit zwei Mitgliedern der Bewertungskommission schon oder nicht Kontakt aufgenommen hat während des laufenden Beschaffungsverfahrens?

ASTV: Worauf wird mit dieser Frage abgezielt?

R: Die Frage ergeht vor dem Hintergrund der Beilagen 31 und 32, wie am 08.04.2016 am Nachmittag vorgelegt.

ASTV: Aus den bisherigen Zeugenaussagen ergibt sich nicht, dass Herr XXXX aktiv mit einem Mitglied der Bewertungskommission nur zum Zweck der Erlangung von Informationen zum gegenständlichen Vergabeverfahren Kontakt aufgenommen hätte. Herr XXXX hatte mit den als Zeugen geführten Mitgliedern der Bewertungskommission regelmäßig beruflichen Kontakt und fand die Kontaktaufnahme deshalb statt. ASTV: Aus den bisherigen Zeugenaussagen ergibt sich nicht, dass Herr römisch 40 aktiv mit einem Mitglied der Bewertungskommission nur zum

Zweck der Erlangung von Informationen zum gegenständlichen Vergabeverfahren Kontakt aufgenommen hätte. Herr römisch 40 hatte mit den als Zeugen geführten Mitgliedern der Bewertungskommission regelmäßig beruflichen Kontakt und fand die Kontaktaufnahme deshalb statt.

Das Ermittlungsverfahren wird im eingeschränkten Umfang vorerst geschlossen. Die anwesenden Zeugen werden ersucht, vorläufig noch zu warten.

Der Senat zieht sich um 14:30 Uhr zu einer Beratung zurück. Die Verhandlung wird um 15:32 Uhr fortgesetzt.

AGV und MBV erhalten Gelegenheit, allfälliges weiteres Vorbringen zu erstatten.

AGV: Ich verweise auf mein bisheriges Vorbringen.

MBV: Ich verweise auf mein bisheriges Vorbringen.

Festgehalten wird, dass ASTV bereits zuvor Vorbringen zum letztgenannten Ermittlungsthema erstattet hat.

ASTV: Das Verhalten von Herrn XXXX kann keineswegs als strafbar im Sinne des STGB gewertet werden, weil sich aus seiner letzten Zeugenaussage ganz klar ergeben hat, dass er jedenfalls keinen Vorsatz hatte, hier irgendwelche Geheimnisse zu erlangen. Im Übrigen wäre hier auch allenfalls ein absolut untauglicher Versuch erfüllt, weil der Zeuge XXXX ausdrücklich gesagt hat, dass er unter keinen Umständen irgendwelche Informationen gegeben hätte. Ich verweise auf das vorige Vorbringen. ASTV: Das Verhalten von Herrn römisch 40 kann keineswegs als strafbar im Sinne des STGB gewertet werden, weil sich aus seiner letzten Zeugenaussage ganz klar ergeben hat, dass er jedenfalls keinen Vorsatz hatte, hier irgendwelche Geheimnisse zu erlangen. Im Übrigen wäre hier auch allenfalls ein absolut untauglicher Versuch erfüllt, weil der Zeuge römisch 40 ausdrücklich gesagt hat, dass er unter keinen Umständen irgendwelche Informationen gegeben hätte. Ich verweise auf das vorige Vorbringen.

Um 15:35 Uhr wird die Verhandlung nochmals für eine kurze fortgesetzte Beratung unterbrochen.

Die Verhandlung wird um 15:38 Uhr fortgesetzt.

Das Ermittlungsverfahren betreffend das Nachprüfungsverfahren über die Ausscheidensentscheidung bleibt geschlossen. Nunmehr wird das Erkenntnis verkündet (Beilage ./A) zur Niederschrift, welche verlesen wird.

13. Nach diesem Verhandlungsgeschehen wurde das Erkenntnis in der Verhandlung am 12.04.2016 mündlich verkündet, mit welchem die Ausscheidensentscheidung als im Ergebnis richtig bestätigt wurde.

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden und durch die fachkundigen Laienrichter Dr Walter FUCHS (als Beisitzer der Auftraggeberseite) und Dr Theodor TAURER (als Beisitzer der Auftragnehmerseite) betreffend das Vergabeverfahren des Österreichischen Rundfunks (= ORF) "Providerdienstleistungen Data Center & Backend-IT-Services und Customer Care Services" bezüglich des dortigen Loses 2 "Providerdienstleistungen Data Center & Backend-IT-Services" über den beim Bundesverwaltungsgericht zu W131 2124258-2 protokollierten Antrag der anwaltlich vertretenen XXXX vom 07.04.2016 auf Nichtigerklärung einer Ausscheidensentscheidung nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 12.04.2016 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden und durch die fachkundigen Laienrichter Dr Walter FUCHS (als Beisitzer der Auftraggeberseite) und Dr Theodor TAURER (als Beisitzer der Auftragnehmerseite) betreffend das Vergabeverfahren des Österreichischen Rundfunks (= ORF) "Providerdienstleistungen Data Center & Backend-IT-Services und Customer Care Services" bezüglich des dortigen Loses 2 "Providerdienstleistungen Data Center & Backend-IT-Services" über den beim Bundesverwaltungsgericht zu W131 2124258-2 protokollierten Antrag der anwaltlich vertretenen römisch 40 vom 07.04.2016 auf Nichtigerklärung einer Ausscheidensentscheidung nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 12.04.2016 zu Recht erkannt:

A) Der Antrag der XXXX auf Nichtigerklärung der mit 05.04.2016 A) Der Antrag der römisch 40 auf Nichtigerklärung der mit 05.04.2016

datierten, zu ihren Lasten ergangenen Ausscheidensentscheidung betreffend das Los 2 aus dieser Vergabe wird abgewiesen.

B)

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

Entscheidungsgründe:

Der ORF ist öffAG gemäß eV - Begründung, daher war [das] BVwG zur Sachentscheidung befugt.

Insoweit wurde auch die Revision zugelassen, weil zur Eigenschaft des ORF als öff AG noch keine VwGH - Rsp - vorliegt.

Ausschreibungs- und Vergabeunterlagen, an denen die Ausscheidensentscheidung zu messen ist, sind präkludiert und daher bindend und objektiv nach dem Verständnis eines durchschnittlich fachkundigen Bieters auszulegen.

Es ist die präkludierte Pflicht insb in der Letztangebotsaufforderung festgeschrieben, dass bieterseitig nicht mit den Juroren betreffend dieses Vergabeverfahren Kontakt aufgenommen werden darf. Dies hat für den ORF den objektiv redlichen Zweck, dass der ORF nicht dem denkbaren Angriff ausgesetzt ist, er würde mit einigen Bietern mehr sprechen, als in einem Verhandlungsverfahren vorgesehen; und insoweit allenfalls eine Bieterungleichbehandlung praktizieren.

Der Zeuge XXXX, der die Antragstellerin im Vergabeverfahren gegenüber dem ORF als Ansprechperson repräsentiert hat, hat nach den Beweisergebnissen mit einigen Juroren insoweit verboten Kontakt aufgenommen. Der Zeuge römisch 40, der die Antragstellerin im Vergabeverfahren gegenüber dem ORF als Ansprechperson repräsentiert hat, hat nach den Beweisergebnissen mit einigen Juroren insoweit verboten Kontakt aufgenommen.

Diese Tatsachenfeststellungen ergeben sich aus den bisherigen heutigen Beweisaufnahmen.

Rechtlich war das BVwG wegen der Eigenschaft des ORF als öffAG sachentscheidungsbefugt.

§ 129 Abs 1 Z 2 BVergG normiert die fehlende Zuverlässigkeit als Ausscheidensgrund Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG normiert die fehlende Zuverlässigkeit als Ausscheidensgrund.

Unzuverlässig iSd §§ 19 Abs 1 und 129 Abs 1 Z 2 BVergG ist ein Bieter, wenn sich der AG nicht auf den Bieter verlassen kann. Unzuverlässig iSd Paragraphen 19, Absatz eins und 129 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ist ein Bieter, wenn sich der AG nicht auf den Bieter verlassen kann.

Da der der ASt zurechenbare Herr XXXX rechtswidrig vergabeverfahrensbezüglich betreffend das gegenständliche Vergabeverfahren mit Juroren Kontakt aufgenommen hat, ist die ASt iZm diesem Vergabeverfahren als unzuverlässig zu qualifizieren. Da der der ASt zurechenbare Herr römisch 40 rechtswidrig vergabeverfahrensbezüglich betreffend das gegenständliche Vergabeverfahren mit Juroren Kontakt aufgenommen hat, ist die ASt iZm diesem Vergabeverfahren als unzuverlässig zu qualifizieren.

Die Ausscheidensentscheidung ist daher im Ergebnis berechtigt ergangen und war der Nachprüfungsantrag zu W131 2124258-2 bereits deshalb abzuweisen.

Bei diesem Verfahrensstand können allfällig weitere andere Ausscheidensgründe zu Lasten der ASt dahinstehen und brauchte zB nicht mehr erörtert werden, inwieweit die ASt den Ausschluss gemäß § 68 Abs 1 Z 5 oder Z 7 BVergG samt dem insoweit korrespondierenden Ausschlussgrund zu verantworten hat, wenn die ASt mit der Angebotsabgabe die Einhaltung der auftraggeberseitigen Festlegungen zugesichert hat und Herr XXXX dennoch Kontakt mit Bewertungskommissionsmitgliedern iZm dem streitigen Vergabeverfahren aufgenommen hat. Bei diesem Verfahrensstand können allfällig weitere andere Ausscheidensgründe zu Lasten der ASt dahinstehen und brauchte zB nicht mehr erörtert werden, inwieweit die ASt den Ausschluss gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, oder Ziffer 7, BVergG samt dem insoweit korrespondierenden Ausschlussgrund zu verantworten hat, wenn die ASt mit der Angebotsabgabe die Einhaltung der auftraggeberseitigen Festlegungen zugesichert hat und Herr römisch 40 dennoch Kontakt mit Bewertungskommissionsmitgliedern iZm dem streitigen Vergabeverfahren aufgenommen hat.

Die Revision war bereits aus besagten Gründen zuzulassen.

Es besteht die Möglichkeit zur ordentlichen Revision bzw VfGH - Beschwerde jedenfalls sechs Wochen ab Zustellung der schriftlichen Erkenntnisausfertigung, [...]

14. Nach der Verkündung des Erkenntnisses am 12.04.2016 wurde seitens des vorsitzenden Richters gemäß der Einzelrichterzuständigkeit gemäß § 292 BVergG idF BGBl I 2016/7 schließlich noch entsprechend dem insoweit bestehenden Unverzüglichkeitsgebot des § 329 Abs 4 BVergG der nach Erkenntnisverkündung dennoch ausdrücklich aufrecht erhaltene Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Absicherung des Nachprüfungsantrags gegen die Ausscheidensentscheidung, protokolliert zur Verfahrenszahl W131 2124258-1, im Rahmen einer

Beschlussverkündung zurückweislich erledigt.14. Nach der Verkündung des Erkenntnisses am 12.04.2016 wurde seitens des vorsitzenden Richters gemäß der Einzelrichterzuständigkeit gemäß Paragraph 292, BVergG in der Fassung BGBl römisch eins 2016/7 schließlich noch entsprechend dem insoweit bestehenden Unverzüglichkeitsgebot des Paragraph 329, Absatz 4, BVergG der nach Erkenntnisverkündung dennoch ausdrücklich aufrecht erhaltene Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Absicherung des Nachprüfungsantrags gegen die Ausscheidensentscheidung, protokolliert zur Verfahrenszahl W131 2124258-1, im Rahmen einer Beschlussverkündung zurückweislich erledigt.

