



GZ: N/0038-BVA/12/2011-42

Betreff: Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren „Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung“; **Antrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG**

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG) betreffend die Auftragsvergabe „Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung“ des Auftraggebers Arbeitsmarkservice Österreich, Treustraße 35-43, 1020 Wien, vertreten durch X***, eingeleitet über Antrag der Bietergemeinschaft A*** / B***, p.A. A***, vertreten durch Y***, vom 8. April 2011 wie folgt entschieden:

S p r u c h

I. Der Antrag "*auf Nichtigerklärung der Entscheidung, die Antragstellerin auszuscheiden (Ausscheidensentscheidung vom 31.3.2011)*" wird **abgewiesen**.

Rechtsgrundlage: §§ 19 Abs 1, 69 Z 3, 76, 129 Abs 1 Z 2 und 7, 129 Abs 2 und 3, 131 Abs 1, 312 Abs 2 Z 2, und 324 Abs 2 BVergG 2006

II. Der Antrag, "*der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für den Antrag auf Feststellung in Höhe von € 2.490,- bei sonstiger*

Praterstraße 31, A-1020 Wien; www.bva.gv.at; DVR 2108737

PSK, BLZ 60000, Konto-Nr. 5080018, BIC: OPSKATWW, IBAN: AT396000000005080018

*Exekution binnen 14 Tagen zu Handen deren rechtsfreundlichen Vertretung zu bezahlen", wird **a b g e w i e s e n**.*

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006

B e g r ü n d u n g

Die **Antragstellerin** stellte am 8. April 2011 (zugewiesen zunächst dem Senat 4 mit der GZ: N/0028-BVA/04/2011) die im Spruch ersichtlichen Begehren. Sie brachte vor, dass die Ausscheidensentscheidung vom 31. März 2011 im Wesentlichen aus folgenden Gründen rechtswidrig sei:

Sämtliche der vom Auftraggeber in der Ausscheidensentscheidung genannten Ausscheidensgründe seien bereits in den mündlichen Verhandlungen im Oktober 2010 vor dem Bundesvergabeamt (idF BVA) zu den Verfahren N/0069-BVA/04/2010 und N/0070-BVA/04/2010 thematisiert, erörtert und rechtlich beurteilt worden. Mit Bescheid vom 2.12.2010, GZ N/0069-BVA/04/2010-71 und N/0070-BVA/04/2010-58, habe das BVA dem Antrag der D*** auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung stattgegeben und diese für nichtig erklärt. Da somit der auch von der Antragstellerin bekämpfte Anfechtungsgegenstand nicht mehr existierte, sei der Antrag des Antragstellers aus diesem Grund zurückgewiesen, dem Antrag auf Ersatz der zu entrichtenden Pauschalgebühr aber stattgegeben worden. Daraus ergebe sich, dass das BVA davon überzeugt gewesen sei, dass die damals schon in den Raum gestellten Ausscheidenstatbestände nicht verwirklicht worden seien und der Antragstellerin auch im damaligen Nachprüfungsverfahren die Antragslegitimation zuzuerkennen gewesen sei.

Eine Kontaktaufnahme mit Mitgliedern des Verwaltungsrates sei weder durch die antragstellende Bietergemeinschaft noch durch eines ihrer Mitglieder erfolgt. Die Mitglieder des Betriebsrates würden im gegenständlichen Zusammenhang ihre Aufgaben absolut weisungsfrei wahrnehmen und seien in keinsten Weise der Antragstellerin zuzuordnen. Die Versendung der Schreiben sei nicht durch die Antragstellerin, sondern von einer juristischen Teilperson (Belegschaft, vertreten durch den Betriebsrat) im Rahmen der Erfüllung arbeitsverfassungsgesetzlicher Aufträge erfolgt. Der Betriebsrat habe bei Betriebsübergängen umfangreiche

Informations-, Vorschlags-, Interventions- und Beratungsrechte und sei gemäß § 53 ASGG parteifähig.

Weiters seien die vom Auftraggeber genannten Ausscheidenstatbestände in den Ausschreibungsunterlagen lediglich als "Kann"-Bestimmung formuliert. So habe das BVA in seinem obzitierten Bescheid vom 2. Dezember 2010 ausdrücklich festgehalten, dass der Auftraggeber von dieser "Kann"-Bestimmung "in Übereinstimmung mit dem Ausschreibungstext keinen Gebrauch gemacht hat". Daraus ergebe sich unzweifelhaft, dass ein Ausscheiden wegen der genannten Kontaktaufnahmen dem Ausschreibungstext widersprochen hätte. Ungeachtet dessen, zeige sich aus der bestandfest gewordenen Festlegung des Auftraggebers in seinem Schreiben vom 4. Oktober 2010 unmissverständlich, dass gerade keine Kontaktaufnahme vorgelegen sei, die ein Ausscheiden der Antragstellerin zur Folge haben hätte dürfen. Dementsprechend habe der Auftraggeber mit seinem Schreiben bestandfest festgelegt, "dass das Angebot Ihrer Bietergemeinschaft im Wiederholungsfall ausgeschieden" werden würde. Völlig unverständlich bleibe schlussendlich, weshalb der Auftraggeber - vergaberechtswidrig - das Ausscheiden wegen der Kontaktaufnahme mit dem Verwaltungsrat auf § 129 Abs 1 Z 7 BVergG stütze.

Die Antragstellerin habe sich keiner falschen und unvollständigen Erklärung im Hinblick auf ihre technische Leistungsfähigkeit schuldig gemacht. Wie sich aus den Auszügen aus den elektronischen Datensammelsystemen der Wiener Gebietskrankenkasse ergebe, sei E*** bis 3. Jänner 2011 unzweifelhaft Arbeitnehmer der Antragstellerin gewesen. Dies ergebe sich auch aus den in den Verhandlungsschriften zu N/0069-BVA/04/2010 und N/0070-BVA/04/2010 festgehaltenen Zeugenaussagen. Selbst wenn man - völlig verfehlt - davon ausginge, die Antragstellerin habe sich unrichtiger Erklärungen schuldig gemacht, hätte der Auftraggeber der Antragstellerin die Möglichkeit einräumen müssen, sich zu diesen unrichtigen Vorwürfen der falschen Auskunftserteilung zu äußern. Die Beweislast zum Vorliegen dieses Ausschlusstatbestandes trage der Auftraggeber, diesem sei der Beweis jedoch nicht gelungen. Im Übrigen habe der Auftraggeber die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt im Vergabeverfahren aufgefordert, entsprechende Nachweise hinsichtlich der Schlüsselperson E*** vorzulegen. In seiner Ausscheidensentscheidung behaupte der Auftraggeber weiters, die

Antragstellerin habe den Nachweis nicht erbracht, dass die Zertifizierung des "neuen" Schlüsselpersonals F*** gleichwertig mit jener des E*** sei. Hierbei sei hervorzuheben, dass der Auftraggeber es unterlassen habe, auf die Fragen des Auftragnehmers betreffend den Austausch des Schlüsselpersonals zu antworten. Gemäß § 6 des Leistungsvertrages gelte der Austausch des Schlüsselpersonals und sohin die neue Schlüsselperson F*** bereits seit spätestens 29. Dezember 2010 als genehmigt. Nach dieser Vertragsbestimmung, die gemäß Fragebeantwortung 129 auch auf das Vergabeverfahren analog anzuwenden sei, habe sich der Auftraggeber binnen 14 Tagen ab schriftlicher Verständigung durch den Auftragnehmer über den beabsichtigten Austausch von Schlüsselpersonal schriftlich zu äußern. Dies habe der Auftraggeber unterlassen. Vertragskonform habe die Antragstellerin dem Auftraggeber dementsprechend am 20. Dezember 2010 eine Nachfrist von acht Tagen gesetzt. Da binnen dieser Frist keine entsprechende Ablehnung bei der Antragstellerin eingelangt sei, sei der Austausch des Schlüsselpersonals genehmigt. Darüber hinaus habe die Antragstellerin die Gleichwertigkeit der Zertifizierung hinsichtlich der neuen Schlüsselperson F*** durch Vorlage der Bestätigung der G*** erbracht. Weiters habe die Antragstellerin in ihrer Urgenz vom 22. März 2011 darauf hingewiesen, über weitere gleichwertige Schlüsselpersonen zu verfügen und diese unmittelbar benennen zu können.

Letztendlich behaupte der Auftraggeber in seiner Ausscheidensentscheidung vom 31. März 2011, dass die Bietergemeinschaft ihre technische Leistungsfähigkeit zur Vertragserfüllung verloren habe. In diesem Zusammenhang werde festgehalten, dass die Zusammensetzung der antragstellenden Bietergemeinschaft unverändert geblieben sei. Nach wie vor seien die Mitglieder dieser Bietergemeinschaft ident mit jenen zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Hätte der Auftraggeber tatsächlich Zweifel an der Eignung der Antragstellerin aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung gehabt, wäre er verpflichtet gewesen, eine neuerliche Eignungsprüfung durchzuführen. Aufgrund der nunmehrigen Behauptung des Auftraggebers gehe die Antragstellerin davon aus, dass der Auftraggeber vergaberechtswidrig keine verpflichtende Eignungsprüfung durchgeführt habe. Wäre er nämlich dieser Verpflichtung nachgekommen, hätte er die Antragstellerin aufgefordert, sich hinsichtlich ihrer Eignung zu äußern. In einem weiteren Schritt wäre der Auftraggeber zu dem Ergebnis gelangt, dass die Antragstellerin

selbstverständlich nach wie vor für den gegenständlichen Auftrag geeignet sei. Ein Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin ohne erneute Durchführung der Eignungsprüfung sei jedenfalls mit massiver Rechtswidrigkeit behaftet. Ungeachtet dessen habe die H*** eine Verfügbarkeitserklärung abgegeben. Die Antragstellerin könne sohin jederzeit und bedingungslos sowohl auf die finanziellen als auch die technischen Kapazitäten dieses Unternehmens zurückgreifen. Durch die gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung sei es zu keiner Änderung der Bietergemeinschaft gekommen und die Verfügbarkeitserklärung in Entsprechung der vergaberechtlichen Verpflichtungen abgegeben worden. Der Antragstellerin fehle es dementsprechend nicht an der Eignung.

Mit Schriftsatz vom 12. April 2011 brachte die I*** vor, dass der Amtstafel des Bundesvergabebeamtes zu entnehmen sei, dass am 8. April 2011 die Einleitung eines Vergabeverfahrens gemäß § 323 BVergG bekanntgemacht worden sei. Nach ständiger Rechtsprechung bestehe ein subjektiver Rechtsanspruch der übrigen Bieter in einem Vergabeverfahren, dass der Auftraggeber auszuschneidende Angebote auch tatsächlich ausscheide. Mangels näherer Kenntnis, welcher Bieter von der im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bekämpften Ausscheidensentscheidung betroffen sei, müsse sich die mitbeteiligte Partei ein entsprechendes ergänzendes Vorbringen vorbehalten.

Mit Schriftsatz vom 18. April 2011 wies D*** ebenfalls auf die Homepage des BVA hin, wonach am 8. April 2011 ein Nachprüfungsantrag gestellt worden sei. Zur Zulässigkeit der begründeten Einwendungen wurde auf die Materialien zu § 324 Abs 2 BVergG hingewiesen, wonach in jenen Fällen, in denen ein Bieter sein Ausscheiden anfechte, auch die Mitbieter Parteistellung hätten, weil sie durch die Nichtigerklärung des Ausscheidens einen Nachteil erleiden könnten.

Der **Auftraggeber** erstattete am 18. April 2011 eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag und trat den Ausführungen der Antragstellerin inhaltlich entgegen. Der Auftraggeber habe die Frage, welche vergaberechtliche Auswirkungen die durchgeführte Abspaltung des Teilbetriebs "N****" habe, einer detaillierten Prüfung unterzogen und ein Rechtsgutachten von J*** eingeholt. Die

Ausscheidensentscheidung stütze sich in diesem Punkt auf das eingeholte Gutachten. Zum relevanten Zeitpunkt der Abgabe des Last and Best Offers (LBO) sei für die Antragstellerin erkennbar gewesen, dass sie die Eignung durch die geplante Spaltung verlieren werde. Sie wäre daher verpflichtet gewesen, bereits mit dem LBO eine entsprechende Unterstützungserklärung der K*** vorzulegen. Die nunmehr vorgelegten Unterstützungserklärungen der neu gegründeten H*** seien verspätet. Das Argument der Antragstellerin, der Auftraggeber hätte eine neuerliche Eignungsprüfung durchführen müssen, habe sie bereits selbst mehrfach widerlegt, da sie immer davon ausgegangen sei, den Auftrag nur unter Einbeziehung des in das neue Unternehmen abgespaltenen Betriebsteils abwickeln zu können und habe beispielsweise um Genehmigung des Beitritts des neuen Unternehmens zur Bietergemeinschaft ersucht. Wenn selbst die Bietergemeinschaft davon ausgehe, den abgespaltenen Betriebsteil für die eigene technische Leistungsfähigkeit zu benötigen, erübrige sich eine neuerliche Eignungsprüfung.