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

1. Feststellungen:

Der für dieses Vergabeverfahren seitens der Antragstellerin als Ansprechpartner benannte Herr XXXX hat während des hier streitgegenständlichen laufenden Vergabeverfahrens - selbst zugestanden - mit jedenfalls zwei Bewertungskommissionsmitgliedern, maW Juroren, entgegen der bestandfest gewordenen Letztangebotsaufforderung Kontakt aufgenommen. Der für dieses Vergabeverfahren seitens der Antragstellerin als Ansprechpartner benannte Herr römisch 40 hat während des hier streitgegenständlichen laufenden Vergabeverfahrens - selbst zugestanden - mit jedenfalls zwei Bewertungskommissionsmitgliedern, maW Juroren, entgegen der bestandfest gewordenen Letztangebotsaufforderung Kontakt aufgenommen.

Dies war insb auch in der Letztangebotsaufforderung - bieterseitig beim BVwG unangefochten - ausdrücklich untersagt.

2. Beweiswürdigung:

Die Funktion des Zeugen XXXX gegenüber dem ORF bei dieser Vergabe ergibt sich aus den Vergabeunterlagen und aus seiner Aussage am 12.04.2016. Die Funktion des Zeugen römisch 40 gegenüber dem ORF bei dieser Vergabe ergibt sich aus den Vergabeunterlagen und aus seiner Aussage am 12.04.2016.

Dieser Zeuge hat am 12.04.2016 vor dem zuständigen Senat des BVwG selbst bestätigt, dass er mit zwei Bewertungskommissionsmitgliedern während des Vergabeverfahrens vergabeverfahrensbezüglich Kontakt aufgenommen hat.

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. 3.1. Gemäß Paragraph 291, BVergG ist das BVwG zur Vergabekontrolle im Bundesvollzugskompetenzbereich gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG zuständig.

Gemäß § 6 BVwGG iVm § 292 BVergG idFBGBl I 2016/7 entscheidet das BVwG gegenständlich in Senatsbesetzung und wendet (- e) 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 Senatsbesetzung und wendet (- e) dabei abseits von Sonderverfahrensvorschriften des BVergG gemäß Paragraph 311, BVergG das Verfahrensrecht des VwGVG und subsidiär des AVG an.

Vorzustellen ist weiters, dass im Sinne der aus VwGH Z12007/04/0232 und 0233 erkennbaren Wertung eine Ausscheidensentscheidung, die nach einer Auswahlentscheidung wie einer preferred bidder - Entscheidung oder aber einer Zuschlagsentscheidung ergeht, nicht bereits deshalb ergebnisrelevant rechtswidrig gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG ist. Denn auch zu den soeben bezogenen VwGH - Zlen wurde letztlich ein nachträgliches Ausscheiden bestätigt. Vorzustellen ist weiters, dass im Sinne der aus VwGH Z12007/04/0232 und 0233 erkennbaren Wertung eine Ausscheidensentscheidung, die nach einer Auswahlentscheidung wie einer preferred bidder - Entscheidung oder aber einer Zuschlagsentscheidung ergeht, nicht bereits deshalb ergebnisrelevant rechtswidrig gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ist. Denn auch zu den soeben bezogenen VwGH - Zlen wurde letztlich ein nachträgliches Ausscheiden bestätigt.

3.2. Zur Vergabekontrollzuständigkeit des BVwG

3.2.1. Vorauszuschicken ist, dass nach der Rsp des VwGH die Unzuständigkeit zur Vergabekontrolle (hier des BVwG) nicht durch (sonst) bestandfeste AG - Festlegungen oder durch Parteienvereinbarung begründet werden kann, siehe

dazu § 6 AVG und VwGH ZI2013/04/0097 mwN. Insoweit konnte das gegenständliche Nachprüfungsbegehren nicht deshalb zurückgewiesen werden, weil der AG seine Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber bereits in der unangefochten gebliebenen Vergabebekanntmachung verneint hatte.3.2.1. Vorauszuschicken ist, dass nach der Rsp des VwGH die Unzuständigkeit zur Vergabekontrolle (hier des BVwG) nicht durch (sonst) bestandfeste AG - Festlegungen oder durch Parteienvereinbarung begründet werden kann, siehe dazu Paragraph 6, AVG und VwGH ZI 2013/04/0097 mwN. Insoweit konnte das gegenständliche Nachprüfungsbegehren nicht deshalb zurückgewiesen werden, weil der AG seine Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber bereits in der unangefochten gebliebenen Vergabebekanntmachung verneint hatte.

§ 3 BVergG lautet nunmehr in den hier interessierenden Teilen:

§ 3. (1) Dieses Bundesgesetz gilt mit Ausnahme seines 3. Teiles für

die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden:

Auftraggeber), das sind 1. der Bund, [...],

2. Einrichtungen, die

a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und

b) zumindest teilrechtsfähig sind und

c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind,c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind,

3. Verbände, die [...] bestehen.

3.2.2. Art 14b B-VG lautet in den hier interessierenden Teilen3.2.2. Artikel 14 b, B-VG lautet in den hier interessierenden Teilen:

Art 14b (1) Bundessache ist die Gesetzgebung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit diese nicht unter Abs. 3 fallen.Artikel 14 b, (1) Bundessache ist die Gesetzgebung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit diese nicht unter Absatz 3, fallen.

(2) Die Vollziehung in den Angelegenheiten des Abs. 1 ist(2) Die Vollziehung in den Angelegenheiten des Absatz eins, ist

1. Bundessache hinsichtlich

a) der Vergabe von Aufträgen durch den Bund;

b) der Vergabe von Aufträgen durch Stiftungen, Fonds und Anstalten im Sinne des Art. 126b Abs. 1b) der Vergabe von Aufträgen durch Stiftungen, Fonds und Anstalten im Sinne des Artikel 126 b, Absatz eins,;

c) der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art. 126b Abs. 2, wenn die finanzielle Beteiligung oder der durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen vermittelte Einfluss des Bundes mindestens gleich groß ist wie die finanzielle Beteiligung oder der Einfluss der Länder;c) der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Artikel 126 b, Absatz 2,, wenn die finanzielle Beteiligung oder der durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen vermittelte Einfluss des Bundes mindestens gleich groß ist wie die finanzielle Beteiligung oder der Einfluss der Länder;

d) der Vergabe von Aufträgen durch bundesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaften;

e) der Vergabe von Aufträgen durch in lit. a bis d und Z 2 lit. a bis d nicht genannte Rechtsträgere) der Vergabe von Aufträgen durch in Litera a bis d und Ziffer 2, Litera a bis d nicht genannte Rechtsträger,

aa) die vom Bund finanziert werden, wenn der Finanzierungsanteil des Bundes mindestens gleich groß ist wie der der Länder;

bb) die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Bundes unterliegen, soweit die Vergabe nicht unter sublit. aa oder Z 2 lit. e sublit. aa fällt;bb) die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Bundes unterliegen, soweit die Vergabe nicht unter Sub-Litera, a, a, oder Ziffer 2, Litera e, Sub-Litera, a, a, fällt;

cc) deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Bund ernannt worden sind, wenn der Bund mindestens gleich viele Mitglieder ernannt hat wie die Länder, soweit die Vergabe nicht unter sublit. aa oder bb oder Z 2 lit. e sublit. aa oder bb fällt;cc) deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Bund ernannt worden sind, wenn der Bund mindestens gleich viele Mitglieder ernannt hat wie die Länder, soweit die Vergabe nicht unter Sub-Litera, a, a, oder bb oder Ziffer 2, Litera e, Sub-Litera, a, a, oder bb fällt;

f) der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder, wenn der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist wie die Summe der Anteile der Länder;

g) der Vergabe von Aufträgen durch in lit. a bis f und Z 2 nicht genannte Rechtsträgerg) der Vergabe von Aufträgen durch in Litera a bis f und Ziffer 2, nicht genannte Rechtsträger;

2. Landessache hinsichtlich

a) der Vergabe von Aufträgen durch das Land, die Gemeinden und die Gemeindeverbände;

b) der Vergabe von Aufträgen durch Stiftungen, Fonds und Anstalten im Sinne des Art. 127 Abs. 1 und des Art. 127a Abs. 1 und 8;b) der Vergabe von Aufträgen durch Stiftungen, Fonds und Anstalten im Sinne des Artikel 127, Absatz eins und des Artikel 127 a, Absatz eins und 8;

c) der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art. 126b Abs. 2, soweit sie nicht unter Z 1 lit. c fällt, sowie der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art. 127 Abs. 3 und des Art. 127a Abs. 3 und 8;c) der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Artikel 126 b, Absatz 2,, soweit sie nicht unter Ziffer eins, Litera c, fällt, sowie der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Artikel 127, Absatz 3 und des Artikel 127 a, Absatz 3 und 8;

d) der Vergabe von Aufträgen durch landesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaften;

e) der Vergabe von Aufträgen durch in Z 1 lit. a bis d und lit. a bis d nicht genannte Rechtsträgere) der Vergabe von Aufträgen durch in Ziffer eins, Litera a bis d und Litera a bis d nicht genannte Rechtsträger,

aa) die vom Land allein oder gemeinsam mit dem Bund oder anderen Ländern finanziert werden, soweit die Vergabe nicht unter Z 1 lit. e sublit. aa fällt;aa) die vom Land allein oder gemeinsam mit dem Bund oder anderen Ländern finanziert werden, soweit die Vergabe nicht unter Ziffer eins, Litera e, Sub-Litera, a, a, fällt;

bb) die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Landes unterliegen, soweit die Vergabe nicht unter Z 1 lit. e sublit. aa oder bb oder sublit. aa fällt;bb) die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Landes unterliegen, soweit die Vergabe nicht unter Ziffer eins, Litera e, Sub-Litera, a, a, oder bb oder Sub-Litera, a, a, fällt;

cc) deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Land ernannt worden sind, soweit die Vergabe nicht unter Z 1 lit. e sublit. aa bis cc oder sublit. aa oder bb fällt;cc) deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Land ernannt worden sind, soweit die Vergabe nicht unter Ziffer eins, Litera e, Sub-Litera, a, a bis c, c oder Sub-Litera, a, a, oder bb fällt;

f) der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder, soweit diese nicht unter Z 1 lit. f fällt, sowie der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch mehrere Länder.f) der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder, soweit diese nicht unter Ziffer eins, Litera f, fällt, sowie der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch mehrere Länder.

Gemeinden gelten unabhängig von der Zahl ihrer Einwohner als Rechtsträger, die im Sinne der Z 1 lit. b und c und der Z 2 lit. b und c der Zuständigkeit des Rechnungshofes unterliegen. Im Rahmen der Z 1 lit. b, c, e und f werden Auftraggeber im Sinne der Z 1 dem Bund und Auftraggeber im Sinne der Z 2 dem jeweiligen Land zugerechnet. Sind nach Z 2 lit. c, e oder f mehrere Länder beteiligt, so richtet sich die Zuständigkeit zur Vollziehung nach dem Überwiegen des Merkmals, das nach der entsprechenden Litera (Sublitera) der Z 1 für die Abgrenzung der Vollziehungszuständigkeit des Bundes von jener der Länder maßgebend ist oder wäre, dann nach dem Sitz des Auftraggebers, dann nach dem Schwerpunkt der Unternehmenstätigkeit des Auftraggebers, dann nach dem Sitz

(Hauptwohnsitz) der vergebenden Stelle, kann jedoch auch danach die Zuständigkeit nicht bestimmt werden, so ist dasjenige beteiligte Land zuständig, das im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens zum Vorsitz im Bundesrat berufen ist oder zuletzt war. Gemeinden gelten unabhängig von der Zahl ihrer Einwohner als Rechtsträger, die im Sinne der Ziffer eins, Litera b und c und der Ziffer 2, Litera b und c der Zuständigkeit des Rechnungshofes unterliegen. Im Rahmen der Ziffer eins, Litera b, c, e und f werden Auftraggeber im Sinne der Ziffer eins, dem Bund und Auftraggeber im Sinne der Ziffer 2, dem jeweiligen Land zugerechnet. Sind nach Ziffer 2, Litera c, e, oder f mehrere Länder beteiligt, so richtet sich die Zuständigkeit zur Vollziehung nach dem Überwiegen des Merkmals, das nach der entsprechenden Litera (Sublitera) der Ziffer eins, für die Abgrenzung der Vollziehungszuständigkeit des Bundes von jener der Länder maßgebend ist oder wäre, dann nach dem Sitz des Auftraggebers, dann nach dem Schwerpunkt der Unternehmenstätigkeit des Auftraggebers, dann nach dem Sitz (Hauptwohnsitz) der vergebenden Stelle, kann jedoch auch danach die Zuständigkeit nicht bestimmt werden, so ist dasjenige beteiligte Land zuständig, das im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens zum Vorsitz im Bundesrat berufen ist oder zuletzt war.

(3) [...]

3.2.3. Nachstehende gesetzliche Bestimmungen beschreiben die Organisation, den Auftrag bzw Zweck und insb die Finanzierung des ORF:

3.2.3.1. Die §§ 19 und 20 ORF - G lauten in den hier interessierenden Teilen 3.2.3.1. Die Paragraphen 19 und 20 ORF - G lauten in den hier interessierenden Teilen:

Organe des Österreichischen Rundfunks

§ 19. (1) Die Organe des Österreichischen Rundfunks sind Paragraph 19, (1) Die Organe des Österreichischen Rundfunks sind:

1. der Stiftungsrat,
2. der Generaldirektor,
3. der Publikumsrat;

(Anm.: Z 4 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 50/2010) Anmerkung, Ziffer 4, aufgehoben durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 50 aus 2010,)

(2) Die Mitglieder der Kollegialorgane gemäß Abs. 1 sind bei der Ausübung ihrer Funktion im Österreichischen Rundfunk an keine Weisungen und Aufträge gebunden; sie haben ausschließlich die sich aus den Gesetzen und der Geschäftsordnung ergebenden Pflichten zu erfüllen. (2) Die Mitglieder der Kollegialorgane gemäß Absatz eins, sind bei der Ausübung ihrer Funktion im Österreichischen Rundfunk an keine Weisungen und Aufträge gebunden; sie haben ausschließlich die sich aus den Gesetzen und der Geschäftsordnung ergebenden Pflichten zu erfüllen.

(3)

[...]

Stiftungsrat

§ 20. (1) Die Mitglieder des Stiftungsrates werden nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen bestellt Paragraph 20, (1) Die Mitglieder des Stiftungsrates werden nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen bestellt:

1. Sechs Mitglieder, die von der Bundesregierung unter Berücksichtigung des Stärkeverhältnisses der politischen Parteien im Nationalrat unter Bedachtnahme auf deren Vorschläge bestellt werden, wobei jede im Hauptausschuss des Nationalrates vertretene Partei durch mindestens ein Mitglied im Stiftungsrat vertreten sein muss;
2. neun Mitglieder bestellen die Länder, wobei jedem Land das Recht auf Bestellung eines Mitgliedes zukommt;
3. neun Mitglieder bestellt die Bundesregierung;
4. sechs Mitglieder bestellt der Publikumsrat;
5. fünf Mitglieder werden unter Anwendung des Arbeitsverfassungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1974, vom Zentralbetriebsrat bestellt. 5. fünf Mitglieder werden unter Anwendung des Arbeitsverfassungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 22 aus 1974,, vom Zentralbetriebsrat bestellt.

Bei der Bestellung von Mitgliedern nach Z 1 bis 4 ist darauf zu achten, dass diese
nach Ziffer eins bis 4 ist darauf zu achten, dass diese

1. die persönliche und fachliche Eignung durch [...]

§ 21 ORF - G lautet in den hier interessierenden Teilen Paragraph 21, ORF - G lautet in den hier interessierenden Teilen:

3.2.3.2. § 21. (1) Dem Stiftungsrat obliegt, abgesehen von den sonstigen ihm durch dieses Bundesgesetz übertragenen Aufgaben, 3.2.3.2. Paragraph 21, (1) Dem Stiftungsrat obliegt, abgesehen von den sonstigen ihm durch dieses Bundesgesetz übertragenen Aufgaben,

1. die Überwachung der Geschäftsführung;

2. die Bestellung und Abberufung des Generaldirektors;

3. die Festlegung der Zahl der Direktoren sowie der Geschäftsverteilung gemäß § 24 Abs. 2 3. die Festlegung der Zahl der Direktoren sowie der Geschäftsverteilung gemäß Paragraph 24, Absatz 2,;

4. die Vertretung des Österreichischen Rundfunks gegenüber dem Generaldirektor, insbesondere die Geltendmachung von Haftungsansprüchen;

5. die Bestellung und Abberufung der Direktoren und Landesdirektoren auf Vorschlag des Generaldirektors;

6. [...]

(3) Der Generaldirektor hat überdies die Zustimmung des Stiftungsrates einzuholen, falls er bei verbundenen Unternehmen an Geschäften der in Abs. 2 bestimmten Art durch Weisung, Zustimmung oder Stimmabgabe mitwirkt. (3) Der Generaldirektor hat überdies die Zustimmung des Stiftungsrates einzuholen, falls er bei verbundenen Unternehmen an Geschäften der in Absatz 2, bestimmten Art durch Weisung, Zustimmung oder Stimmabgabe mitwirkt.

(4) Der Generaldirektor hat dem Stiftungsrat wie ein Vorstand dem Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft zu berichten, hierfür gelten die §§ 81 und 95 Abs. 2 Aktiengesetz, BGBl. Nr. 98/1965, sinngemäß. Die Mitglieder des Stiftungsrates sind ferner befugt, den Generaldirektor, die Direktoren und die Landesdirektoren im Rahmen der Sitzungen des Stiftungsrates über alle von ihnen zu besorgenden Aufgaben des Österreichischen Rundfunks zu befragen und alle einschlägigen Auskünfte zu verlangen. § 95 Abs. 3 AktG gilt sinngemäß. (4) Der Generaldirektor hat dem Stiftungsrat wie ein Vorstand dem Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft zu berichten, hierfür gelten die Paragraphen 81 und 95 Absatz 2, Aktiengesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 98 aus 1965,, sinngemäß. Die Mitglieder des Stiftungsrates sind ferner befugt, den Generaldirektor, die Direktoren und die Landesdirektoren im Rahmen der Sitzungen des Stiftungsrates über alle von ihnen zu besorgenden Aufgaben des Österreichischen Rundfunks zu befragen und alle einschlägigen Auskünfte zu verlangen. Paragraph 95, Absatz 3, AktG gilt sinngemäß.

3.2.3.3. Schließlich sieht der in Verfassungsrang stehende § 31a ORF - G die Rechnungshofkontrollunterworfenheit des ORF vor, wobei der ua auch die Rechtsfähigkeit des ORF normierende § 1 ORF - G in den hier interessierenden Teilen lautet: 3.2.3.3. Schließlich sieht der in Verfassungsrang stehende Paragraph 31 a, ORF - G die Rechnungshofkontrollunterworfenheit des ORF vor, wobei der ua auch die Rechtsfähigkeit des ORF normierende Paragraph eins, ORF - G in den hier interessierenden Teilen lautet:

§ 1. (1) Mit diesem Bundesgesetz wird eine Stiftung des öffentlichen Rechts mit der Bezeichnung "Österreichischer Rundfunk" eingerichtet. Die Stiftung hat ihren Sitz in Wien und besitzt Rechtspersönlichkeit. Paragraph eins, (1) Mit diesem Bundesgesetz wird eine Stiftung des öffentlichen Rechts mit der Bezeichnung "Österreichischer Rundfunk" eingerichtet. Die Stiftung hat ihren Sitz in Wien und besitzt Rechtspersönlichkeit.

(2) Zweck der Stiftung ist die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages des Österreichischen Rundfunks im Rahmen des Unternehmensgegenstandes (§ 2). Der öffentlich-rechtliche Auftrag umfasst die Aufträge der §§ 3 bis 5. (2) Zweck der Stiftung ist die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages des Österreichischen Rundfunks im Rahmen des Unternehmensgegenstandes (Paragraph 2,). Der öffentlich-rechtliche Auftrag umfasst die Aufträge der Paragraphen 3 bis 5,

(3) Der Österreichische Rundfunk hat bei Erfüllung seines Auftrages auf die Grundsätze der österreichischen Verfassungsordnung, insbesondere auf die bundesstaatliche Gliederung nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung

der Länder sowie auf den Grundsatz der Freiheit der Kunst, Bedacht zu nehmen und die Sicherung der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, der Berücksichtigung der Meinungsvielfalt und der Ausgewogenheit der Programme sowie die Unabhängigkeit von Personen und Organen des Österreichischen Rundfunks, die mit der Besorgung der Aufgaben des Österreichischen Rundfunks beauftragt sind, gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zu gewährleisten.

(4) Der Österreichische Rundfunk ist, soweit seine Tätigkeit im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags erfolgt, nicht auf Gewinn gerichtet; er ist im Firmenbuch beim Handelsgericht Wien zu protokollieren und gilt als Unternehmer im Sinne des Unternehmensgesetzbuches.

(5) [...]