Mit Schriftsatz vom 14. April 2011, eingelangt am 20. April 2011, brachte die **Antragstellerin** vor, dass die vergebende Stelle mit Schreiben vom 13. April 2011 die Antragstellerin um Verlängerung der Bindung ihres Letztangebotes bis zum 31. Juli 2011 ersucht habe. Die Antragstellerin sei diesem Ersuchen nachgekommen. Aus dieser Aufforderung ergebe sich zweifelsfrei, dass der Auftraggeber erkannt habe, dass seine Ausscheidensentscheidung vom 31. März 2011 rechtswidrig sei. Er habe damit die Ausscheidensentscheidung (konkludent) zurückgezogen.

Mit **Verfügung** des Vorsitzenden des Bundesvergabebeamtes gemäß § 304 Abs 2 BVergG wurde der Antrag vom 13. April 2011 (erstmalig eingelangt am 8. April 2011), GZ: N/0028-BVA/04/2011, dem Senat 12 mit der GZ N/0038-BVA/12/2011 neu zugeteilt.

Mit Stellungnahme vom 26. Mai 2011 wies die **Antragstellerin** darauf hin, dass weder D*** noch I*** unmittelbar in ihren rechtlich geschützte Interessen nachteilig betroffen sein könnten, da die Angebote der beiden Unternehmen auszuscheiden seien; ihnen komme daher keine Parteistelle iSd § 324 BVergG zu.

Mit Stellungnahme vom 26. Mai 2011 wies die D*** zunächst auf die untauglich "begründeten Einwendung" der I*** hin, sodass diese die Parteistellung im gegenständlichen Kontrollverfahren verloren habe. Zum Ausscheiden der Antragstellerin wurde vorgebracht, dass die Ausscheidensentscheidung rechtmäßig getroffen worden sei, da vom Verlust der Eignung in Folge Umstrukturierung bzw. in Folge des Wegfalls einer Schlüsselperson auszugehen sei.

Mit Stellungnahme vom 30. Mai 2011 ging die **Antragstellerin** zunächst auf das Rechtsgutachten von J*** ein und hielt diesem entgegen, dass unrichtig sei, dass die Antragstellerin den Spaltungsfahrplan bereits im April 2010 genau gekannt hätte. Weiters sei zum Zeitpunkt der Abgabe des LBO nicht absehbar gewesen, bis zu welchem Zeitpunkt die gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung in Österreich überhaupt erfolgen würde. Auf Basis der verbindlichen Festlegungen in der Ausschreibung habe die Antragstellerin davon ausgehen müssen, dass spätestens im September 2010 eine Zuschlagserteilung erfolgen werde. Die Antragstellerin habe dementsprechend versucht, die Abspaltung erst nach dem gemäß den Ausschreibungsbedingungen geplanten Zeitpunkt der Zuschlagserteilung durchzuführen. Im Ergebnis würde der Standpunkt des Auftraggebers dazu führen, dass die Bieter das Risiko der durch den Auftraggeber zu vertretenden Verzögerungen tragen müssten. Hervorgehoben wurde, dass Konzernen bei besonders langen und die ursprünglich avisierte Verfahrensdauer bei weitem überschreitenden Vergabeverfahren ein gesellschaftsrechtlicher "Veränderungs- und Entwicklungsstopp" auferlegt würde. Im Worst-case-Szenario hätte es in derartigen Fällen ein Auftraggeber in der Hand, "unliebsame" Bieter durch bloßes und langes Zuwarten aus dem Vergabeverfahren zu drängen. Die Rechtsansicht im Gutachten von J***, wonach ein "*Bieter, von den mit Gewissheit anzunehmen ist, dass er seine derzeit bestehende Leistungsfähigkeit verlieren wird [...] und im relevanten Zeitpunkt [...] keine die Leistungsfähigkeit sichernde Zusicherung einer Dritten*" vorlegt, auszuscheiden wäre, sei unrichtig und ergebe sich weder aus dem Gesetz, den einschlägigen Judikaten noch dem Schrifttum. Die Antragstellerin legte ihrerseits ein Rechtsgutachten von L*** und M*** vor. Die Verfasser kommen darin zum Ergebnis, dass eine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung, wie sie in Folge des N*** Carve Out innerhalb der A*** als Mitglied der Bietergemeinschaft A***/B*** stattgefunden

habe, - als bloße rechtliche Abspaltung und Verselbständigung eines unternehmensinternen Teilbetriebs - keine Änderungen in der Rechtspersönlichkeit der A*** als Konsortialpartnerin herbeigeführt habe. Der Auftraggeber habe die - rechtzeitige und zulässigerweise - vorgelegten Verpflichtungserklärungen der neu gegründeten H*** als zusätzliche Eignungsnachweise zu berücksichtigen. Die beigebrachten Verpflichtungserklärungen würden dabei grundsätzlich ein taugliches Mittel darstellen um die nach wie vor aufrechte Eignung der Bietergemeinschaft zu belegen.

Mit Stellungnahmen vom 1. Juni bzw. 9. Juni 2011 I*** trat diese dem Vorbringen der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag inhaltlich entgegen. Zum Gutachten von L***/M*** führte sie aus, dass dieses sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt habe, wie das Verhältnis der H*** zur Bieterin A*** rechtlich zu qualifizieren sei. Klares strategisches Ziel der Ausgliederung sei die Trennung der A*** vom IT Bereich gewesen; diese Trennung sei mittlerweile durch Verkauf dieser Sparte an den französischen Q***-Konzern erfolgt. A*** habe ihren gesamten relevanten Betriebsteil auf die H*** abgespalten und in der Folge die gesamte Sparte an Q*** verkauft. A*** sei daher nach erfolgtem Verkauf der gesamten Sparte zur Leistungserbringung kaum besser geeignet als eine Bank, eine Versicherung oder ein Turbinenbauunternehmen. Mit jener A***, die sich zur Angebotsabgabe qualifiziert habe, habe das freilich nichts mehr zu tun; in der Sache würde der (niemals zur Angebotsabgabe eingeladenen) Q***-Konzern mit den ausgeschriebenen Leistungen beauftragt werden. Es gehe also nicht um die nachträgliche Hinzuziehung eines Subunternehmers für einen geringen, abgegrenzten Leistungsteil, sondern schlicht um den Austausch des Leistungserbringers für die Kernleistungen, nämlich jene, die bisher von A*** erbracht werden sollten.

Mit Schriftsatz vom 9. Juni 2011 brachte die D*** vor, dass die gesamte IT-Sparte von A*** - also inklusive aller dazugehörenden personellen, finanziellen und technischen Ressourcen - aus der A*** herausgeschält und auf die H*** abgespalten worden sei. Genau jener Betriebsteil, der bei Auftragserteilung für die Leistungserbringung zwingend erforderlich wäre, sei seit 1. Februar 2011 nicht mehr bei der A***. Infolge der Abspaltung auf die H*** könne A*** selbst die

ausgeschriebenen Leistungen gar nicht mehr erbringen. Wieso ein "gesellschaftsrechtlicher Veränderungs- und Entwicklungsstopp" während eines laufenden Vergabeverfahrens eine "unverhältnismäßige Beschränkung wäre", sein solle, sei nicht einsichtig. Es handle sich dabei um eine schlichte unternehmensstrategische Entscheidung der Konzernleistung. Solche unternehmensstrategischen Entscheidungen wolle aber weder der europäische noch der österreichische Gesetzgeber schützen.

Der **Auftraggeber** erstattete am 9. Juni 2011 eine Replik zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 14. April 2011 und führte aus, dass aufgrund des Ersuchens an die Antragstellerin um Verlängerung der Angebotsbindung nicht folge, dass die Ausscheidensentscheidung konkludent zurückgezogen worden sei. Die Behandlung als "im Vergabeverfahren verbliebener Bieter" bedeute, dass ebenso wie den anderen Bietern auch der Antragstellerin die Möglichkeit einzuräumen sei, die Bindefrist ihres Angebots zu verlängern. Solange das Bundesvergabeamt die Ausscheidensentscheidung noch nicht bestätigt habe, ergebe sich dies bereits aus dem Grundsatz der Bietergleichbehandlung. Bezüglich der Einwendungen der D*** und I*** stellte der Auftraggeber den Antrag, diese beiden Unternehmen nicht als Partei gemäß § 324 Abs 2 BVergG beizuziehen. Schließlich replizierte der Auftraggeber auf die Stellungnahme der Antragstellerin vom 30. Mai 2011:

Ein kontradiktorisches Verfahren sei nur im Falle von Unklarheiten oder behebbaren Mängeln erforderlich. Wie bereits ausgeführt, würden jedoch auch im Hinblick auf den Wegfall der Eignung weder Unklarheiten noch ein behebbarer Mangel vorliegen. Bezüglich des Spaltungsfahrplanes sei wesentlich, dass für die Antragstellerin eindeutig festgestanden habe, dass ihre für die Leistungserbringung vorgesehene und geeignete Unternehmenseinheit mit abgespalten werde. Dies ergebe sich aus dem Schreiben der Antragstellerin vom 28. April 2010 und werde auch durch das von ihr selbst vorgelegte Gutachten bestätigt. Die Antragstellerin verschweige, dass im vorliegenden Fall die Verzögerung durch - unter anderem von der Antragstellerin eingeleitete - Vergabekontrollverfahren verursacht worden sei, mit denen nicht nur der Auftraggeber, sondern auch die Bieter zu rechnen hätten. Es könne daher nicht davon die Rede sein, dass die Antragstellerin von einer Zuschlagserteilung im September 2010 ausgehen hätte müssen. Weiters lasse die Antragstellerin völlig

außer Acht, dass die gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung ausschließlich ihrer Sphäre zuzurechnen sei und die Sphäre des Auftraggebers in keiner Weise berühre. Der Verweis der Antragstellerin auf außerordentliche Kündigungsrechte im Leistungsvertrag stehe zudem im völligen Widerspruch zum Interesse und auch zur vergaberechtlichen Pflicht des Auftraggebers zur Vergabe eines umfangreichen Auftrages an einen geeigneten Bieter. Vom Auftraggeber könne wohl kaum erwartet werden, den Zuschlag auf ein Angebot eines Bieters bereits mit Blick auf einen wichtigen Grund für eine Vertragskündigung zu erteilen. Die Abspaltung des Betriebsteils "N****" in das neue Unternehmen und dessen Verkauf von Q*** könnte daher tatsächlich als wichtiger Grund im Sinne des Punktes 27.2.2.10 des Leistungsvertrages zu qualifizieren sein, da es sich unter Berücksichtigung beider Schritte nicht mehr um eine konzerninterne Umstrukturierung handle. Dass schließlich die Vorgehensweise der Antragstellerin nicht zulässig sein könne, ergebe sich schon aus der Konstellation, die vorliegen würde, wenn die H*** oder ihr Mutterunternehmen aus irgendwelchen (zB geschäftspolitischen) Gründen nicht mit dem Last and Best Offert einverstanden gewesen wäre und die Abgabe der Verfügbarkeitserklärung verweigert hätte: Der Auftraggeber hätte keinerlei Handhabe gehabt, die H*** zur Leistungserbringung zu verpflichten; der Rücktritt der Antragstellerin von einem sie reuenden Last and Best Offert wäre ein leichtes gewesen.

Die **Antragstellerin** wies in ihrer Stellungnahme vom 17. Juni 2011 auf die Missachtung des Transparenzgebotes des Auftraggebers hin. Im Rahmen der Akteneinsicht habe sich die Antragstellerin davon überzeugen können, dass der Auftraggeber offensichtlich vergaberechtswidrig überhaupt keine Prüfung des Angebotes der Antragstellerin durchgeführt und das Vorliegen der genannten Ausscheidensgründe im Vergabeverfahren in keinsten Weise dokumentiert habe. Im Rahmen der Akteneinsicht habe die Antragstellerin in keine Niederschrift über die Prüfung ihres Angebots und dessen Ergebnis Einsicht nehmen können. Da die Niederschrift über die Prüfung des Angebots der Antragstellerin nicht vorliege, würden sich weder die einzelnen Prüfschritte der Antragstellerin noch das Ergebnis der Prüfung objektiv nachvollziehen lassen. Die Ausscheidensentscheidung sei

daher auch aus diesem Grund massiv vergaberechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Zum Vorwurf der Kontaktaufnahme mit dem Verwaltungsrat wurde ausgeführt, dass die Versendung der Schreiben nicht durch die Antragstellerin, sondern durch eine juristische Teilperson (Belegschaft, vertreten durch den Betriebsrat) im Rahmen der Ausübung deren arbeitsverfassungsrechtlicher Mitwirkungsbefugnisse erfolgt sei. Wie Rechtsanwältin R*** in ihrer Stellungnahme festgehalten hat, könne ein Dritter niemals darauf vertrauen, dass Handlungen eines Betriebsratsmitgliedes als Vertretungshandlungen für das Unternehmen gelten könnten. Es sei per definitionem ausgeschlossen, dass ein Betriebsratsmitglied im Rahmen seines Mandates als Unternehmensvertreter auftrete. Der Betriebsrat stehe im Rahmen seiner Interessensvertretungsaufgabe in einem Interessensgegensatz zum Unternehmer und sein Verhalten bei Ausübung seiner Mitwirkungsbefugnisse könne daher nicht dem Bieter zugerechnet werden. Schon allein deshalb könne denkunmöglich ein Ausscheidenstatbestand vorliegen. Lediglich der Vollständig halber sei festzuhalten, dass Mitte September 2010 seitens des Vorsitzenden des Verwaltungsrates und der AMS-Vorstände mit dem Betriebsrat der B*** auf Wunsch des Auftraggebers ein Termin für ein Gespräch über die Sicherung der Arbeitsplätze der Mitarbeiter B*** vereinbart worden sei. Dieses Gespräch über die Sicherung der Arbeitsplätze der Mitarbeiter der B*** sei unabhängig und losgelöst von der Frage erfolgt, welchem Unternehmen letztlich der Zuschlag erteilt werden sollte. Offensichtlich sei somit der Auftraggeber selbst davon ausgegangen, dass die Themen in dem Schreiben nicht das Angebot der Antragstellerin betreffen würden, weshalb der Kontakt mit dem Betriebsrat und nicht mit dem federführenden Mitglied der Antragstellerin hergestellt worden und in Folge auch das Gespräch mit diesem geführt worden sei.

Zum Ausscheidenstatbestand "Austausch von Schlüsselpersonal" verwies die Antragstellerin auf Punkt 4.3.2 des Teilnahmeantrages vom 5. Dezember 2008. Ausdrücklich festgelegt worden sei in diesem Punkt, dass die von den Bietern benannten Personen "spätestens zum Zeitpunkt der Auftragserteilung zur Verfügung stehen" müssten. Es handle sich dabei um eine weitere klare Festlegung, die hervorstreiche, dass die tatsächliche Verfügbarkeit erst ab dem Zeitpunkt der Auftragserteilung erforderlich sei. Aus anwaltlicher Vorsicht wies die Antragstellerin ergänzend daraufhin, dass der Austausch des Schlüsselpersonals

ausschreibungskonform erfolgt sei. Zunächst sei festzuhalten, dass von der Antragstellerin entsprechend den Vorgaben des Auftraggebers in Anlage 2 zum vorläufigen Leistungsvertrag ein Pool von mehr als zehn international anerkannten zertifizierten Projektleitern bekannt gegeben worden sei. Einer davon war E***. Hervorzuheben sei, dass auch nach Ausscheiden von E*** ein Pool von mindestens zehn international anerkannten selbstständigen Projektleitern zur Verfügung stehe. Dies ungeachtet der Nominierung von F***. Lediglich als Transitionsmanager sei F*** als Ersatz für E*** bekannt gegeben worden. Aus F.1.2 der Leistungsbeschreibung Last and Best Offer (Seite 225) ergebe sich im Übrigen eindeutig, dass der Transitionsmanager (anders als andere Schlüsselpersonen) erst mit Vertragsbeginn verbindlich zu nennen sei.

Zur gesellschaftlichen Umstrukturierung führte die Antragstellerin aus, dass es sich bei den von der Antragstellerin bekannt gegebenen Referenzen um Projekte handle, bei denen die A*** Auftragnehmerin gewesen sei. Im Übrigen sei das nunmehr vom Auftraggeber behauptete Nichtvorliegen entsprechender Referenzprojekte in der Ausscheidensentscheidung nicht einmal behauptet. Weiters sei in der Ausscheidensentscheidung nicht bekannt gegeben worden, welche konkreten Referenzen weggefallen sein sollten. Auch sei bislang noch kein Verkauf an Q*** erfolgt (insbesondere seien noch nicht sämtliche Closing-Bedingungen erfüllt worden) und bringe der Auftraggeber - schon durch die gewählte Formulierung dieses Vorbringens ("könnte") - zum Ausdruck, dass er sich diesbezüglich auf offensichtlich rechtlich nicht geprüfte Mutmaßungen stütze. Ungeachtet dessen, habe der Auftraggeber dieses Thema nicht in der Ausscheidensentscheidung genannt und sei daher nicht verfahrensgegenständlich. Auch sei die Verwirklichung eines wichtigen Grundes im Sinne des Punktes 27.2.2. nicht verfahrensgegenständlich und könne auch - sofern kein gesetzlicher Ausscheidenstatbestand erfüllt sei - nicht berücksichtigt werden.

Am 21. Juni 2011 fand vor dem Bundesvergabeamt eine **öffentliche mündliche Verhandlung** statt:

Zum Schreiben des Betriebsrates an den Verwaltungsrat S*** vom 17. September 2010 gab der Auftraggeber an, dass dieses in der zweiten mündlichen Verhandlung des Bundesvergabeamtes am 13. Oktober 2010 vorgelegt worden sei. Am 4.

Oktober 2010 seien dem Auftraggeber zwar die Schreiben an die Regionalgeschäftsstellen bekannt gewesen, nicht aber jenes vom 17. September 2010 an den Verwaltungsrat. Im weiteren Verlauf der Verhandlung wurde diesbezüglich ein E-Mail vom 7. Oktober 2010 von T*** an die vergebende Stelle dem Senat zur Kenntnis gebracht. Aus dieser weitergeleiteten Nachricht geht hervor, dass T*** selbst das Schreiben am 7. Oktober 2010, 17.05 Uhr, vom BMF erhalten habe.

Dem Senat wurde elektronisch die Leistungsbeschreibung vom 30. März 2010 zur Kenntnis gebracht. Auf Seite 224 sei geregelt, dass der Bieter einen geeigneten Transitionsmanager zu nominieren habe. Das sei farblich grün als Änderung gegenüber der Vorversion hervorgehoben. Auf Seite 225 sei angegeben, dass der Transitionsmanager eine Zertifizierung nach PMI IPMA (zumindest Level C) oder gleichwertig nachzuweisen habe. E*** sei nicht nur als Transitionsmanager, sondern auch als Projektmanager für den Leistungsbereich D.3 vorgesehen gewesen. E*** habe die Zertifizierung nach entweder PMI und IPMA nachgewiesen. Die Antragstellerin bestritt die Ausführungen des Auftraggebers: Auf Seite 225 der Leistungsbeschreibung sei festgehalten, dass eine Prüfung der Erfüllung der Anforderungen erst mit Vertragsbeginn erfolgen solle. Der nachnominierte F*** habe zwar nicht die Zertifizierung nach PMI IPMA angeboten, verfüge jedoch über eine gleichwertige im Sinne der Ausschreibung. Hierzu wird auf das Project Management Assessment Interview vom 27. April 2004 verwiesen. Die weiteren Diplome, die vorgelegt worden seien, seien weitere Informationen, die auf die sonstigen Qualifikationen hinweisen würden. Diese hätten aber nichts mit der Frage der Gleichwertigkeit im Sinne der verlangten Zertifizierung zu tun.

Zur Umstrukturierung brachte die Antragstellerin vor, dass es bislang noch zu keinem Verkauf an die Q*** gekommen sei, weil nicht sämtliche Bedingungen des Kaufvertrages eingetreten seien. Zugestanden wurde jedoch, dass der Verkauf an Q*** beabsichtigt sei. Weiters wurde vorgebracht, dass durch die am 1. Februar 2011 durchgeführte Abspaltung die Eignung der Antragstellerin nicht berührt sei. Die Erklärungen vom 31. Jänner bzw. 1. Februar 2011 seien aus Vorsichtsgründen abgegeben worden, um sich nicht der Gefahr des Ausscheidens auszusetzen. Hintergrund sei gewesen, dass der Auftraggeber trotz Nachfrage keine Festlegungen getroffen habe. Der Auftraggeber bestritt diese Ausführungen und brachte vor, dass

die Antragstellerin ohne den abgespaltenen Betriebsteil nicht im Stande gewesen wäre, die Unternehmensreferenzen, insbesondere die Unternehmensreferenzen, bei der als Auftragnehmer ausdrücklich der Betriebsteil N*** ausgewiesen sei, beizubringen. Diesbezüglich wies der Auftraggeber auf den Teilnahmeantrag der Antragstellerin (beginnend Seite 177 ff) hin. Zum behaupteten zukünftigen Verlust der Eignung brachte die Antragstellerin vor, dass die Übertragung der Anteile an die Q*** auf das gegenständliche Vergabeverfahren keine Auswirkungen haben werde. Zum Nachweis hierfür wurde ein weiteres Gutachten von L***/M*** (datiert vom Mai 2011) vorgelegt, welches einen integrierenden Bestandteil des Vorbringens darstelle. Aus diesem Gutachten gehe hervor, dass die Übernahme des N***-Zweiges Q*** zu keiner Änderung der Rechtspersönlichkeit der A*** und/oder B*** führe. Die personelle Zusammensetzung der Bietergemeinschaft bestehe somit ununterbrochen und unverändert. Dementsprechend sei die Eignung der Bietergemeinschaft ununterbrochen erfüllt. Weder durch die Ausgliederungen am 1. Februar 2011, noch durch eine mögliche zukünftige Übernahme des N***-Zweiges sei die Eignung der Bietergemeinschaft betroffen. Die Ausscheidensentscheidung sei auch nicht auf eine allfällige zukünftige Übernahme des N***-Zweiges durch Q*** gestützt.

Aufgrund der vorliegenden Unterlagen, Stellungnahmen der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher **Sachverhalt** festgestellt:

Der Auftraggeber hat das Vergabeverfahren "Neu Ausschreibung AMS-IT-Unterstützung" am 9. Dezember 2008 im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs 5 BVergG EU-weit bekanntgemacht. In den Teilnahmeunterlagen wurde unter Punkt 2.2. zum Beschaffungsziel ausgeführt, dass derzeit die IKT Leistungen auf Basis eines Werkvertrages mit der A*** als Generalunternehmer vom Auftraggeber bezogen werde. Umfasst sind dabei Betriebsleistungen (Rechenzentrum, Desktop und Netzwerkmanagement), die Betreuung von AnwenderInnen (Help desk, Schulungen), Anwendungswartung sowie die Weiter- und Neuentwicklung von Anwendungen. Die B*** erbringt derzeit diese IT Leistungen. Zur Kostenoptimierung und unter Berücksichtigung neuer

Anwendungsbereiche, Technologien und offener Standards schreibt der Auftraggeber diese gesamte IKT-Unterstützung des AMS neu aus.

Beilage./12 ("Erklärung einer Bewerbergemeinschaft") des Teilnahmeantrages lautet:

Wir erklären als Mitglieder der Bewerbergemeinschaft, dass die Bewerbergemeinschaft aus folgenden Mitgliedern besteht und die Mitglieder folgende Leistungsteile erbringen werden.

Punkt 1.1. des Ausschreibungstextes (Last and Best Offer) sieht insbesondere folgende Bestimmung vor:

Eine direkte Kontaktaufnahme zu den mit der operativen Projektdurchführung beauftragten Unternehmen, den Mitgliedern des Verwaltungsrates, den Mitgliedern der Bewertungskommission bzw zu den beigezogenen Experten des IT-Ausschusses zum gegenständlichen Vorhaben ist nicht gestattet und kann zum Ausschluss des Bieters aus dem Vergabeverfahren führen."

Punkt 1.10 des Ausschreibungstextes beinhaltet Regelungen für Bietergemeinschaften. Darin heißt es auszugsweise:

Bietergemeinschaften bzw Arbeitsgemeinschaften können nur in jener Zusammensetzung Angebote einreichen, in der sie zur Angebotsabgabe eingeladen wurden.

§ 6 des Leistungsvertrages beinhaltet Regelungen zum Schlüsselpersonal. Punkt 6.4 hat nachfolgenden Wortlaut:

Jeder Austausch von Schlüsselpersonal durch den AUFTRAGNEHMER und AUFTRAGGEBER bedarf der vorherigen ausdrücklichen schriftlichen Zustimmung des AUFTRAGGEBERS.