3.2.3.4. Die insb (auch) den Unternehmensgegenstand bzw öffentlich - rechtlichen Auftrag des ORF regelnden §§ 2, 3 und 4 ORF - G lauten:3.2.3.4. Die insb (auch) den Unternehmensgegenstand bzw öffentlich - rechtlichen Auftrag des ORF regelnden Paragraphen 2, 3 und 4 ORF - G lauten:

Unternehmensgegenstand und Finanzierung der Tätigkeiten

§ 2. (1) Der Unternehmensgegenstand des Österreichischen Rundfunks umfasst, soweit in diesem Bundesgesetz nicht Anderes bestimmt ist,Paragraph 2, (1) Der Unternehmensgegenstand des Österreichischen Rundfunks umfasst, soweit in diesem Bundesgesetz nicht Anderes bestimmt ist,

1. die Veranstaltung von Rundfunk,

2. die Veranstaltung von mit der Tätigkeit nach Z 1 in Zusammenhang stehendem Teletext und die Bereitstellung von mit der Tätigkeit nach Z 1 in Zusammenhang stehenden Online-Angeboten,2. die Veranstaltung von mit der Tätigkeit nach Ziffer eins, in Zusammenhang stehendem Teletext und die Bereitstellung von mit der Tätigkeit nach Ziffer eins, in Zusammenhang stehenden Online-Angeboten,

3. den Betrieb von technischen Einrichtungen, die für die Veranstaltung von Rundfunk und Teletext oder die Bereitstellung von Online-Angeboten notwendig sind,

4. alle Geschäfte und Maßnahmen, die für die Tätigkeiten nach Z 1 bis 3 oder die Vermarktung dieser Tätigkeiten geboten sind.4. alle Geschäfte und Maßnahmen, die für die Tätigkeiten nach Ziffer eins bis 3 oder die Vermarktung dieser Tätigkeiten geboten sind.

(2) Der Österreichische Rundfunk ist zur Errichtung von Zweigniederlassungen im In- und Ausland sowie zur Gründung von Tochtergesellschaften und zur Beteiligung an anderen Unternehmen im In- und Ausland berechtigt, sofern diese den gleichen Unternehmensgegenstand haben oder der Unternehmensgegenstand gemäß Abs. 1 dies erfordert. Zur Vermögensveranlagung ist dem Österreichischen Rundfunk auch die Beteiligung an Unternehmen mit anderem Unternehmensgegenstand gestattet, sofern die Beteiligung an diesen Unternehmen 25% nicht übersteigt.(2) Der Österreichische Rundfunk ist zur Errichtung von Zweigniederlassungen im In- und Ausland sowie zur Gründung von Tochtergesellschaften und zur Beteiligung an anderen Unternehmen im In- und Ausland berechtigt, sofern diese den gleichen Unternehmensgegenstand haben oder der Unternehmensgegenstand gemäß Absatz eins, dies erfordert. Zur Vermögensveranlagung ist dem Österreichischen Rundfunk auch die Beteiligung an Unternehmen mit anderem Unternehmensgegenstand gestattet, sofern die Beteiligung an diesen Unternehmen 25% nicht übersteigt.

(3) Auf die Tätigkeit von Tochtergesellschaften des Österreichischen Rundfunks und von mit ihm verbundenen Unternehmen finden die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes Anwendung, soweit nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt ist. Keine Anwendung finden die Bestimmungen der §§ 27, 39 bis 39c und 40 Abs. 1 bis 4 und 6 auf Tochtergesellschaften oder verbundene Unternehmen, die keine Tätigkeiten wahrnehmen, die im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag stehen.(3) Auf die Tätigkeit von Tochtergesellschaften des Österreichischen Rundfunks und von mit ihm verbundenen Unternehmen finden die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes Anwendung, soweit nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt ist. Keine Anwendung finden die Bestimmungen der Paragraphen 27, 39 bis 39 c und 40 Absatz eins bis 4 und 6 auf Tochtergesellschaften oder verbundene Unternehmen, die keine Tätigkeiten wahrnehmen, die im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag stehen.

(4) Die vertragliche Zusammenarbeit des Österreichischen Rundfunks mit anderen Unternehmen hat zu nichtdiskriminierenden Bedingungen zu erfolgen.

Versorgungsauftrag

§ 3. (1) Der Österreichische Rundfunk hat unter Mitwirkung aller StudiosParagraph 3, (1) Der Österreichische Rundfunk hat unter Mitwirkung aller Studios

1. für drei österreichweit und neun bundeslandweit empfangbare Programme des Hörfunks und
 2. für zwei österreichweit empfangbare Programme des Fernsehens
- zu sorgen.

Der Österreichische Rundfunk hat nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit dafür zu sorgen, dass in Bezug auf Programm- und Empfangsqualität alle zum Betrieb eines Rundfunkempfangsgerätes (Hörfunk und Fernsehen) berechtigten Bewohner des Bundesgebietes gleichmäßig und ständig mit jeweils einem bundeslandweit und zwei österreichweit empfangbaren Programmen des Hörfunks und zwei österreichweit empfangbaren Programmen des Fernsehens versorgt werden.

(2) Die neun bundeslandweit empfangbaren Programme des Hörfunks werden von den Landesstudios gestaltet. Einzelne von den Landesstudios gestaltete Hörfunksendungen, an denen ein besonderes öffentliches Informationsinteresse besteht, können auch bundesländerübergreifend ausgestrahlt werden (Ringsendungen). In den Programmen des Fernsehens sind durch regelmäßige regionale Sendungen sowie durch angemessene Anteile an den österreichweiten Programmen die Interessen der Länder zu berücksichtigen. Die Beiträge werden von den Landesdirektoren festgelegt.

(3) Die Programme nach Abs. 1 Z 1 und 2 sind jedenfalls terrestrisch zu verbreiten. Für das dritte österreichweit empfangbare in seinem Wortanteil überwiegend fremdsprachige Hörfunkprogramm gilt abweichend von Abs. 1 zweiter Satz jener Versorgungsgrad, wie er am 1. Mai 1997 für dieses Programm bestanden hat.(3) Die Programme nach Absatz eins, Ziffer eins und 2 sind jedenfalls terrestrisch zu verbreiten. Für das dritte österreichweit empfangbare in seinem Wortanteil überwiegend fremdsprachige Hörfunkprogramm gilt abweichend von Absatz eins, zweiter Satz jener Versorgungsgrad, wie er am 1. Mai 1997 für dieses Programm bestanden hat.

(4) Nach Maßgabe der technischen Entwicklung und Verfügbarkeit von Übertragungskapazitäten, der wirtschaftlichen Tragbarkeit sowie nach Maßgabe des gemäß § 21 des Audiovisuelle Mediendienste-Gesetzes, BGBl. I Nr. 84/2001, erstellten Digitalisierungskonzeptes hat der Österreichische Rundfunk dafür zu sorgen, dass die Programme gemäß Abs. 1 unter Nutzung digitaler Technologie terrestrisch (unter Nutzung des Übertragungsstandards DVB-T im Hinblick auf die Programme gemäß Abs. 1 Z 2) verbreitet werden. Die Ausstrahlung von Programmen über Satellit hat nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit unter Nutzung digitaler Technologien zu erfolgen.(4) Nach Maßgabe der technischen Entwicklung und Verfügbarkeit von Übertragungskapazitäten, der wirtschaftlichen Tragbarkeit sowie nach Maßgabe des gemäß Paragraph 21, des Audiovisuelle Mediendienste-Gesetzes, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 84 aus 2001,, erstellten Digitalisierungskonzeptes hat der Österreichische Rundfunk dafür zu sorgen, dass die Programme gemäß Absatz eins, unter Nutzung digitaler Technologie terrestrisch (unter Nutzung des Übertragungsstandards DVB-T im Hinblick auf die Programme gemäß Absatz eins, Ziffer 2,) verbreitet werden. Die Ausstrahlung von Programmen über Satellit hat nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit unter Nutzung digitaler Technologien zu erfolgen.

(4a) Der Österreichische Rundfunk kann nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit die Programme nach Abs. 1 Z 1 und 2 sowie nach Abs. 8 gleichzeitig mit der Ausstrahlung ohne Speichermöglichkeit online bereitstellen. Er kann weiters diese Programme um bis zu 24 Stunden zeitversetzt ohne Speichermöglichkeit online bereitstellen. Der Beginn und das Ende der zeitgleichen und zeitversetzten Bereitstellung eines solchen Programms ist der Regulierungsbehörde anzuzeigen. Die Bereitstellung kann nur unverändert erfolgen. Ausgenommen hiervon sind Ausstrahlungslücken, die aus rechtlichen Gründen erforderlich sind oder die durch Auslassung von kommerzieller Kommunikation entstehen. Derartige Ausstrahlungslücken können durch Wiederholung von Programmelementen, welche innerhalb der vergangenen 24 Stunden im selben Programm ausgestrahlt wurden, geschlossen werden. Ein Ersatz von Ausstrahlungslücken durch kommerzielle Kommunikation ist unzulässig.(4a) Der Österreichische Rundfunk kann nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit die Programme nach Absatz eins, Ziffer eins und 2 sowie nach Absatz 8, gleichzeitig mit der Ausstrahlung ohne Speichermöglichkeit online bereitstellen. Er kann weiters diese Programme um bis zu 24 Stunden zeitversetzt ohne

Speichermöglichkeit online bereitstellen. Der Beginn und das Ende der zeitgleichen und zeitversetzten Bereitstellung eines solchen Programms ist der Regulierungsbehörde anzuzeigen. Die Bereitstellung kann nur unverändert erfolgen. Ausgenommen hiervon sind Ausstrahlungslücken, die aus rechtlichen Gründen erforderlich sind oder die durch Auslassung von kommerzieller Kommunikation entstehen. Derartige Ausstrahlungslücken können durch Wiederholung von Programmelementen, welche innerhalb der vergangenen 24 Stunden im selben Programm ausgestrahlt wurden, geschlossen werden. Ein Ersatz von Ausstrahlungslücken durch kommerzielle Kommunikation ist unzulässig.

(5) Zum Versorgungsauftrag zählt auch

1. die Veranstaltung von mit Rundfunkprogrammen nach Abs. 1 und Abs. 8 im Zusammenhang stehendem Teletext sowie
1. die Veranstaltung von mit Rundfunkprogrammen nach Absatz eins und Absatz 8, im Zusammenhang stehendem Teletext sowie

2. die Bereitstellung von mit Rundfunkprogrammen nach Abs. 1 und Abs. 8 im Zusammenhang stehenden Online-Angeboten gemäß § 4e und § 4f.
2. die Bereitstellung von mit Rundfunkprogrammen nach Absatz eins und Absatz 8, im Zusammenhang stehenden Online-Angeboten gemäß Paragraph 4 e und Paragraph 4 f,

(6) Der Österreichische Rundfunk kann zudem nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit sowie nach Maßgabe außerhalb des UKW-Bereichs zur Verfügung stehender Übertragungskapazitäten ein Hörfunkprogramm für Österreicher im Ausland und zur Darstellung Österreichs in der Welt gestalten (Auslandsdienst) und verbreiten. Der Beginn und das Ende der Veranstaltung eines solchen Programms ist der Regulierungsbehörde anzuzeigen.