Dort, wo ein solcher Austausch nicht im unmittelbaren Einflussbereich des AUFTRAGNEHMERS liegt, etwa bei längerer Krankheit, Karenz oder bei Kündigung durch die betroffene Schlüsselperson oder der betroffenen Schlüsselperson durch den AUFTRAGNEHMER, ist eine unverzügliche Verständigung des AUFTRAGGEBERS durch den AUFTRAGNEHMER unter Angabe der Gründe, weshalb die Schlüsselperson ausgetauscht werden muss, vorzunehmen; jene Person, die in einem solchen Fall eine Schlüsselperson ersetzen soll, ist vom AUFTRAGGEBER zu genehmigen, wobei dieser eine Genehmigung nur aus wichtigem Grund verweigern wird.

Hat sich der AUFTRAGGEBER binnen 14 (vierzehn) Tagen ab schriftlicher Verständigung durch den AUFTRAGNEHMER über den beabsichtigten Austausch von Schlüsselpersonal nicht schriftlich geäußert, hat ihm der AUFTRAGNEHMER schriftlich eine Nachfrist von 8 (acht) Tagen zu setzen. Erfolgt in dieser Nachfrist keine entsprechende Ablehnung, gilt der angezeigte Austausch als genehmigt.

Jene Person, die eine Schlüsselperson ersetzen soll, hat in jedem Fall zumindest gleichwertige Qualifikationen und Erfahrungen aufzuweisen wie die zu ersetzende Person. Einer Genehmigung durch den AUFTRAGGEBER kann auch ein Hearing vorausgehen, welches dem AUFTRAGGEBER die Möglichkeit gibt, die neue Schlüsselperson näher kennenzulernen. Eine solche Genehmigung durch den AUFTRAGGEBER präjudiziert in keinster Weise die Rechte und Ansprüche des AUFTRAGGEBERS in Fällen, wo sich herausstellt, dass die betroffenen Schlüsselpersonen nicht den Anforderungen entsprechen.

Punkt D.3.5 (Qualitätsstandards der Leistungserbringung) der Leistungsbeschreibung (Last and Best Offer) regelt auszugsweise:

Der AN hat auf jederzeitiges Verlangen des AG nachzuweisen, dass er und seine Mitarbeiter über die notwendigen Zertifizierungen für Projektmanagement (PMI, IPMA, bzw. gleichwertig) und Erfahrung in der Anwendung verfügen.

Punkt F.1.2 der Leistungsbeschreibung beinhaltet die Projektedarstellung. Darin wird (farblich teils grün hervor gestrichen) insbesondere nachfolgendes festgehalten:

Der Auftragnehmer hat Initialisierung, Durchführung, Steuerung, Überwachung und Abschluss der Transition als konkretes Projekt vollständig und schlüssig - unter Berücksichtigung der Anforderungen insbesondere von Kapitel D.3 der Leistungsbeschreibung sowie des Leistungsvertrages - abzuwickeln und einen geeigneten Transitionsmanager (Leitung des Transitionsprojekts) zu nominieren.

....

Der Transitionsmanager verfügt neben einer zumindest fünfjährigen Projekterfahrung über folgende Qualifikationen:

- *Projekt-Management-Skills wie in der Service Definition D.3 ausgeführt. Daher ist eine Zertifizierung nach PMI IPMA (zumindest Level C) oder gleichwertig Voraussetzung.*

Insgesamt legten fristgerecht 3 Bieter Last and Best Offer mit nachfolgenden Angebotssummen:

I***: € 175.873.158,--

D***: € 194.464.419,--

Bietergemeinschaft A*** - N***/B***: € 213.293.658,--

Mit Telefax vom 4. August 2010 wurde den Bietern die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der I*** mitgeteilt.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 2. Dezember 2010, N/0069-BVA/04/2010-71, N/0070-BVA/04/2010-58, wurde die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 4. August 2010 für nichtig erklärt. Begründend wurde insbesondere ausgeführt, dass der Auftraggeber rechtswidrigerweise eine vertiefte Angebotsprüfung unterlassen habe.

Mit E-Mail vom 28. April 2010 übermittelte die Antragstellerin an die vergebende Stelle nachfolgendes Schreiben:

*Sehr geehrter Herr U***,*

*wie in dem Gespräch vom 8.4.2010 zwischen V***, T***, W*** und AA*** vereinbart, übermitteln wir Ihnen nachfolgend eine Darstellung der bei A*** im Bezug auf den Bereich N*** geplanten Maßnahmen zur gesellschaftlichen Neuorganisation:*

1. Allgemeines

*Die C*** ("C****") hat im Dezember 2009 beschlossen, das weltweite Geschäft ihrer Einheit N*** ("N****") zum Zieltermin 1. Juli 2010 auszugliedern und als Teilkonzern unter der Konzernmutter A*** - und somit parallel zu den AB*** in den einzelnen Ländern - aufzustellen ("N*** Carve Out").*

*Ausschlaggebend für diesen Schritt sind die spezifischen Anforderungen an das IT-Dienstleistungsgeschäft, die sich von sonstigen Produkt- und Anlagengeschäft von A*** wesentlich unterscheiden. Mit der Ausgliederung sollen kürzere Entscheidungswege und mehr Flexibilität im Interesse der Kunden erzielt werden.*

2. Der N* Cave Out in Österreich**

*Auch in Österreich wird N*** aus der A*** ("A****") ausgegliedert. Die Ausgliederung erfolgt im Wege einer Abspaltung zur Neugründung, wobei der Abspaltung die Bilanz der A*** zum 30.9.2010 zu Grunde gelegt wird. Unter Berücksichtigung der zur Vorbereitung der Abspaltung notwendigen gesellschaftlichen Schritte ist die Eintragung der Abspaltung im Firmenbuch und damit die Gründung der durch die Abspaltung entstehenden neuen N***-Gesellschaft ("AD****") im Jänner/Februar 2011 vorgesehen. Die Abspaltung führt zu einer Gesamtrechtsnachfolge der AD*** in Bezug auf die abgespaltenen Vermögensteile (§ 14 (2) SpaltG).*

*Von dem Carve Out erfasst ist die gesamte Einheit AE^{***}, also das IT-Outsourcing- und Solutions-Geschäft der A^{***} (vergleichbar mit der ehemaligen Einheit AF^{***}), einschließlich ihrer Tochtergesellschaften und sonstigen Beteiligungen, sowie alle Teile der Einheit AG^{***} (AG^{***}, vergleichbar mit der ehemaligen Einheit AH^{***}), mit Ausnahme der Teile, die im Wesentlichen in der Softwareentwicklung für Telekommunikationsinfrastrukturanbieter und Telekommunikationsprovider tätig sind.*

*In der AG^{***} Einheit werden - vorwiegend im Telekommunikationsbereich - bereits seit einiger Zeit Maßnahmen zur Personalrestrukturierung umgesetzt. Die noch abzuschließenden Maßnahmen waren in den letzten Monaten Gegenstand zahlreicher Medienberichte.*

3. Auswirkungen auf das Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung"

*A^{***}, AE^{***} bewirbt sich derzeit gemeinsam mit der B^{***} ("B^{****}") in Form einer Bietergemeinschaft um den Zuschlag im Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung".*

*Nach dem heute bekannten Zeitplan des Vergabeverfahrens ist die Zuschlagsentscheidung in der Kalenderwoche 29 des Jahres 2010 vorgesehen. Der N^{***} Carve Out findet auf dieser Grundlage erst nach einem möglichen Zuschlag an die Bietergemeinschaft statt und hat somit nach Meinung von A^{***} keine Auswirkungen auf das laufende Vergabeverfahren.*

*Für den Fall, dass die Bietergemeinschaft den Zuschlag erhält, ist von A^{***} im Hinblick auf den N^{***} Carve Out folgende Vorgangsweise geplant: Der Vertrag mit dem AMS Österreich wird nicht von der Abspaltung erfasst, sondern verbleibt bei A^{***}. Im Zeitpunkt der Eintragung der Spaltung im Firmenbuch und damit der Gründung der AD^{***}, soll die AD^{***} der Arbeitsgemeinschaft A^{****}/B^{****} beitreten. Nach Meinung von A^{***} gewährleistet diese Lösung, dass sich für das AMS Österreich aufgrund der N^{***} Carve Out weder aus formaler noch als materieller*

*Sicht ein Nachteil ergibt. A*** nimmt daher an, dass diese Vorgehensweise die Zustimmung des AMS Österreich finden wird.*

*Die unter Punkt 2 dargestellten Personalrestrukturierungsmaßnahmen beeinträchtigen die Leistungsfähigkeit der Bieter- /Arbeitsgemeinschaft nicht, da sie die vom N*** Carve Out erfassten AE***- Einheiten nicht betreffen.*

Am 17. September 2010 richteten der Betriebsratsvorsitzende und der stv. Betriebsratsvorsitzende der B*** ein Schreiben an das Bundesministerium für Finanzen, zu Händen S*** mit nachfolgendem Inhalt:

*Sehr geehrter S***!*

*Der Betriebsrat der Firma B*** wendet sich an sie als Mitglied des AMS-Verwaltungsrates, weil wir uns um das weitere reibungslose Funktionieren des AMS Gedanken machen.*

*Wir haben die Information erhalten, dass der potentielle Bestbieter im laufenden IT-Ausschreibungsverfahren die Absicht hat, im Fall der Zuschlagserteilung seine Leistung (sieht man von der Übergangsphase ab) ohne Einbindung der B***-MitarbeiterInnen zu erbringen.*

*Damit gehen jedoch wertvolle Erfahrungen und umfangreiches Know-how der B***-MitarbeiterInnen unwiederbringlich verloren. Für uns B***-MitarbeiterInnen waren in den 16 Jahren der engen Zusammenarbeit mit unserem wichtigsten Kunden AMS der Arbeitsmarkt und die damit verbundenen sozialen Lebensbereiche unser tägliches Betätigungsfeld.*

Ein Verzicht auf diese spezifische Expertise ist bereits an sich ein ökonomischer Verlust. Vor allem aber sollte die Gefahr, dass Aufgabenstellungen des AMS künftig nicht optimal bewältigt werden können und damit das in jahrelanger Arbeit aufgebaute positive Image des AMS mit einem Schlag zunichte gemacht wird, ernst genommen werden.

Selbstverständlich sind wir als Betriebsrat auch massiv daran interessiert, die Arbeitsplätze unserer über 270 betroffenen Kolleginnen und Kollegen zu sichern und sie in eine zukünftige Lösung zu integrieren.

Unser Interesse ist also ein mehrfaches:

- *Optimales Funktionieren des AMS*
- *Erhalt der B***-Expertise für das AMS*
- *Arbeitsplatzsicherung der B***-MitarbeiterInnen*

Wir sind der Überzeugung, dass die Einbindung und Nutzung unserer langjährigen Erfahrung zum besten Ergebnis für alle Beteiligten, vor allem aber für das AMS führen, und haben zur Verdeutlichung die beiliegende Information erstellt. Für ihre Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Aus der Beilage "AMS-Interessen, B***-Stärken" finden sich insbesondere nachfolgende Passagen:

Die aus der IT-Ausschreibung des AMS resultierende Umstellung auf einen neuen Dienstleister hat Auswirkungen auf das Funktionieren des AMS. Sollte der neue Dienstleister auf eine Einbeziehung der B-MitarbeiterInnen verzichten, so ist die optimale Wahrung wesentlicher AMS-Interessen gefährdet. Einer möglichen Kosteneinsparung steht der Verlust jahrelang aufgebauten unternehmerischen Wissens gegenüber.***

Die B-MitarbeiterInnen haben in langjähriger Zusammenarbeit mit dem AMS wichtiges Know-how und spezifische Expertise erworben. Diese reicht von Arbeitsmarkt- und AMS-Know-how über Prozess-Kenntnisse bis zum Wissen um die Kultur und das Wertesystem des AMS. Ein Verzicht auf B***-Personal bedeutet einen Verzicht auf dieses Wissen. Gerade dieses ist jedoch für eine künftige effiziente Leistungserbringung des AMS von entscheidender Bedeutung.***

Inhaltlich gleichlautende bzw. ähnliche Schreiben gingen am 20. September 2010 an das Arbeitsmarktservice Salzburg (LGS) sowie Burgenland bzw. am 29. September 2010 an das Arbeitsmarktservice Kärnten.