(7) Der Österreichische Rundfunk kann nach Maßgabe fernmelderechtlicher Bewilligungen unter Nutzung von im Mittelwellen-Bereich zur Verfügung stehenden Übertragungskapazitäten ein Hörfunkprogramm gestalten und verbreiten. Der Beginn und das Ende der Veranstaltung eines solchen Programms ist der Regulierungsbehörde anzuzeigen.

(8) Zum Versorgungsauftrag zählt auch die Veranstaltung eines Sport-Spartenprogramms gemäß § 4b, eines Informations- und Kulturspartenprogramms gemäß § 4c sowie die Ausstrahlung eines Fernsehprogramms gemäß § 4d.
(8) Zum Versorgungsauftrag zählt auch die Veranstaltung eines Sport-Spartenprogramms gemäß Paragraph 4 b,, eines Informations- und Kulturspartenprogramms gemäß Paragraph 4 c, sowie die Ausstrahlung eines Fernsehprogramms gemäß Paragraph 4 d,

Öffentlich-rechtlicher Kernauftrag

§ 4. (1) Der Österreichische Rundfunk hat durch die Gesamtheit seiner gemäß § 3 verbreiteten Programme und Angebote zu sorgen für:
Paragraph 4, (1) Der Österreichische Rundfunk hat durch die Gesamtheit seiner gemäß Paragraph 3, verbreiteten Programme und Angebote zu sorgen für:

1. die umfassende Information der Allgemeinheit über alle wichtigen politischen, sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und sportlichen Fragen;
2. die Förderung des Verständnisses für alle Fragen des demokratischen Zusammenlebens;
3. die Förderung der österreichischen Identität im Blickwinkel der europäischen Geschichte und Integration;
4. die Förderung des Verständnisses für die europäische Integration;
5. die Vermittlung und Förderung von Kunst, Kultur und Wissenschaft;
6. die angemessene Berücksichtigung und Förderung der österreichischen künstlerischen und kreativen Produktion;
7. die Vermittlung eines vielfältigen kulturellen Angebots;
8. die Darbietung von Unterhaltung;
9. die angemessene Berücksichtigung aller Altersgruppen;
10. die angemessene Berücksichtigung der Anliegen behinderter Menschen;
11. die angemessene Berücksichtigung der Anliegen der Familien und der Kinder sowie der Gleichberechtigung von Frauen und Männern;

12. die angemessene Berücksichtigung der Bedeutung der gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften;
13. die Verbreitung und Förderung von Volks- und Jugendbildung unter besonderer Beachtung der Schul- und Erwachsenenbildung;
14. die Information über Themen der Gesundheit und des Natur-, Umwelt- sowie Konsumentenschutzes unter Berücksichtigung der Förderung des Verständnisses über die Prinzipien der Nachhaltigkeit.
15. die Förderung des Interesses der Bevölkerung an aktiver sportlicher Betätigung;
16. die Information über die Bedeutung, Funktion und Aufgaben des Bundesstaates sowie die Förderung der regionalen Identitäten der Bundesländer;
17. die Förderung des Verständnisses für wirtschaftliche Zusammenhänge;
18. die Förderung des Verständnisses für Fragen der europäischen Sicherheitspolitik und der umfassenden Landesverteidigung;
19. die angemessene Berücksichtigung und Förderung sozialer und humanitärer Aktivitäten, einschließlich der Bewusstseinsbildung zur Integration behinderter Menschen in der Gesellschaft und am Arbeitsmarkt.

Der Österreichische Rundfunk hat, soweit einzelne Aufträge den Spartenprogrammen gemäß §§ 4b bis 4d übertragen wurden, diese Aufgaben auch im Rahmen der Programme gemäß § 3 Abs. 1 wahrzunehmen; der öffentlich-rechtliche Kernauftrag bleibt durch die Spartenprogramme insoweit unberührt. Der Österreichische Rundfunk hat, soweit einzelne Aufträge den Spartenprogrammen gemäß Paragraphen 4 b bis 4 d übertragen wurden, diese Aufgaben auch im Rahmen der Programme gemäß Paragraph 3, Absatz eins, wahrzunehmen; der öffentlich-rechtliche Kernauftrag bleibt durch die Spartenprogramme insoweit unberührt.

(2) In Erfüllung seines Auftrages hat der Österreichische Rundfunk ein differenziertes Gesamtprogramm von Information, Kultur, Unterhaltung und Sport für alle anzubieten. Das Angebot hat sich an der Vielfalt der Interessen aller Hörer und Seher zu orientieren und sie ausgewogen zu berücksichtigen. Die Anteile am Gesamtprogramm haben in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen.

(3) Das ausgewogene Gesamtprogramm muss anspruchsvolle Inhalte gleichwertig enthalten. Die Jahres- und Monatsschemata des Fernsehens sind so zu erstellen, dass jedenfalls in den Hauptabendprogrammen (20 bis 22 Uhr) in der Regel anspruchsvolle Sendungen zur Wahl stehen. Im Wettbewerb mit den kommerziellen Sendern ist in Inhalt und Auftritt auf die Unverwechselbarkeit des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks zu achten. Die Qualitätskriterien sind laufend zu prüfen.

(4) Insbesondere Sendungen und Angebote in den Bereichen Information, Kultur und Wissenschaft haben sich durch hohe Qualität auszuzeichnen. Der Österreichische Rundfunk hat ferner bei der Herstellung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen sowie sonstigen Angeboten auf die kulturelle Eigenart, die Geschichte und die politische und kulturelle Eigenständigkeit Österreichs sowie auf den föderalistischen Aufbau der Republik besonders Bedacht zu nehmen.

(5) Der Österreichische Rundfunk hat bei Gestaltung seiner Sendungen und Angebote weiters für

1. eine objektive Auswahl und Vermittlung von Informationen in Form von Nachrichten und Reportagen einschließlich der Berichterstattung über die Tätigkeit der gesetzgebenden Organe und gegebenenfalls der Übertragung ihrer Verhandlungen; [...]

3.2.3.5. Die für die Finanzierung des [öffentlich rechtlichen Auftrags des] ORF gesetzlich relevanten Bestimmungen in § 31 ORF - G lauten in den hier interessierenden Teilen: 3.2.3.5. Die für die Finanzierung des [öffentlich rechtlichen Auftrags des] ORF gesetzlich relevanten Bestimmungen in Paragraph 31, ORF - G lauten in den hier interessierenden Teilen:

Programmentgelt

§ 31. (1) Jedermann ist zum Empfang der Hörfunk- bzw. Fernsehsendungen des Österreichischen Rundfunks gegen ein fortlaufendes Programmentgelt (Radioentgelt, Fernsehentgelt) berechtigt. Die Höhe des Programmentgelts wird auf Antrag des Generaldirektors vom Stiftungsrat festgelegt. Der Generaldirektor hat einen Antrag auf Neufestlegung des

Programmentgelts nach Maßgabe der wirtschaftlichen Erfordernisse zu stellen, spätestens jedoch nach Ablauf von fünf Jahren ab dem letzten Antrag.Paragraph 31, (1) Jedermann ist zum Empfang der Hörfunk- bzw. Fernsehsendungen des Österreichischen Rundfunks gegen ein fortlaufendes Programmentgelt (Radioentgelt, Fernsehentgelt) berechtigt. Die Höhe des Programmentgelts wird auf Antrag des Generaldirektors vom Stiftungsrat festgelegt. Der Generaldirektor hat einen Antrag auf Neufestlegung des Programmentgelts nach Maßgabe der wirtschaftlichen Erfordernisse zu stellen, spätestens jedoch nach Ablauf von fünf Jahren ab dem letzten Antrag.

(2) Die Höhe des Programmentgelts ist so festzulegen, dass unter Zugrundelegung einer sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Verwaltung der öffentlich-rechtliche Auftrag erfüllt werden kann; hierbei ist auf die gesamtwirtschaftliche Entwicklung Bedacht zu nehmen. Die Höhe des Programmentgelts ist mit jenem Betrag begrenzt, der erforderlich ist, um die voraussichtlichen Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags angesichts der zu erwartenden Zahl der zur Entrichtung des Programmentgelts Verpflichteten in einem Zeitraum von fünf Jahren ab Festlegung des Programmentgelts (Finanzierungsperiode) decken zu können. Der Berechnung der Höhe des Programmentgelts zu Grunde liegende Annahmen über zu erwartende Entwicklungen haben begründet und nachvollziehbar zu sein.

(3) Die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags entsprechen den Kosten, die zur Erbringung des öffentlich-rechtlichen Auftrags anfallen, unter Abzug der erwirtschafteten Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlicher Tätigkeit, sonstiger öffentlicher Zuwendungen, insbesondere der Zuwendung nach Abs. 11, sowie der in der Widmungsrücklage (§ 39 Abs. 2) gebundenen Mittel sowie unter Berücksichtigung allfälliger Konzernbewertungen. Verluste aus kommerziellen Tätigkeiten dürfen nicht eingerechnet werden.(3) Die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags entsprechen den Kosten, die zur Erbringung des öffentlich-rechtlichen Auftrags anfallen, unter Abzug der erwirtschafteten Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlicher Tätigkeit, sonstiger öffentlicher Zuwendungen, insbesondere der Zuwendung nach Absatz 11,, sowie der in der Widmungsrücklage (Paragraph 39, Absatz 2,) gebundenen Mittel sowie unter Berücksichtigung allfälliger Konzernbewertungen. Verluste aus kommerziellen Tätigkeiten dürfen nicht eingerechnet werden.

(4) [...]

(6) Bei der Festlegung des Programmentgelts können die über die nächste Finanzierungsperiode zu erwartenden Preis- bzw. Kostensteigerungen in die Kosten des öffentlichen Auftrags eingerechnet werden. Die dafür gebundenen Mittel sind vom Österreichischen Rundfunk gesondert dem Sperrkonto (§ 39c) zuzuführen und dürfen ausschließlich zur Abdeckung der für das jeweilige Jahr erwarteten Preis- und Kostensteigerungen herangezogen werden.(6) Bei der Festlegung des Programmentgelts können die über die nächste Finanzierungsperiode zu erwartenden Preis- bzw. Kostensteigerungen in die Kosten des öffentlichen Auftrags eingerechnet werden. Die dafür gebundenen Mittel sind vom Österreichischen Rundfunk gesondert dem Sperrkonto (Paragraph 39 c,) zuzuführen und dürfen ausschließlich zur Abdeckung der für das jeweilige Jahr erwarteten Preis- und Kostensteigerungen herangezogen werden.

(7) Der Antrag des Generaldirektors hat alle Angaben zu beinhalten, die zur Festlegung des Programmentgelts gemäß den vorangehenden Absätzen erforderlich sind.