Mit Telefax vom 4. Oktober 2010 richtete die vergebende Stelle an die Antragstellerin unter dem Betreff "Aufklärungen zum Last and Best offer" ein Schreiben mit insbesondere nachfolgendem Inhalt:

*2. Medienberichten (etwa dem Deutschen "Handelsblatt") ist zu entnehmen, dass in Deutschland die IT-Sparte des A***-Konzerns abgespaltet wurde und seit 1.10.2010 in der H*** (H***) betrieben wird. Können Sie bestätigen, dass eine derartige Umstrukturierung der österreichischen A*** während der ausgeschriebenen Vertragslaufzeit nicht erfolgen wird? Wenn nein, wann (zu welchem Stichtag) und in welcher Form (Grundzüge des Spaltungsplans) wird die IT Sparte aus der A*** ausgegliedert werden? Wie wird die Zielstruktur aussehen? Gibt es bereits diesbezügliche Beschlüsse innerhalb des A***-Konzerns? Wenn ja, welche und in welchen Gremien und welcher Konzerngesellschaft? In welcher Gesellschaft würden sich nach dieser Umstrukturierung jene Kapazitäten und Ressourcen befinden, die im Auftragsfall zum Einsatz kommen würden?*

*3. Mit Schreiben vom 27.9.2010 hat die B***, vertreten durch die Betriebsräte AI*** und AJ***, mittels mehreren Schreiben, zuletzt vom 27.9.2010, unter Offenlegung von Informationen aus dem Vergabeverfahren die Regionalgeschäftsstellen des Auftraggebers kontaktiert. Diese Handlungen des Betriebsrats sind dem Unternehmen zuzurechnen. Wir weisen darauf hin, dass der Versuch einer Einflussnahme auf die Willensbildung der Auftraggeber vergaberechtlich unzulässig ist und die Weitergabe von Informationen aus dem Vergabeverfahren gegen das insbesondere in den Ausschreibungsunterlagen normierte Verschwiegenheitsgebot verstößt. Wir fordern Sie auf, dieses Verhalten nachweislich unverzüglich einzustellen und teilen mit, dass das Angebot ihrer Bietergemeinschaft im Wiederholungsfall ausgeschieden wird.*

Mit E-Mail vom 5. Oktober 2010 beantwortete die Antragstellerin das Schreiben des Auftraggebers mit folgendem Wortlaut:

*Zu Punkt 2 können wir zunächst bestätigen, dass in Deutschland (anders als in Österreich) der Geschäftsbereich N*** der A*** zum 1.10.2010 rechtlich verselbständigt wurde (N*** Carve Out). Bezüglich der geplanten Vorgangsweise in Österreich verweisen wir auf das Schreiben der A*** vom 28.4.2010. Dessen Inhalt bezüglich des N*** Carve Out in Österreich gilt nach wie vor unverändert. Gerne bestätigen wir ihnen auch, dass sämtliche Beschlüsse der zuständigen Gremien des A***-Konzerns vorhanden sind.*

*Zu Punkt 3. teilen wir mit, dass keine vergaberechtswidrige Kontaktaufnahme durch die Betriebsräte der B*** erfolgt ist. Der Betriebsrat hat lediglich unabgestimmt seine arbeitsrechtlichen Bedenken kommuniziert. Weiters können wir diesbezüglich mitteilen, dass der Betriebsrat bereits darauf hingewiesen wurde, solche Vorgehensweisen in Zukunft zu unterlassen. Dies wurde vom Betriebsrat auch bestätigt.*

Mit E-Mail vom 24. November 2010 richtete die Antragstellerin an den Auftraggeber nachfolgende Anfragen bezüglich des Austausches von Schlüsselpersonen:

Welche Nachweise sind für die neue Schlüsselperson beizubringen? Zu welchem Zeitpunkt müssen diese Nachweise übermittelt werden? Wie lange dauert das Genehmigungsprocedere? Ist die Alternativernennung mehrerer neuer Schlüsselpersonen zulässig? Sind die Genehmigungsprocedere hinsichtlich sämtlicher Schlüsselpersonen gleich?

Mit E-Mail vom 26. November 2010 verwies die vergebende Stelle diesbezüglich auf die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, die unverändert gelten würden.

Am 6. Dezember 2010 übermittelte die Antragstellerin an den Auftraggeber ein E-Mail mit nachfolgendem Inhalt:

*Im Hinblick darauf, dass unsere Anfrage vom 24.11.2010 mit E-Mail vom 26.11.2010 in keinster Weise inhaltlich beantwortet wurde und die Beantwortung der Frage 129 der 1. Fragebeantwortung zum Erstangebot (ams_it_1fb_090520_eF) in Verbindung mit § 6 Punkt 6.4 des Leistungsvertrages kein eindeutiges Procedere für den Austausch der Schlüsselperson festlegt, erlauben wir uns mitzuteilen, dass der Vertrag mit E*** (D3/Transition Manager) am 31.12.2010 endet.*

*E*** wird mit 1.1.2011 nicht mehr zur Verfügung stehen. Als Ersatz-Schlüsselperson wird G*** für D3 als auch als Transition Manager bekannt gegeben und zum Nachweis der Gleichwertigkeit dieser Person beiliegender Lebenslauf und Diplom übermittelt.*

Sollten sie weitere Informationen oder Nachweise oder eine neu ausgefüllte Anlage 2 zum Leistungsvertrag benötigen, ersuchen wir um Mitteilung.

Im Sinne von § 6. Punkt 6.4 des Leistungsvertrages ersuchen wir um ausdrückliche Zustimmung zum Austausch und teilen gleichzeitig mit, dass der gegenständliche Austausch im Sinne dieser Bestimmung nicht im unmittelbaren Einflussbereich der Bietergemeinschaft steht, da die betroffene Schlüsselperson durch den Auftragnehmer (einem Mitglied der Bietergemeinschaft) gekündigt wurde.

Dem E-Mail war ein Konvolut von Nachweisen für die Ersatz-Schlüsselperson, Herrn G***, beigelegt, insbesondere das Project Management Assessment Interview vom 27. April 2004.

Mit E-Mail vom 20. Dezember 2010 richtete die Antragstellerin an den Auftraggeber ein Schreiben mit nachfolgendem Inhalt:

Bezugnehmend auf unsere Mail vom 6.12.2010 zum Thema Austausch von Schlüsselpersonal im Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" haben wir von ihnen bislang keine Rückmeldung erhalten. Wir weisen bezüglich des mit E-Mail vom 6.12.2010 beantragten Austauschs einer Schlüsselperson darauf hin, dass in analoger Anwendung des § 6. Punkt 6.4 des Leistungsvertrages die 14-tägige Frist für die schriftliche Äußerung am 20.12.2010 endet. Bereits jetzt setzen wir daher, wie im Leistungsvertrag vorgesehen, eine Nachfrist von 8 Tagen.

Mit Telefax vom 21. Dezember 2010 übermittelte die vergebende Stelle unter dem Betreff "Ersuchen um Verlängerung der Angebotsbindung; Zeitplan für vertiefte Angebotsprüfung; Aufforderung zur Vorlage eines Nachweises im Hinblick auf den Austausch von Schlüsselpersonal" an die Antragstellerin ein Schreiben folgenden Inhaltes:

*3. Weiter wird im Hinblick auf den mit E-Mail vom 6.12.2010 angekündigten Austausch mit E*** durch F*** darauf hingewiesen, dass für die Schlüsselperson für den Bereich D3 Projektmanagement der Nachweis zu erbringen ist, dass diese "über die notwendigen Zertifizierungen für Projektmanagement (PMI, IPMA bzw. gleichwertig)" (siehe insbesondere Punkt D.3.5 der Leistungsbeschreibung Last and Best Offer) verfügt. Für F*** wurde (im Gegensatz zur scheidenden Schlüsselperson) keine Zertifizierung nach PMI oder IPMA bzw. die Gleichwertigkeit der vorgelegten Zertifizierung (A*** - Projekt Director vom 27.4.2004) nachgewiesen.*

*4. Schließlich ist Medienberichten und einer Aussendung C***, zu entnehmen, dass die N*** in Q*** eingebracht werden soll. Ergeben sich daraus Änderungen zu den in ihrem Schreiben vom 28.4.2010 sowie E-Mail vom 4.10.2010 gemachten Angaben (insbesondere im Hinblick auf unsere mit Fax vom 4.10.2010 zum Carve Out gestellten Fragen)? In welcher Gesellschaft würden sich nach der Umstrukturierung jene Kapazitäten und Ressourcen befinden, die im Auftragsfall zum Einsatz kommen würden?*

Mit E-Mail vom 29. Dezember 2010 beantwortete die Antragstellerin das Schreiben wie folgt:

Ad Aufforderung zur Vorlage eines Nachweises im Hinblick auf den Austausch von Schlüsselpersonal:

*F*** wurde als Schlüsselperson zu D.3 und als Transitions Manager bekannt gegeben. Wie bei unserem Antrag auf Schlüsselpersonalaustausch vom 06.12.2010 beigefügt, verfügt F*** über die Zertifizierung A***-Project Director. Diese Zertifizierung ist gleichwertig mit den von Ihnen in den Ausschreibungsunterlagen*

geforderten Punkten. Diese Gleichwertigkeit wird durch ein Schreiben von AK*** (siehe Beilage) bestätigt: Die Projektmanagement-Standards von A*** stehen in vollem Einklang mit den internationalen Standards, wie sie von IPMA und PMI vertreten werden.

AK*** ist berechtigt die Zertifizierungen nach IPMA und PMI durchzuführen.

ad Beantwortung der Fragen zu Pkt 4

Es wird ihnen bestätigt, dass die Angaben gemäß Schreiben A*** vom 28.4.2010 und unserem E-Mail vom 5.10.2010 (in Antwort auf Ihre Frage vom 4.10.2010) auch aus heutiger Sicht nach wie vor richtig sind. Wie schon im Schreiben vom 28.4.2010 dargelegt wurde, wird die A*** ihre Einheit N*** im Weg der Abspaltung zur Neugründung ausgliedern. Abhängig vom Zeitpunkt der Eintragung der Abspaltung im Firmenbuch ist die Gründung der dabei entstehenden Gesellschaft, der H***, mit Anfang Februar 2011 geplant.

Die im Auftragsfall zum Einsatz kommenden Kapazitäten und Ressourcen werden sich nach der Umstrukturierung nach wie vor bei der B*** aber auch bei der H*** - die in Bezug auf abgespaltene Vermögen die Gesamtrechnachfolgerin der A*** sein wird - befinden. Aber auch bei der A*** selbst werden nach der Spaltung immer noch rund 900 IT-Fachkräfte und Softwareentwickler beschäftigt sein.

Die A*** hat schon im Schreiben vom 28.4.2010 für den Auftragsfall einen Beitritt der H*** zur Bietergemeinschaft A*** / B*** vorgeschlagen. Aufgrund der Verzögerungen des Vergabeverfahrens muss nun die konzerninterne Umstrukturierung der N*** während des noch immer laufenden Vergabeverfahrens erfolgen. Wir ersuchen daher um Genehmigung des Beitritts der H*** im Zeitpunkt ihrer Gründung (also voraussichtlich Anfang Februar 2011) zur Bietergemeinschaft A*** / B***.

Diese Lösung stellt sicher, dass sich für das AMS Österreich auf Grund der Umstrukturierung keine Nachteile ergeben. Die Bietergemeinschaft A*** / B*** wird nur um die N*** erweitert werden. Diese ist - wie schon dargelegt - Gesamtrechnachfolgerin der A*** in Bezug auf das abgespaltene Vermögen.

Materiell betrachtet würde die Bietergemeinschaft daher nach erfolgtem Beitritt nach wie vor über alle erforderlichen Kapazitäten und Ressourcen verfügen.

*Sollten Sie dieser Lösung nicht zustimmen können, so sind wir gerne bereit, alternative Varianten mit ihnen zu diskutieren. Denkbar wäre auch eine Zuordnung der Angebotsposition der A*** im Vergabeverfahren zum abzuspaltenden Vermögen und ein nachfolgender Beitritt der A*** zu der Bietergemeinschaft.*

*Die weltweite strategische Partnerschaft der N*** mit Q*** stellt einen den oben dargelegten Vorgängen nachgelagerten, geplanten Vorgang dar, zu dem aus heutiger Sicht weder beidseitig bindende Vereinbarungen noch die erforderlichen funktionskontrollrechtlichen Genehmigungen bzw. Nichtuntersagungen vorliegen. Als Zieltermin für die Umsetzung der Partnerschaft ist der 1.7.2011 vorgesehen.*

Mit Telefax vom 17. Jänner 2011 richtete die vergebende Stelle an die Antragstellerin zum Nachweis der Gleichwertigkeit der Zertifizierung von F*** insbesondere folgende Anfrage:

- 1. Die Bestätigung ist so abgefasst, dass nicht ersichtlich ist, ob deren Aussagen für den aktuellen Zeitpunkt gelten oder für das Jahr 2004, aus dem das vorgelegte Assessment Protokoll stammt. Es ist uns nicht bekannt, ob und in welcher Form die AK*** bereits im Jahr 2004 für A*** tätig war.*
- 2. IPMA und PMI zertifizieren nach definierten Grundlagen. Im Fall dieser Organisationen ist die Grundlage genereller Natur und unternehmensunabhängig. Auf welcher Grundlage (allgemeine Standards A***-interne Standards) das übermittelte Assessment durchgeführt wurde, ist aus den Unterlagen nicht ersichtlich.*
- 3. Für eine IPMA Zertifizierung (unabhängig davon, in welchem Land die Zertifizierung gemacht wurde) gilt zum derzeitigen Zeitpunkt ein Re-Zertifizierungszeitraum von 5 Jahren (im Jahr 2004 war noch alle 3 Jahre eine Re-Zertifizierung notwendig). Ob bei der vorliegenden Zertifizierung gleichwertiges*

vorgesehen ist, ist derzeit nicht ersichtlich, womit auch nicht beurteilt werden kann, ob das übermittelte Dokument noch zum heutigen Datum Gültigkeit hat.

Mit E-Mail vom 27. Jänner 2011 nahm die Antragstellerin zum Schreiben des Auftraggebers wie folgt Stellung:

*2. Wie bereits mehrfach kommuniziert, wurde F*** als Schlüsselperson für D.3 und als Transition Manager namhaft gemacht. Für diese beiden Rollen war der Nachweis einer Zertifizierung nach IPMA/PMI oder gleichwertig nicht erforderlich. Dementsprechend ist für uns die wiederholte Aufforderung hinsichtlich Erklärungen bezüglich des Zertifikates nicht nachvollziehbar.*

*3. Unabhängig davon, wurde bereits mit unserem Schreiben vom 29.12.2010 ein Nachweis zur Gleichwertigkeit des Zertifikates von F*** übermittelt. Ungeachtet unseres Rechtsstandpunktes, können wir in Beantwortung ihres Schreibens vom 17.1.2011 ergänzend zum Nachweis der Gleichwertigkeit auf beiliegendes Schreiben (Deutschland) verweisen.*

Diesem Mail war ein Schreiben von AL*** (A***) an die A***, zu Händen AM*** vom 26. Jänner 2011 beigelegt. Dieses Schreiben hatte insbesondere nachfolgenden Inhalt:

ad 1. *Die Firma AK*** ist seit dem Jahr 2001 im Auftrag von A*** HR für die Projektleiterausbildung verantwortlich und hat in Österreich den A***-internen Zertifizierungsaufbau unterstützt.*

ad 3.

*PM@A*** ist ein Konzernprogramm, das die Weiterentwicklung der Organisation genauso zum Ziel hat, wie die Weiterentwicklung der einzelnen Projektleiter. Als eines von ganz wenigen Unternehmen hat A*** die Zertifizierung nicht an Dritte ausgelagert, sondern selbst in die Hand genommen, um die internen strengen Anforderungen an Projektleiter entsprechend zu überprüfen. Da es weltweit seit dem Jahr 2004 ca. 15.000 Projektleiter zur zertifizieren gilt, wurde von einer verpflichtenden formellen Rezertifizierung Abstand genommen.*

Mit E-Mail vom 31. Jänner 2011 gab die Antragstellerin der vergebenden Stelle die für 1.2.2011 in Aussicht genommene Abspaltung des Bereiches N*** von der A*** bekannt. Die H*** (in Gründung) gab ferner "zum Nachweis der nach wie vor aufrechten Leistungsfähigkeit" der Antragstellerin folgende Erklärung ab:

*Die H***, verpflichtet sich hiermit gegenüber dem Auftraggeber, Arbeitsmarktservice Österreich, unwiderruflich, uneingeschränkt dafür Sorge zu tragen, dass die A***, eingetragen unter FN 60562m, für den Fall der Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft A*** / B*** für die Erbringung des im Vergabeverfahrens "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" ausgeschriebenen Leistungsbildes, von uns stets so finanziell und technisch ausgestattet wird, dass sie jederzeit in der Lage ist, alle ihr aus dem Vorhaben erwachsenden Verpflichtungen vollständig und pünktlich zu erfüllen.*

*Weiters verpflichtet sich die H*** (in Gründung) hiermit gegenüber den Auftraggeber, Arbeitsmarktservice Österreich unwiderruflich, für den Fall der Zuschlagserteilung im Rahmen des Vergabeverfahrens "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" an die Bietergemeinschaft A*** / B***, auf seine erste schriftliche Anforderung hin, unabhängig davon, ob die im Rahmen des ausschreibungsgegenständlichen Leistungsbildes bestehenden vertraglichen Verpflichtungen wirksam sind, unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus denselben, jegliche Haftung für die Erbringung des ausschreibungsgegenständlichen Leistungsbildes zu übernehmen.*

Mit E-Mail vom 1. Februar 2011 gab die Antragstellerin der vergebenden Stelle die Abspaltung des Bereiches N*** von der A*** im Firmenbuch (1.2.2011) bekannt. Die H*** gab ferner "zum Nachweis der nach wie vor aufrechten Leistungsfähigkeit" der Antragstellerin folgende Erklärung ab:

*Die H***, verpflichtet sich hiermit gegenüber dem Auftraggeber, Arbeitsmarktservice Österreich, unwiderruflich, uneingeschränkt dafür Sorge zu tragen, dass die A***, eingetragen unter FN 60562m, für den Fall der Zuschlagserteilung an die*

*Bietergemeinschaft A*** / B*** für die Erbringung des im Vergabeverfahrens "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" ausgeschriebenen Leistungsbildes, von uns stets so finanziell und technisch ausgestattet wird, dass sie jederzeit in der Lage ist, alle ihr aus dem Vorhaben erwachsenden Verpflichtungen vollständig und pünktlich zu erfüllen.*

*Weiters verpflichtet sich die H*** hiermit gegenüber dem Auftraggeber, Arbeitsmarktservice Österreich unwiderruflich, für den Fall der Zuschlagserteilung im Rahmen des Vergabeverfahrens "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" an die Bietergemeinschaft A*** / B***, auf seine erste schriftliche Anforderung hin, unabhängig davon, ob die im Rahmen des ausschreibungsgegenständlichen Leistungsbildes bestehenden vertraglichen Verpflichtungen wirksam sind, unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus denselben, jegliche Haftung für die Erbringung des ausschreibungsgegenständlichen Leistungsbildes zu übernehmen.*

Dem Protokoll des Hearings im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung vom 16. Februar 2011 zwischen Auftraggeber und der Antragstellerin kann auf Seite 12 nachfolgende Passage entnommen werden:

*AM*** teilt noch im Hinblick auf die namhaft gemachte Schlüsselperson an F*** mit, dass die Prüfung ergeben hat, dass die Gleichwertigkeit nicht gegeben ist und ein entsprechendes Schreiben an den Bieter ergehen wird.*

Am 22. März 2011 übermittelte die Antragstellerin an den Auftraggeber nachfolgendes E-Mail:

Bezugnehmend auf das Aufklärungsgespräch vom 16.2.2011 möchten wir eingangs festhalten, dass bis dato gegen ihrer Ankündigung kein Schreiben hinsichtlich des Austausches der Schlüsselperson eingelangt ist.

Wie bereits mehrfach darauf hingewiesen, ist im Hinblick auf die analoge Anwendung des § 6 Punkt 6.4 des Leistungsvertrages aufgrund des Ablaufes sowie der 14

tätigen-Frist als auch der 8-tägigen Nachfrist eine Genehmigung des Austausches der Schlüsselperson erfolgt. Im Hinblick darauf, dass auch im obgenannten Aufklärungsgespräch keine Ablehnung erfolgt ist, ist aus unserer Sicht die Genehmigung weiterhin aufrecht.

Weiters erlauben wir uns, nochmals ausdrücklich daraufhin zuweisen, dass für die Schlüsselperson für D3 und den Transition Manager kein Nachweis einer Zertifizierung nach IPMA / PMI oder gleichwertig erforderlich war.

*Ungeachtet dessen, können wir ihnen mitteilen, dass wir, falls eine Ablehnung von DI F*** ihrerseits mitgeteilt wird und diese von uns nicht (erfolgreich) bekämpft wird, über weitere gleichwertige Schlüsselpersonen verfügen und unmittelbar benennen könnten.*

Die Antragstellerin hat in ihrem Teilnahmeantrag die Beilage./12 ("Erklärung einer Bewerbergemeinschaft") ausgefüllt und als Unternehmen die A*** und N***, angeführt. Folgende Leistungsteile wurden bezeichnet:

- Entwicklung von Anwendungen
- Wartung von Anwendungen
- Bereitstellung & Betriebsführung Rechenzentrum
- Bereitstellung & Betriebsführung Netzwerk, inkl. Telekommunikation
- Arbeitsplatzausstattung und -betreuung

Mit Telefax vom 31. März 2011 teilte der Auftraggeber der Antragstellerin mit, dass ihr Last and Best Offer gemäß § 129 Abs 1 Z 1, 2 und 7 BVergG ausgeschieden wird. Darin wurde auszugsweise folgendes festgehalten:

1. Ein Mitglied der Bietergemeinschaft, die B*** (in der Folge "B***"), hat mit Schreiben vom 17.9.2010 mit S***, Mitglied des Verwaltungsrates des Arbeitsmarktservice Österreich, Kontakt aufgenommen. In diesem Schreiben wendet sich die B*** auf ihrem Briefpapier an S*** ausdrücklich "*als Mitglied des Verwaltungsrates*" und warnt vor einer Zuschlagserteilung an den "*potenzielle[n] Bestbieter*", der die Leistungen "*ohne Einbindung der B***-Mitarbeiterinnen*"

erbringen wolle. Laut diesem Schreiben ist ein "*Verzicht auf diese spezielle Expertise ein ökonomischer Verlust*" und "*sollte die Gefahr, dass Aufgabenstellungen des AMS künftig nicht optimal bewältigt werden können und damit das in jahrelanger Arbeit aufgebaute positive Image des AMS mit einem Schlag zunichte gemacht wird, ernst genommen werden*".

Dem genannten Schreiben lag weiter eine "Information" bei, für die laut Kopfzeile ebenfalls die "*B*** - a A*** company*" verantwortlich zeichnet, in der insbesondere die Risiken der "*sehr kurz angesetzt[en]*" Transitionsphase, die "*ernsthaft in Frage zu stellen*" sei sowie die Stärken des Mitgliedes der Bietergemeinschaft B*** ausgeführt werden.

Punkt 1.1 der Ausschreibungsunterlagen für das Last and Best Offer vom 30.3.2010 legt unter anderem fest, dass eine direkte Kontaktaufnahme mit den Mitgliedern des Verwaltungsrates nicht gestattet ist und zum Ausschluss des Bieters aus dem Vergabeverfahren führen kann.

Sinn und Zweck dieser Bestimmung in den Ausschreibungsbedingungen ist es insbesondere, Beeinflussungsversuche von Bietern auf die Willensbildung beim Auftraggeber von vornherein auszuschließen. Beim vorliegenden Schreiben handelt es sich um den Versuch, S*** von der Vorteilhaftigkeit einer Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft A*** / B*** zu überzeugen und ihn dazu zu bewegen, innerhalb des AMS eine Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter zu verhindern. Dies ergibt sich insbesondere aus den Schilderungen der Risiken der "*sehr kurz angesetzten*" und "*in Frage zu stellenden*" Transitionsphase, die - ausgenommen die Bietergemeinschaft A*** / B*** - alle anderen Bieter im Vergabeverfahren betrifft.

Aufgrund der Verpflichtung des Auftraggebers zur sachgerechten Ausübung seines gebundenen Ermessens war das Last and Best Offer der Bietergemeinschaft A*** (vormals samt Betriebsteil "N****") / B*** wegen des Verstoßes gegen Punkt 1.1 der Ausschreibungsunterlagen sowie gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden.

[...]

2.b Mit E-Mail vom 6.12.2010 hat die Bietergemeinschaft mitgeteilt, dass E*** mit 1.1.2011 nicht mehr zur Verfügung stehen wird und F*** als Ersatzschlüsselperson für den Bereich D.3 Projektmanagement sowie den Transitionsmanager namhaft gemacht.