3.2.3.6. Für diese eV iZm Zuständigkeitsfragen abschließend normiert schließlich der § 31c ORG - G iZm einem marktkonformen Verhalten des ORF:3.2.3.6. Für diese eV iZm Zuständigkeitsfragen abschließend normiert schließlich der Paragraph 31 c, ORG - G iZm einem marktkonformen Verhalten des ORF:

§ 31c. (1) Dem Österreichischen Rundfunk aus Programmentgelt zufließende Mittel dürfen nicht in einer zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht erforderlichen wettbewerbsverzerrenden Weise verwendet werden. Insbesondere darf der Österreichische Rundfunk diese Mittel nicht dazu verwenden:Paragraph 31 c, (1) Dem Österreichischen Rundfunk aus Programmentgelt zufließende Mittel dürfen nicht in einer zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht erforderlichen wettbewerbsverzerrenden Weise verwendet werden. Insbesondere darf der Österreichische Rundfunk diese Mittel nicht dazu verwenden:

1. Senderechte zu überhöhten, nach kaufmännischen Grundsätzen nicht gerechtfertigten Preisen zu erwerben;
2. Kommerzielle Kommunikation zu Preisen zu vergeben, die gemessen an kaufmännischen Grundsätzen zu niedrig sind und lediglich dazu dienen, den Marktanteil am Werbemarkt zu Lasten der Mitbewerber anzuheben.

(2) Geschäftliche Beziehungen innerhalb des Österreichischen Rundfunks, zwischen dem Österreichischen Rundfunk und seinen Tochtergesellschaften (§ 2 Abs. 2) oder zwischen den Tochtergesellschaften haben, soweit es sich um Beziehungen zwischen Unternehmensbereichen, die Tätigkeiten im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags einerseits, und Unternehmensbereichen, die kommerzielle Tätigkeiten wahrnehmen andererseits, handelt, dem Grundsatz des Fremdvergleichs zu entsprechen. Diesem Grundsatz ist entsprochen, wenn diese geschäftlichen Beziehungen zu Bedingungen erfolgen, die wirtschaftlich handelnde dritte Personen in ihrem Geschäftsgebaren untereinander zu Grunde legen würden.

(2) Geschäftliche Beziehungen innerhalb des Österreichischen Rundfunks, zwischen dem Österreichischen Rundfunk und seinen Tochtergesellschaften (Paragraph 2, Absatz 2,) oder zwischen den Tochtergesellschaften haben, soweit es sich um Beziehungen zwischen Unternehmensbereichen, die Tätigkeiten im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags einerseits, und Unternehmensbereichen, die kommerzielle Tätigkeiten wahrnehmen andererseits, handelt, dem Grundsatz des Fremdvergleichs zu entsprechen. Diesem Grundsatz ist entsprochen, wenn diese geschäftlichen Beziehungen zu Bedingungen erfolgen, die wirtschaftlich handelnde dritte Personen in ihrem Geschäftsgebaren untereinander zu Grunde legen würden.

(3) Kommerzielle Tätigkeiten des Österreichischen Rundfunks, seiner Tochtergesellschaften oder der mit ihm verbundenen Unternehmen haben dem Grundsatz des wirtschaftlich handelnden Privatinvestors im Sinne des Art. 107 AEUV zu entsprechen. Insbesondere darf eine Investition zur Anfangsfinanzierung neuer kommerzieller Tätigkeiten nur dann vorgenommen werden, wenn eine Rentabilität dieser Investition zu erwarten ist, aufgrund der auch ein wirtschaftlich handelnder Privatinvestor die Investition vornehmen würde.

(3) Kommerzielle Tätigkeiten des Österreichischen Rundfunks, seiner Tochtergesellschaften oder der mit ihm verbundenen Unternehmen haben dem Grundsatz des wirtschaftlich handelnden Privatinvestors im Sinne des Artikel 107, AEUV zu entsprechen. Insbesondere darf eine Investition zur Anfangsfinanzierung neuer kommerzieller Tätigkeiten nur dann vorgenommen werden, wenn eine Rentabilität dieser Investition zu erwarten ist, aufgrund der auch ein wirtschaftlich handelnder Privatinvestor die Investition vornehmen würde.

3.2.4. Dies alles bedeutet nunmehr für die Vergabekontrollzuständigkeit des BVwG:

3.2.4.1. Die Rechtspersönlichkeit des ORF iSd § 3 Abs 1 Z 2 lit b BVergG ergibt sich aus § 1 Abs 1 ORF - G. 3.2.4.1. Die Rechtspersönlichkeit des ORF iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, BVergG ergibt sich aus Paragraph eins, Absatz eins, ORF - G.

3.2.4.2. Der Stiftungsrat, dessen Zusammensetzung in § 20 ORF - G geregelt ist und der nach § 21 Abs 1 ORF - G den Generaldirektor (- dieser als das zentrale Leitungsorgan des ORF gemäß § 23 ORF - G) bestellt bzw abberuft, besteht aus 35 Mitgliedern, wobei 24 dieser Mitglieder vom Bund und den Ländern bestellt werden.

3.2.4.2. Der Stiftungsrat, dessen Zusammensetzung in Paragraph 20, ORF - G geregelt ist und der nach Paragraph 21, Absatz eins, ORF - G den Generaldirektor (- dieser als das zentrale Leitungsorgan des ORF gemäß Paragraph 23, ORF - G) bestellt bzw abberuft, besteht aus 35 Mitgliedern, wobei 24 dieser Mitglieder vom Bund und den Ländern bestellt werden.

Da die Bundesregierung von diesen 24 vom Staat unmittelbar bestellten Mitgliedern neun autonom und sechs weitere unter Berücksichtigung bzw Bedachtnahme auf die im Nationalrat vertretenen politischen Parteien bestellt, besteht der Stiftungsrat erstens mehrheitlich aus Mitgliedern, die letztlich von den Gebietskörperschaften bestellt sind.

Da der Bund zweitens über § 20 ORF - G von diesen 24 staatlich ernannten Mitgliedern wiederum 15 Mitglieder ernennt, bestellt der Bund iSd Art 14b Abs 2 Z 1 lit e sublit ee B-VG im Ergebnis B-VG - kompetenzverteilungsmäßig mehrheitlich die staatlichen Mitglieder dieses zentralen Aufsichtsgremiums des ORF.

Da der Bund zweitens über Paragraph 20, ORF - G von diesen 24 staatlich ernannten Mitgliedern wiederum 15 Mitglieder ernennt, bestellt der Bund iSd Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, Sub-Litera, e, e, B-VG im Ergebnis B-VG - kompetenzverteilungsmäßig mehrheitlich die staatlichen Mitglieder dieses zentralen Aufsichtsgremiums des ORF.

Damit ist der ORF eine Rechtsperson, deren Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern iSd § 3 Abs 1 Z 2 lit c BVergG besteht, die von den öffentlichen Auftraggebern gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVerG ernannt worden sind.

Damit ist der ORF eine Rechtsperson, deren Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG besteht, die von den öffentlichen Auftraggebern gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVerG ernannt worden sind.

Da dabei 15 der 24 Mitglieder des Stiftungsrats dem Bund zurechenbar sind, wird insoweit bei Vorliegen der sonstigen Qualifikationserfordernisse für einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit e sublit ee B-VG die

Vergabekontrollzuständigkeit des Bunds und damit des Bundesverwaltungsgerichts in Bezug auf den ORF normiert, soweit man nicht bereits über Art 14b Abs 2 Z 1 lit b oder c B-VG iVm insb §§1 und 31a ORF - G zum gleichen Ergebnis zu kommen hätte. Da dabei 15 der 24 Mitglieder des Stiftungsrats dem Bund zurechenbar sind, wird insoweit bei Vorliegen der sonstigen Qualifikationserfordernisse für einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, Sub-Litera, e, e, B-VG die Vergabekontrollzuständigkeit des Bunds und damit des Bundesverwaltungsgerichts in Bezug auf den ORF normiert, soweit man nicht bereits über Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera b, oder c B-VG in Verbindung mit insb §§1 und 31a ORF - G zum gleichen Ergebnis zu kommen hätte.

3.2.4.3. Dass der ORF mit seinem öffentlich - rechtlichen Auftrag gemäß den §§ 2 ff ORF - G und insb gemäß § 4 ORF - G Aufgaben im Allgemeininteresse erfüllt, die nicht gewerblicher Art [iSd Gewerblichkeitsbegriffs gemäß Art 1 Abs 9 RL 2004/18/EG] sind, ist nach hier vertretener Auffassung evident, zumal ansonsten das Programmengelt gemäß § 31 Abs 1 und Abs 2 ORF - G nicht sachlich einfachgesetzlich mit dem öffentlich rechtlichen Auftrag junktimiert sein würde; bzw dieses Entgelt ansonsten wohl auch nicht gemeinsam mit den Rundfunkgebühren nach dem Rundfunkgebührengesetz hoheitlich eingehoben werden würde, siehe dazu § 31 Abs 17 ORF - G. 3.2.4.3. Dass der ORF mit seinem öffentlich - rechtlichen Auftrag gemäß den Paragraphen 2, ff ORF - G und insb gemäß Paragraph 4, ORF - G Aufgaben im Allgemeininteresse erfüllt, die nicht gewerblicher Art [iSd Gewerblichkeitsbegriffs gemäß Artikel eins, Absatz 9, RL 2004/18/EG] sind, ist nach hier vertretener Auffassung evident, zumal ansonsten das Programmengelt gemäß Paragraph 31, Absatz eins und Absatz 2, ORF - G nicht sachlich einfachgesetzlich mit dem öffentlich rechtlichen Auftrag junktimiert sein würde; bzw dieses Entgelt ansonsten wohl auch nicht gemeinsam mit den Rundfunkgebühren nach dem Rundfunkgebührengesetz hoheitlich eingehoben werden würde, siehe dazu Paragraph 31, Absatz 17, ORF - G.

Dass der ORF dabei nebenbei, wie insb auch aus § 31c ORF - G ersichtlich, teilweise zusätzlich wie ein Privatunternehmen am Markt auftritt bzw auftreten kann, schadet für die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber nicht, da entsprechend dem Auslegungsurteil des EuGH in der Rs C- 44/96, Rdnr 26, die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber nicht verloren geht, wenn der fragliche Rechtsträger teilweise auch wie ein privater Unternehmer am Markt auftritt. Dass der ORF dabei nebenbei, wie insb auch aus Paragraph 31 c, ORF - G ersichtlich, teilweise zusätzlich wie ein Privatunternehmen am Markt auftritt bzw auftreten kann, schadet für die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber nicht, da entsprechend dem Auslegungsurteil des EuGH in der Rs C- 44/96, Rdnr 26, die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber nicht verloren geht, wenn der fragliche Rechtsträger teilweise auch wie ein privater Unternehmer am Markt auftritt.