Mittels Schreiben vom 21.12.2010 hat die vergebende Stelle darauf hingewiesen, dass für die Schlüsselperson im Bereich D.3 Projektmanagement gemäß Punkt D.3.5 der Leistungsbeschreibung Last and Best Offer der Nachweis zu erbringen ist, dass diese "*über die notwendigen Zertifizierungen für Projektmanagement (PMI, IPMA bzw. gleichwertig)*" verfügt und dass für F*** keine derartige Zertifizierung und auch nicht die Gleichwertigkeit der vorgelegten Zertifizierung (A*** - Project Director vom 27.4.2004) nachgewiesen wurde. Als Frist für den Nachweis wurde von der vergebenden Stelle der 30.12.2010 gesetzt.

Mit E-Mail vom 29.12.2010 hat die Bietergemeinschaft zum Nachweis der Gleichwertigkeit der vorgelegten Zertifizierung eine Bestätigung der AK*** vorgelegt.

Auf dieses Schreiben hat die vergebende Stelle nach entsprechender Prüfung mit Fax vom 17.1.2011 reagiert und um Beantwortung einiger, im Hinblick auf die Gleichwertigkeit der Zertifizierung nicht beantworteter Fragen ersucht.

Die Bietergemeinschaft hat zur Beantwortung dieser Fragen eine Erklärung von AL*** (AN***) vom 26.1.2011 nachgereicht.

Gemäß Punkt D.3.5 der Leistungsbeschreibung Last and Best Offer ist für die Schlüsselperson im Bereich D.3 Projektmanagement der Nachweis zu erbringen, dass diese "*über die notwendigen Zertifizierungen für Projektmanagement (PMI, IPMA bzw. gleichwertig)*" verfügt. Nach Punkt F.12 der Leistungsbeschreibung ist auch beim Transitionsmanager "*eine Zertifizierung nach PMI/IPMA (zumindest Level C) oder gleichwertig*" Voraussetzung.

Die von der Bietergemeinschaft nachgereichte Erklärung von AL*** vom 26.1.2011 wurde im Hinblick auf die Gleichwertigkeit der vorgelegten Zertifizierung geprüft. Die Gleichwertigkeit der vorgelegten Zertifizierung ist aus folgenden Gründen nicht gegeben:

- Die Frage 1 aus dem Fax vom 17.1.2011 wurde nicht beantwortet, da nicht darauf eingegangen wurde, ob die im Schreiben der AK*** getroffenen Aussagen bereits zum Zeitpunkt der Ausstellung des Assessment-Dokuments (2004) gültig waren oder nur aktuell gelten.
- Bei den Zertifizierungen nach IPMA und PMI sind in einem Zeitrahmen von drei bis fünf Jahren Rezertifizierungen vorgesehen, bei denen Nachweise von Projektleitungen und Weiterbildungen zu erbringen sind. Derartige Rezertifizierungen sind laut der Antwort auf die Frage 3 bei PM@A*** nicht vorgesehen. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Zertifizierung von F*** aus dem Jahre 2004 stammt und auch die angeführten Aus- und Weiterbildungen nicht unmittelbar Projektmanagementthemen betreffen, ist die vorgelegte Zertifizierung infolge der nicht erfolgten Rezertifizierung als nicht gleichwertig mit IPMA bzw. PMI zu qualifizieren.

Die Bietergemeinschaft konnte daher trotz zweimaliger Nachfrage nicht nachweisen, dass sie über eine den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Schlüsselperson für den Bereich D.3 Projektmanagement sowie den Transitionsmanager verfügt. Somit ist die technische Leistungsfähigkeit der Bietergemeinschaft nicht mehr gegeben.

Das Last and Best Offer der Bietergemeinschaft A*** (vormals samt Betriebsteil "N****") / B*** war daher auch gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuscheiden.

3. Die Bietergemeinschaft hat die vergebende Stelle mit E-Mails vom 31.1.2011 und 1.2.2011 von der Eintragung der Abspaltung des Bereiches N*** von der A*** in das

Firmenbuch informiert und (auch per Post) Unterstützungserklärungen der neu gegründeten H*** übermittelt.

Die Eignung muss im Verhandlungsverfahren nach § 69 Z 3 BVergG grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen und darf in der Folge nicht mehr verloren gehen.

Mit Eintragung der Abspaltung ist die der gesamte Geschäftseinheit der A***, welche der Bietergemeinschaft die technische Leistungsfähigkeit vermittelt hat, ex lege im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 14 Abs 2 SpaltG auf die H*** übergegangen. Die A*** - und damit die Bietergemeinschaft insgesamt - hat damit die Eignung zur Vertragserfüllung verloren. Die H***, welche über die erforderliche Sach- und Personalausstattung verfügt, ist nicht Mitglied der Bietergemeinschaft.

Die vorgelegten Unterstützungserklärungen der H*** sind nicht geeignet, die fehlende Eignung der Bietergemeinschaft zu substituieren, da der relevante Stichtag, zu dem die Leistungsfähigkeit jedenfalls vorliegen muss, nach den Ausschreibungsunterlagen das Ende der Angebotsfrist für das Last and Best Offer war. Zu diesem Zeitpunkt hätte die Bietergemeinschaft dem Auftraggeber eine vergaberechtskonforme Lösung für die Kompensation des spaltungsrechtlich bedingten Wegfalles der Leistungsfähigkeit bieten müssen. Das hat die Bietergemeinschaft nicht getan, zumal die vorgeschlagene Lösung eines Beitritts der H*** zur Bietergemeinschaft eine vergaberechtlich unzulässige Änderung der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft bedeutet hätte.

Die Bietergemeinschaft hätte mit dem Angebot eine verbindliche Erklärung des Mutterunternehmens der zu gründenden Gesellschaft, also der K***, vorlegen müssen, dass diese dafür Sorge tragen wird, dass die A*** bzw. die Bietergemeinschaft von der H*** technisch so ausgestattet werden wird, dass sie vertragsgemäß leisten kann. Eine solche Unterstützungszusage hätte die K*** auch über das Weisungsrecht der Generalversammlung gemäß § 20 BVergG nach Errichtung der H*** umsetzen können.

Zum relevanten Zeitpunkt der Abgabe des Last and Best Offers war der Bietergemeinschaft erkennbar, dass sie die Eignung durch die geplante Spaltung verlieren wird. Sie wäre daher verpflichtet gewesen, bereits mit dem Last and Best Offer eine entsprechende Unterstützungserklärung der K*** vorzulegen. Die nunmehr vorgelegten Unterstützungserklärungen der neu gegründeten H*** sind verspätet.

Das Last and Best Offer der Bietergemeinschaft A*** (vormals samt Betriebsteil "N***") / B*** war daher auch aus diesem Grund gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuscheiden.

Der vorliegende Antrag ist **rechtlich** wie folgt zu beurteilen:

I. Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit BGBl I Nr. 15/2010, kundgemacht am 4.3.2010, (BVergG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag (§ 345 Abs 14 Z 1 BVergG), somit am 5.3.2010, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 14 Z 2 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 15/2010 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Verhandlungsverfahrens - das gegenständliche Verhandlungsverfahren wurde im Dezember 2008 eingeleitet - die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 8.4.2011 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVergG) anzuwenden (vgl. BVA 28.7.2010, N/0051-BVA/10/2010-37; 9.7.2010, N/0043-BVA/04/2010-35 u.a.).

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist das Arbeitsmarktservice Österreich (AMS). Dieses ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den maßgeblichen Schwellenwert um ein vielfaches, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß § 12 Abs 1 Z 2 BVergG handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antrag den formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG genügt. Ein Grund für die Unzulässigkeit nach § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor.

Gemäß § 324 Abs 2 BVergG sind Parteien des Nachprüfungsverfahrens ferner jene Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (Antragsgegner). Die erläuternden Bemerkungen weisen darauf hin, dass in jenen Fällen, in denen ein Bieter sein Ausscheiden anfecht, auch die Mitbieter Parteistellung haben, weil sie durch die Nichtigklärung des Ausscheidens einen Nachteil erleiden können (RV 1171 BlgNR 22. GP 140).

Dieser - den Mitbietern I*** sowie D*** drohende - Nachteil ist gegenständlich schon deshalb evident, weil durch eine allfällige Nichtigerklärung der Ausscheidenentscheidung durch das BVA sich das Vergabeverfahren wiederum im Stand vor der Entscheidung des 31. März 2011 befinden würde und somit das Angebot der Antragstellerin als in die Reihe der für eine Zuschlagsentscheidung in Betracht kommendes heranzuziehen wäre. Zum Vorbringen der Antragstellerin, wonach weder die D***, noch I*** unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein könnten, da die Angebote der beiden Unternehmen auszuschneiden seien, ist festzuhalten, dass das BVA im Rahmen der Prüfung der Parteistellung iSd § 324 Abs 2 BVergG nicht zur vorfragenweisen Annahme von Ausscheidenstatbeständen befugt ist. Dies ergibt sich schon aufgrund des Wortlautes der Bestimmung (vgl. den Konjunktiv "können"), wonach bereits die Möglichkeit einer nachteiligen Betroffenheit für die Bejahung der Parteistellung iSd § 324 Abs 2 BVergG ausreicht. Weitergehende Prüfschritte (gleichsam "anstelle des Auftraggebers") hat das BVA nicht mehr vorzunehmen. Zu § 105 Abs 6 BVergG, wonach Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten sind, ist festzuhalten, dass dieser Bestimmung bereits aufgrund der im gegenständlichen Vergabeverfahren getroffenen Zuschlagsentscheidung vom 4. August 2010 und den anschließenden Nachprüfungsverfahren N/0069-BVA/04/2010 und N/0070-BVA/04/2010 keine Relevanz mehr zukommt; § 105 Abs 6 BVergG ist somit obsolet geworden.

III. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Zu Spruchpunkt I

1. Zum Vorbringen der Antragstellerin bezüglich konkludente Zurückziehung der Ausscheidenentscheidung:

Gemäß § 131 Abs 1 BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Die erläuternden Bemerkungen 2009 weisen darauf hin, dass ein Bieter

dann als im Vergabeverfahren verblieben gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw. das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist. Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann (RV 327 BlgNR 24. GP 24 unter Bezugnahme auf RV 1171 BlgNR 22. GP 140). Durch das seitens der Antragstellerin anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren ist das Ausscheiden der Antragstellerin somit noch nicht bestandsfest geworden; demzufolge galt die Antragstellerin während des anhängigen Nachprüfungsverfahrens als im Vergabeverfahren "verbliebene" Bieterin. Das Ersuchen des Auftraggebers vom 13. April 2011 um Verlängerung der Bindung an das Letztangebot der Antragstellerin geschah somit (offenkundig als Vorsichtsmaßnahme) in Folge des Einspruches der Antragstellerin beim BVA. Eine (konkludente) Zurückziehung der Entscheidung des Auftraggebers vom 31. März 2011 kann darin keinesfalls erkannt werden, zumal der Auftraggeber in der Stellungnahme vom 18. April 2011 ausdrücklich an seinem bisherigen Rechtsstandpunkt festhielt und demzufolge den Antrag auf Abweisung des verfahrenseinleitenden Antrages der Antragstellerin stellte.

2. Zum Vorbringen der Antragstellerin bezüglich Feststellung des Nichtvorliegens von Ausscheidensgründen durch das BVA:

Soweit die Antragstellerin vermeint, aus dem Ersatz der Pauschalgebühren im Verfahren N/0070-BVA/04/2010 zu erkennen, dass das BVA das Nichtvorliegen der Ausscheidenstatbestände bereits festgestellt habe, verkennt sie zunächst die unterschiedlichen Anfechtungsgegenstände im Verfahren N/0070-BVA/04/2010 und dem gegenständlich zu beurteilenden. Während im Nachprüfungsverfahren N/0070-BVA/04/2010 die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 4. August 2010 von der (damals noch nicht ausgeschiedenen) Antragstellerin bekämpft worden ist, wurde mit dem vorliegenden Antrag das eigene Ausscheiden der Antragstellerin zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens gemacht. Das BVA setzte sich im Vorverfahren N/0069-BVA/04/2010 und N/0070-BVA/04/2010 zudem ausschließlich mit der Antragslegitimation der (damaligen) Erstantragstellerin D*** auseinander und kam zum Ergebnis, dass kein (offenkundiger) Ausscheidenstatbestand vorgelegen

ist. Die Stattgebung des Antrages auf Kostenersatz der bezahlten Pauschalgebühr durch den Auftraggeber geschah infolge der bereits getroffenen Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im Verfahren N/0069-BVA/04/2010. Da die Antragstellerin dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung (in concreto: die Zuschlagsentscheidung vom 4. August 2010) wie die (damalige) Erstantragstellerin bekämpfte, war sie als inhaltliche obsiegend zu bezeichnen und demzufolge dem Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren stattzugeben.