3.2.4.5. Da der ORF sohin sämtliche Tatbestandselemente des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (zumindest jeweils in einer alternativen Tatbestandsvariante im Bereich des § 3 Abs 1 Z 2 lit c BVergG) erfüllt, ist der ORF öffentlicher Auftraggeber und unterliegt dabei gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG iVm § 291 BVergG der Vergabekontrollzuständigkeit des BVwG, zumal bislang weder substantiiert behauptet noch sonst bekannt ist, dass der gegenständlich Auftrag rechterheblich in den Anwendungsbereich des § 10 Z 9 BVergG fallen könnte. 3.2.4.5. Da der ORF sohin sämtliche Tatbestandselemente des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (zumindest jeweils in einer alternativen Tatbestandsvariante im Bereich des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG) erfüllt, ist der ORF öffentlicher Auftraggeber und unterliegt dabei gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 291, BVergG der Vergabekontrollzuständigkeit des BVwG, zumal bislang weder substantiiert behauptet noch sonst bekannt ist, dass der gegenständlich Auftrag rechterheblich in den Anwendungsbereich des Paragraph 10, Ziffer 9, BVergG fallen könnte.

3.2.4.6. Zum gleichen Ergebnis der Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber würde man nach hier vertretener obiter auch kommen, wenn man unter Beachtung des unionsrechtlichen Grundsatzes des Vertrauensschutzes den § 3 Abs 1 Z 2 BVergG - unionsrechtskonform interpretierend - den Anhang III der RL 2004/18/EG in dem Österreich betreffenden Teil beachtet, der lautet: 3.2.4.6. Zum gleichen Ergebnis der Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber würde man nach hier vertretener obiter auch kommen, wenn man unter Beachtung des unionsrechtlichen Grundsatzes des Vertrauensschutzes den Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG - unionsrechtskonform interpretierend - den Anhang römisch drei der RL 2004/18/EG in dem Österreich betreffenden Teil beachtet, der lautet:

...

XI. ÖSTERREICH römisch elf. ÖSTERREICH

Alle Einrichtungen ohne industriellen oder kommerziellen Charakter, die der Finanzkontrolle des Rechnungshofes

unterliegen.

...

Mag aktuell zB vom EuGH in Rs C-526/11 mitunter vertreten werden, dass dieser Anhang III der grundsätzlich bis 17.04.2016 in Geltung stehenden RL 2004/18/EG nur eine widerlegliche Vermutung begründet, so ist gerade wegen dieser "Rechtsvermutung" auf den nachstehend noch abgedruckten Text aus Art 1 Abs 9 der RL 2004/18/EG hinzuweisen, der den Anhang ausdrücklich als nicht erschöpfend definiert: Mag aktuell zB vom EuGH in Rs C-526/11 mitunter vertreten werden, dass dieser Anhang römisch drei der grundsätzlich bis 17.04.2016 in Geltung stehenden RL 2004/18/EG nur eine widerlegliche Vermutung begründet, so ist gerade wegen dieser "Rechtsvermutung" auf den nachstehend noch abgedruckten Text aus Artikel eins, Absatz 9, der RL 2004/18/EG hinzuweisen, der den Anhang ausdrücklich als nicht erschöpfend definiert:

[...] Die nicht erschöpfenden Verzeichnisse der Einrichtungen und Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die die in Unterabsatz 2 Buchstaben a, b und c genannten Kriterien

erfüllen, sind in Anhang III enthalten. Die Mitgliedstaaten geben der Kommission regelmäßig die Änderungen ihrer Verzeichnisse bekannt. erfüllen, sind in Anhang römisch drei enthalten. Die Mitgliedstaaten geben der Kommission regelmäßig die Änderungen ihrer Verzeichnisse bekannt.

[...]

Da eine nicht erschöpfende Aufzählung jedenfalls die in der Aufzählung enthaltenen Personen/Sachen/Aspekte etc umfasst, kann nach hier vertretener Auffassung auf Basis der widerleglichen Vermutung im Anhang III der RL 2004/18/EG iSv EuGH Rs C-526/11 derzeit kein Zweifel daran sein, dass der gemäß § 31a ORF - G rechnungshofkontrollunterworfenen ORF mit seinem öffentlich - rechtlichen Auftrag Aufgaben zu erfüllen hat, die keinen industriellen bzw kommerziellen Charakter haben. Der ORF ist damit auch über diese Begründung hier als öffentlicher Auftraggeber zu behandeln, wobei der ORF dann jedenfalls gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit g B-VG der Vergabekontrolle des BVwG unterliegt. Da eine nicht erschöpfende Aufzählung jedenfalls die in der Aufzählung enthaltenen Personen/Sachen/Aspekte etc umfasst, kann nach hier vertretener Auffassung auf Basis der widerleglichen Vermutung im Anhang römisch drei der RL 2004/18/EG iSv EuGH Rs C-526/11 derzeit kein Zweifel daran sein, dass der gemäß Paragraph 31 a, ORF - G rechnungshofkontrollunterworfenen ORF mit seinem öffentlich - rechtlichen Auftrag Aufgaben zu erfüllen hat, die keinen industriellen bzw kommerziellen Charakter haben. Der ORF ist damit auch über diese Begründung hier als öffentlicher Auftraggeber zu behandeln, wobei der ORF dann jedenfalls gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera g, B-VG der Vergabekontrolle des BVwG unterliegt.

Zu A)

3.3. Rücksichtlich der Frage der (Nicht-) Begrenzung der Vergabekontrolle an auftraggeberseitig angegebene (va rechtliche) Entscheidungsbegründung ist vorerst an § 325 Abs 1 Z 2 BVergG und danach an VwGH ZI 2008/04/0109 zu erinnern. 3.3. Rücksichtlich der Frage der (Nicht-) Begrenzung der Vergabekontrolle an auftraggeberseitig angegebene (va rechtliche) Entscheidungsbegründung ist vorerst an Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG und danach an VwGH ZI 2008/04/0109 zu erinnern.

Im letztgenannten VwGH - Erk findet sich folgende hier einschlägige Passage:

[...] Die beschwerdeführende Partei geht somit davon aus, die Vergabekontrollbehörde müsse die angefochtene Entscheidung eines Auftraggebers schon dann aufheben, wenn diese Entscheidung vom Auftraggeber (bloß) fehlerhaft begründet sei, und zwar selbst dann, wenn diese Entscheidung, [...], mit den maßgebenden Vorschriften des Vergaberechts im Einklang steht.

Mit dem genannten Vorbringen übersieht die beschwerdeführende Partei, dass ein Unternehmer gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 nur die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren "Entscheidung" wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann. Die Vergabekontrollbehörde hat die "Entscheidung" des Auftraggebers gemäß § 325 Abs 1 BVergG 2006 nur dann für nichtig zu erklären, wenn (Z 1) sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt, und (Z 2) die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Mit dem genannten Vorbringen übersieht die beschwerdeführende Partei, dass ein Unternehmer gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nur die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren "Entscheidung" wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann. Die

Vergabekontrollbehörde hat die "Entscheidung" des Auftraggebers gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 nur dann für nichtig zu erklären, wenn (Ziffer eins,) sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltend gemachten Recht verletzt, und (Ziffer 2,) die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Daher ist Voraussetzung für eine Nichtigklärung gemäß § 325 BVergG 2006 die Rechtswidrigkeit der "Entscheidung" des Auftraggebers (gegenständlich somit gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006 die Rechtswidrigkeit der Widerrufsentscheidung). Umgekehrt hat die Nichtigklärung zu unterbleiben, wenn die "Entscheidung" des Auftraggebers mit den Rechtsvorschriften im Einklang steht. Eine (bloß) unzutreffende Begründung der Entscheidung des Auftraggebers reicht daher für eine Nichtigklärung nicht aus. Daher ist Voraussetzung für eine Nichtigklärung gemäß Paragraph 325, BVergG 2006 die Rechtswidrigkeit der "Entscheidung" des Auftraggebers (gegenständlich somit gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006 die Rechtswidrigkeit der Widerrufsentscheidung). Umgekehrt hat die Nichtigklärung zu unterbleiben, wenn die "Entscheidung" des Auftraggebers mit den Rechtsvorschriften im Einklang steht. Eine (bloß) unzutreffende Begründung der Entscheidung des Auftraggebers reicht daher für eine Nichtigklärung nicht aus.

Im vorliegenden Fall kann der belangten Behörde somit nicht entgegen getreten werden, wenn sie ausgehend davon, dass die Widerrufsentscheidung aus anderen als den von der mitbeteiligten Auftraggeberin genannten Gründen rechtmäßig sei, den Nachprüfungsantrag der beschwerdeführenden Partei abgewiesen hat.

Vor diesem Hintergrund durfte das BVwG die Ausscheidensentscheidung des ORF zu Lasten der Antragstellerin auch dann bestätigen, wenn sich die rechtliche Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Ausscheidens beim BVwG und zuvor beim ORF unterscheidet.

Die rechtliche Beurteilung des BVwG beruht nämlich insb auch auf genau jenem der Antragstellerin in der Ausscheidensentscheidung angelasteten Tatsachenkomplex, der einen der drei Ausscheidensgründe gemäß Ausscheidensentscheidung trägt.

3.4. Vergabeunterlagen sind nach stRsp des VwGH objektiv aus der Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters auszulegen, siehe dazu nur VwGH ZI 2006/04/0024.

Dementsprechend konnte insb auch die Letztangebotsaufforderung des ORF, wie entscheidungstragen in der auftraggeberseitigen Belage ./32 in diesem Verfahrenskomplex nochmals auszugsweise vorgelegt, nur dahin ausgelegt, werden, dass es Repräsentanten (auch) der Antragstellerin zu unterlassen haben, während des laufenden Vergabeverfahrens mit den Mitgliedern der auftraggeberseitigen Bewertungskommission betreffend das gegenständliche Vergabeverfahren Kontakt aufzunehmen.

Eine derartige Festlegung des Verbots der Kontaktaufnahme mit Bewertungskommissionsmitgliedern hat dabei objektiv redlich den Zweck, dass der vergabekontrollunterworfenen Auftraggeber nicht nachmalig das Risiko zu gewärtigen hat, dass ihm vorgeworfen würde, dass er BieterInnen durch verschieden intensive vergabeverfahrensbezügliche Kontakte ungleich behandeln würde. Ein solches Verbot dient maW dazu, dass bereits der Eindruck unlauterer vergabeverfahrensbezoglicher Handlungen des Auftraggebers möglichst vermieden wird.

3.5. Da der Zeuge XXXX selbst letztlich einen derartigen insb auch durch die Letztangebotsaufforderung verbotenen Kontakt mit zwei Bewertungskommissionsmitgliedern des ORF während des Vergabeverfahrens zugestanden hat, wurde der ORF der Antragstellerin zurechenbar im Vertrauen darauf enttäuscht, dass die Antragstellerin bzw deren Repräsentanten sich insb an die Bedingungen der Letztangebotsaufforderung (Request für Proposal, RFP) halten würde. 3.5. Da der Zeuge römisch 40 selbst letztlich einen derartigen insb auch durch die Letztangebotsaufforderung verbotenen Kontakt mit zwei Bewertungskommissionsmitgliedern des ORF während des Vergabeverfahrens zugestanden hat, wurde der ORF der Antragstellerin zurechenbar im Vertrauen darauf enttäuscht, dass die Antragstellerin bzw deren Repräsentanten sich insb an die Bedingungen der Letztangebotsaufforderung (Request für Proposal, RFP) halten würde.

Der ORF konnte sich insoweit nicht auf die Einhaltung seiner präkludierten Vorfestlegungen durch die Antragstellerin verlassen.

Der VwGH hat zu ZI 2004/04/0100, um insoweit Wertungen aus dessen Rsp darzustellen, zB ausgeführt wie folgt:

... Werden Teile des Angebots in gesetzwidriger Weise nicht verlesen, so ist die gemäß [...] geforderte Relevanz der Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens entgegen der Beschwerdemeinung nicht erst dann gegeben, wenn eine Manipulation (etwa durch nachträgliche Änderung des Angebots) vorliegt. In einem solchen Fall wäre eine Nichtigerklärung ohnehin schon auf Grund dieser Manipulation - die jedenfalls den Vergabegrundsätzen gemäß § 21 BVergG widerspricht - möglich. Vielmehr ist die Relevanz bereits dann gegeben, wenn durch die Unterlassung der Verlesung eine Manipulation in einem für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ermöglicht bzw. erleichtert würde. Gerade dies ist hier der Fall, wäre doch [...].

..... Werden Teile des Angebots in gesetzwidriger Weise nicht verlesen, so ist die gemäß [...] geforderte Relevanz der Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens entgegen der Beschwerdemeinung nicht erst dann gegeben, wenn eine Manipulation (etwa durch nachträgliche Änderung des Angebots) vorliegt. In einem solchen Fall wäre eine Nichtigerklärung ohnehin schon auf Grund dieser Manipulation - die jedenfalls den Vergabegrundsätzen gemäß Paragraph 21, BVergG widerspricht - möglich. Vielmehr ist die Relevanz bereits dann gegeben, wenn durch die Unterlassung der Verlesung eine Manipulation in einem für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ermöglicht bzw. erleichtert würde. Gerade dies ist hier der Fall, wäre doch [...].

Mit dieser Sichtweise des VwGH, die mit der vormaligen Spruchpraxis des bis Ende August 2002 eingerichteten Bundesvergabeamts gemäß BVergG 1997 teleologisch verständlich konform geht, hat der VwGH die Wertung aufgestellt, dass es bereits ergebnisrelevant vergaberechtswidrig ist, wenn durch Handlungen im Vergabeverfahren Manipulationen desselben ermöglicht bzw. erleichtert werden.

Die Kontaktaufnahmeverbotsklausel des ORF in der Letztangebotsaufforderung will objektiv redlich, wie maW bereits bei der Verkündung des Erkenntnisses dargelegt, gerade den Bieterungleichbehandlungsanschein bzw. den Vorwurf der allfälligen Manipulation vermeiden.

Der VwGH hat schließlich - wiederum wertend - zu ZI2006/04/0227 zum (Un-) Zuverlässigkeitsbegriff im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe, welcher über die Vergabegrundsätze bereits seit dem § 10 Abs 1 BVergG 1993 bzw. iZm vergleichbaren damaligen landesrechtlichen Vorschriften stetig vergabemäßig rechtserheblich war, ausgeführt wie folgt: Der VwGH hat schließlich - wiederum wertend - zu ZI2006/04/0227 zum (Un-) Zuverlässigkeitsbegriff im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe, welcher über die Vergabegrundsätze bereits seit dem Paragraph 10, Absatz eins, BVergG 1993 bzw. iZm vergleichbaren damaligen landesrechtlichen Vorschriften stetig vergabemäßig rechtserheblich war, ausgeführt wie folgt:

... Eine schwere Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit liegt etwa bei gerichtlich strafbaren Handlungen, Verstößen gegen das Kartellgesetz, Absprachen über Preise, koordinierter Angebotslegung, sittenwidrigen oder gegen den Grundsatz des fairen Wettbewerbs verstoßenden Abreden oder Korruption vor (vgl. [...]). In der Vergangenheit liegende Verletzungen von mit öffentlichen Auftraggebern geschlossenen Leistungsverträgen können ebenfalls zur beruflichen Unzuverlässigkeit führen (vgl. etwa [...]). Dabei muss es sich aber um so schwere Verletzungen handeln, die den oben angeführten in der Literatur beispielsweise genannten schweren Verfehlungen gleichzuhalten sind. Es muss sich daher um Verfehlungen handeln, die über die üblicherweise bei Bauvorhaben auftretenden Ausführungsmängel und Unstimmigkeiten bei der Abrechnung deutlich hinausgehen.

..... Eine schwere Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit liegt etwa bei gerichtlich strafbaren Handlungen, Verstößen gegen das Kartellgesetz, Absprachen über Preise, koordinierter Angebotslegung, sittenwidrigen oder gegen den Grundsatz des fairen Wettbewerbs verstoßenden Abreden oder Korruption vor (vergleiche [...]). In der Vergangenheit liegende Verletzungen von mit öffentlichen Auftraggebern geschlossenen Leistungsverträgen können ebenfalls zur beruflichen Unzuverlässigkeit führen (vergleiche etwa [...]). Dabei muss es sich aber um so schwere Verletzungen handeln, die den oben angeführten in der Literatur beispielsweise genannten schweren Verfehlungen gleichzuhalten sind. Es muss sich daher um Verfehlungen handeln, die über die üblicherweise bei Bauvorhaben auftretenden Ausführungsmängel und Unstimmigkeiten bei der Abrechnung deutlich hinausgehen.

Da die jeweilige vergabeverfahrensbezügliche Kontaktaufnahme des Herrn XXXX, der als Ansprechpartner der Antragstellerin im Vergabeverfahren gegenüber dem ORF im Vergabeverfahren benannt war, mit Bewertungskommissionsmitgliedern - trotz eines diesbezüglichen ausdrücklichen Verbots in der Letztangebotsaufforderung - ohne Not erfolgte und insoweit entsprechend vergaberechtswidrig erscheint, ist die Antragstellerin konform mit den Wertungen des gerade zitierten VwGH - Erkenntnisses als unzuverlässig gemäß §§ 19 Abs 1 und 129 Abs 1 Z 2 BVergG zu beurteilen. Da die jeweilige vergabeverfahrensbezügliche Kontaktaufnahme des

Herrn römisch 40, der als Ansprechpartner der Antragstellerin im Vergabeverfahren gegenüber dem ORF im Vergabeverfahren benannt war, mit Bewertungskommissionsmitgliedern - trotz eines diesbezüglichen ausdrücklichen Verbots in der Letztangebotsaufforderung - ohne Not erfolgte und insoweit entsprechend vergaberechtswidrig erscheint, ist die Antragstellerin konform mit den Wertungen des gerade zitierten VwGH - Erkenntnisses als unzuverlässig gemäß Paragraphen 19, Absatz eins und 129 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zu beurteilen.

Sachlich erscheint eine derartige Qualifizierung wiederholend insb auch deshalb, weil ja gerade durch transparente Vergabeverfahren und durch das Verbot der Kontaktaufnahme mit Bewertungskommissionsmitgliedern auftraggeberseitig objektiv redlich der Vorwurf hintangehalten werden soll, dass der Auftraggeber sich von anderen als sachlichen Gründen im Fortgang des Vergabeverfahrens leiten hätte lassen. Würde man es zulassen, dass Bieter trotz einer derartigen Ausschreibungsklausel mit Bewertungskommissionsmitgliedern Kontakt aufnehmen, liefe der Auftraggeber evident Gefahr, dass er rechtlich Angriffspunkte für nicht zum Zug genommene Bieter im Punkte der Bieterungleichbehandlung eröffnet.

3.6. Bei diesem Verfahrensstand konnte gemäß § 39 Abs 3 AVG dahinstehen, ob bzw inwieweit allenfalls andere Ausscheidensgründe zu Lasten der ASt gleichfalls vorliegen. Es brauchte bei dieser Begründung auch nicht mehr ermittelt werden, ob Herr XXXX vor Letztangebotsfrist sogar irgendwelche Tipps bzw Preistipps von dem einen oder anderen Mitglied der Bewertungskommission erhalten wollte. Es konnten damit zB insb auch weitere Schritte unterbleiben, um die Frage der Rechtmäßigkeit des Ausscheidens an Hand der Z 5 oder Z 7 des § 68 Abs 1 BVergG zu prüfen. 3.6. Bei diesem Verfahrensstand konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 3, AVG dahinstehen, ob bzw inwieweit allenfalls andere Ausscheidensgründe zu Lasten der ASt gleichfalls vorliegen. Es brauchte bei dieser Begründung auch nicht mehr ermittelt werden, ob Herr römisch 40 vor Letztangebotsfrist sogar irgendwelche Tipps bzw Preistipps von dem einen oder anderen Mitglied der Bewertungskommission erhalten wollte. Es konnten damit zB insb auch weitere Schritte unterbleiben, um die Frage der Rechtmäßigkeit des Ausscheidens an Hand der Ziffer 5, oder Ziffer 7, des Paragraph 68, Absatz eins, BVergG zu prüfen.

Zu B) Zulässigkeit der Revision:

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. 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 ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG bereits deshalb zulässig, weil bislang keine gefestigte bzw insb ausdrücklich klarstellende Rsp des VwGH zur Frage vorliegt, ob der ORF ein öffentlicher Auftraggeber iSd BVergG ist, der in der Vergabekontrollzuständigkeit des BVwG liegt. Da diese Rechtsfrage zur Sachentscheidungsbefugnis in Relation zum ORF stetig in Nachprüfungsverfahren beim BVwG wiederkehrt bzw bereits vor dem 01.01.2014 in den Verfahren vor dem Bundesvergabeamt strittig war, liegt eine Rechtsfrage vor, der eine grundsätzliche und weit über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG bereits deshalb zulässig, weil bislang keine gefestigte bzw insb ausdrücklich klarstellende Rsp des VwGH zur Frage vorliegt, ob der ORF ein öffentlicher Auftraggeber iSd BVergG ist, der in der Vergabekontrollzuständigkeit des BVwG liegt. Da diese Rechtsfrage zur Sachentscheidungsbefugnis in Relation zum ORF stetig in Nachprüfungsverfahren beim BVwG wiederkehrt bzw bereits vor dem 01.01.2014 in den Verfahren vor dem Bundesvergabeamt strittig war, liegt eine Rechtsfrage vor, der eine grundsätzliche und weit über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt.

Schlagworte

Angebotsbewertung, Antragslegimitation, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgründe, bestandfeste Ausschreibung, Bewertung, Bewertungskommission, Bietergleichbehandlung, fairer Wettbewerb, Gleichbehandlung, Grundsatz der Gleichbehandlung, Grundsatz der Transparenz, Kommissionsmitglieder, Manipulation, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung, objektiver Erklärungswert, öffentlich - rechtlicher Auftrag, öffentlicher Auftraggeber, Rechnungshofkontrolle, Revision zulässig, Transparenz, Verbot

unerbetener Anrufe, Verdachtslage, Vergabeverfahren,
Verhandlungsverfahren, Versorgungsauftrag des ORF, vorherige
Bekanntmachung, wesentlicher Einfluss, Widerrufsentscheidung,
Zuverlässigkeit, Zuverlässigkeitsprüfung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W131.2124258.2.00

Zuletzt aktualisiert am

11.05.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at