3. Zum Vorbringen der Antragstellerin bezüglich mangelhafte Begründung bzw. mangelnde Nachvollziehbarkeit der Ausscheidensentscheidung:

Gemäß § 129 Abs 3 BVergG hat der Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen. Zunächst ist festzuhalten, dass die Begründung über das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin im Schreiben des Auftraggebers vom 31. März 2011 jedenfalls den Anforderungen des § 129 Abs 3 BVergG genügt. Überdies kann weder eine mangelnde Nachvollziehbarkeit, noch das Fehlen eines kontradiktorischen Verfahrens erkannt werden. Aus dem Vergabeakt sind die einzelnen Schritte des Auftraggebers, die zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin geführt haben und im Übrigen auch ein kontradiktorisches Verfahren beinhaltet haben, plausibel und nachvollziehbar dargestellt (vgl. insbesondere die Vielzahl der Aufklärungsersuchen im Hinblick auf die ersatzweise zu namhaft machende Schlüsselperson in Beilage 106). Bezüglich des Ausscheidenstatbestandes der Umstrukturierung ist ebenfalls eine umfassende Korrespondenz zwischen Auftraggeber und Antragstellerin dokumentiert. Die Nichtigerklärung allein aufgrund des Umstandes einer mangelhaften Begründung bzw. einer nicht nachvollziehbaren Dokumentation kommt daher für das BVA nicht in Betracht.

4. Zu den einzelnen Ausscheidenstatbeständen:

a) Kontaktaufnahme mit dem Verwaltungsrat:

Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung den Ausschreibungsbedingungen widersprechende Angebote auszuscheiden.

Soweit die Antragstellerin vermeint, der Auftraggeber habe durch sein Schreiben vom 4. Oktober 2010, wonach die Antragstellerin "im Wiederholungsfall ausgeschieden wird", bestandskräftig auf die Kann-Bestimmung der Ausschreibung verzichtet, verkennt sie, dass im Telefax des Auftraggebers vom 4. Oktober 2010 ausdrücklich nicht auf das Schreiben des Betriebsrates der Antragstellerin vom 17. September 2010 Bezug genommen wurde, sondern sich dieses "nur" auf die Kontaktaufnahme des Betriebsrates mit den Regionalgeschäftsstellen des Auftraggebers stützte. Vom Schreiben des Betriebsrates an den Verwaltungsrat S*** hat der Auftraggeber erst am 7. Oktober 2010 Kenntnis erhalten, wie dieser glaubhaft durch Vorlage einer entsprechenden E-Mail in der mündlichen Verhandlung dokumentieren konnte (vgl. Verhandlungsschrift vom 21. Juni 2011). Der Senat sieht keinen Grund, die Aussagen des Vertreters des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung in Zweifel zu ziehen. Hätte der Auftraggeber bereits im Zeitpunkt der Verfassung der Telefaxmitteilung an die Antragstellerin (4. Oktober 2010) vom Schreiben an das BMF, zu Handen des Verwaltungsrates, Kenntnis gehabt, so hätte er entweder im Schreiben ausdrücklich darauf Bezug genommen, oder das Schreiben vom 4. Oktober 2010 gar nicht verfasst, da bereits - jedenfalls nach Rechtsauffassung des Auftraggebers - der Ausscheidenstatbestand im Hinblick auf Punkt 1.1 der Ausschreibung erfüllt wäre. Zudem verkennt die Antragstellerin, dass das BVA Ausscheidenstatbestände aufgrund der objektiven Sach- und Rechtslage wahrzunehmen hat. Ein (tatsächlich nicht vorliegender) "Verzicht" des Auftraggebers im Schreiben vom 4. Oktober 2010 hätte am objektiven Bestehen des Ausscheidenstatbestandes - wie im Folgenden dargelegt wird - nichts geändert.

Das Schreiben des Betriebsrates vom 17. September 2010 an S*** erfüllt jedenfalls den Wortlaut des Punktes 1.1 der Bestimmung im Last and Best Offer, wonach eine "direkte" Kontaktaufnahme zu den mit der operativen Projektdurchführung beauftragten Unternehmen, den Mitgliedern des Verwaltungsrates, den Mitgliedern der Bewertungskommission bzw. zu den beigezogenen Experten des IT-

Ausschusses zum gegenständlichen Vorhaben nicht gestattet ist; S*** ist Mitglied des AMS-Verwaltungsrates. Der Inhalt des Schreibens samt der beiliegenden Informationen ist gleichsam als "Warnung" an den Auftraggeber zu verstehen, welches Szenario - nach Ansicht der B*** - eintreten würde, würde die (damalige) präsumtive Zuschlagsempfängerin ihre Leistung ohne die Mitarbeiter der B*** anbieten. Damit ist aber der Tatbestand einer unzulässigen Beeinflussung des Verwaltungsrates, den Punkt 1.1 der LBO offenkundig ausschließen wollte, erfüllt.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, wonach dieses Schreiben ihr nicht zuzurechnen sei, da es vom Betriebsrat verfasst worden sei und das Arbeitsverfassungsgesetz von einem grundsätzlichen Interessensgegensatz zwischen Betriebsrat und Unternehmen ausgehe, ist zunächst auf das Logo des Schreibens hinzuweisen, das sichtbar den Firmenstempel der B*** enthält. Soweit R*** auf § 38 ArbVG hinweist, wonach die Organe der Arbeitnehmerschaft die Aufgabe haben, die wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen und kulturellen Interessen der Arbeitnehmer im Betrieb wahrzunehmen und zu fördern, kann nach Ansicht des BVA das einschlägige Schreiben vom 17. September 2010 nicht darunter subsumiert werden. Dies ergibt sich schon daraus, dass jene Aufgabe, die zu den elementarsten eines Betriebsrates iSd § 38 ArbVG zählen sollte, nämlich die nach der Arbeitsplatzsicherung, im Schreiben vom 17. September 2010 eine fast untergeordnete Rolle einnimmt. Im Vordergrund steht das Interesse des B*** am "optimalen Funktionieren" des AMS bzw. am "Erhalt der B***-Expertise für das AMS".

Wenn die Antragstellerin ferner daraufhin weist, dass der Betriebsrat (grundsätzlich) in einem Interessensgegensatz zum Unternehmen stünde, so erscheint diese Sichtweise gerade für das in concreto zu behandelnde Szenario nicht überzeugend. Der Interventionsversuch des Betriebsrates hatte den alleinigen Zweck, den Auftraggeber davon zu überzeugen, dass eine Vertragserfüllung ohne Einbindung der B***-Mitarbeiter für diesen von Nachteil wäre. Das Interesse der B*** als Mitglied der antragstellenden Bietergemeinschaft ist es, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erhalten, womit aber evident wird, dass die Intervention des Betriebsrates nicht im Gegensatz zum Interesse des Unternehmens B*** stehen konnte.

Im Übrigen erscheint auch das Vorbringen der Antragstellerin in sich widersprüchlich, wenn sie unter Rz 3.2.4. ihres verfahrenseinleitenden Schriftsatzes vom 8. April 2011 einerseits ausführt, dass die Mitglieder des Betriebsrates "*ihre Aufgaben absolut weisungsfrei wahr nehmen und in keinster Weise der Antragstellerin zuzuordnen*" seien, andererseits den Betriebsrat der B*** angewiesen hat, "*solche Vorgehensweisen in Zukunft zu unterlassen*" bzw. dieser darauf hingewiesen worden ist, dass "*jegliche Kontaktaufnahme mit Dritten nunmehr ausschließlich nach Abstimmung der Geschäftsführung zu erfolgen hat*" (vgl. Rz 1.11. und 1.12. des Schriftsatzes vom 8. April 2011).

Schließlich ist auf den Umstand hinzuweisen, dass alleine die B*** dienst- und arbeitsrechtlich über die Mitarbeiter der B*** verfügen kann; eine Übertragung der Mitarbeiter der B*** ist nicht Teil des Ausschreibungsverfahrens. Eine solche würde die wirtschaftlichen Bedingungen der Ausschreibung jedenfalls verändern und der B*** einen Vorteil verschaffen.

Aufgrund obiger Erwägungen ist das Schreiben des Betriebsrates vom 17. September 2010 der Antragstellerin zuzurechnen und unter die Bestimmung des Punktes 1.1 der LBO zu subsumieren. Die Kann-Bestimmung räumt dem Auftraggeber ein Ermessen ein, welches dieser iSd § 19 Abs 1 BVergG auszuüben hat. Da der Inhalt des Schreibens - wie ausgeführt - als unzulässiger Interventionsversuch zu qualifizieren ist, hat der Auftraggeber sein Ermessen iSd § 19 Abs 1 BVergG nicht überschritten und das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden, wobei auch der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 1 Z 7 BVergG richtig bezeichnet worden ist, da es sich um einen Verstoß gegen die (bestandfeste) Ausschreibungsbestimmung handelt.

b) Austausch der Schlüsselperson:

Gemäß § 129 Abs 2 BVergG kann der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen

haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt.

Einleitend ist festzuhalten, dass - entgegen der Rechtsmeinung der Antragstellerin - der Austausch der Schlüsselperson seitens des Auftraggebers nicht "spätestens seit 29. Dezember 2010 als genehmigt gilt". Entgegen der Darstellung der Antragstellerin hat der Auftraggeber mit Schreiben vom 21. Dezember 2010 auf die Nachfristsetzung der Antragstellerin (indirekt) reagiert und diese darauf hingewiesen, dass für die nachnominierte Schlüsselperson F*** keine Zertifizierung nach PMI oder IPMA erbracht bzw. die Gleichwertigkeit der vorgelegten Zertifizierung (A*** - Projekt Director vom 27.4.2004) nicht nachgewiesen worden ist. Bereits aus dieser Stellungnahme ist (konkluent) zu schließen, dass der Auftraggeber dem Austausch nicht zugestimmt hat.

Soweit die Antragstellerin auf Punkt 4.3.2 des Teilnahmeantrages hinweist und vermeint, dass diese Festlegung hervor streicht, dass die von den Bietern genannten Personen spätestens zum Zeitpunkt der Auftragserteilung zur Verfügung stehen müssten, gibt sie die Bestimmung in Punkt 4.3.2 lediglich verkürzt wieder. Im letzten Satz heißt es nämlich, dass "*die benannten Mitarbeiter in den Schlüsselrollen spätestens zur ersten Verhandlungsrunde verfügbar sein müssen*". Losgelöst von der Frage nach der Interpretation des Punktes 4.3.2 des Teilnahmeantrages, wird von der Antragstellerin überdies verkannt, dass die letztgültigen Festlegungen des Auftraggebers zu Schlüsselpersonal bzw. Transitionsmanager in der Leistungsbeschreibung vom 30. März 2010 geregelt sind und insoweit den Bestimmungen im Teilnahmeantrag vorgehen. Gemäß D.3.5, Qualitätsstandard der Leistungserbringung, "*hat der AN auf jederzeitiges Verlangen des AG nachzuweisen, dass er und seine Mitarbeiter über die notwendigen Zertifizierungen für Projektmanagement (PMI, IPMA, bzw. gleichwertig) und Erfahrung in deren Anwendung verfügen*". Gemäß der Bestimmung F.1.2, Projektdarstellung, "*hat der Auftragnehmer einen geeigneten Transitionsmanager (Leitung des Transitionsprojekts) zu nominieren*". Für diesen ist eine "*Zertifizierung nach PMI IPMA (zumindest Level C) oder gleichwertig Voraussetzung*".

Gemäß § 69 Z 3 BVergG muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Daraus folgt, dass die Antragstellerin jedenfalls ab diesem Zeitpunkt einen geeigneten Transitionsmanager namhaft zu machen gehabt hätte. Da der ursprünglich benannte E*** jedenfalls seit 1. Jänner 2011 nicht mehr zur Verfügung steht, wurde als Ersatz für diesen F*** nominiert. Im Gegensatz zu E*** konnte dieser nicht die Zertifizierung nach PMI IPMA nachweisen, sondern legte dem Auftraggeber ein Project Management Assessment Interview mit Datum 27. April 2004 vor. Im Rahmen der Prüfung, ob diese Zertifizierung als "gleichwertig" mit jener nach PMI IPMA einzustufen ist, forderte der Auftraggeber am 17. Jänner 2011 die Antragstellerin zur Beantwortung von Fragen auf, insbesondere, ob die Bestätigung aus dem Jahr 2004 für den aktuellen Zeitpunkt noch Gültigkeit hat. AL*** hat (im Namen der Antragstellerin) diesen Teil der Frage nicht beantwortet. Zur Anfrage 3 hielt AL*** ausdrücklich fest, dass die PM@A*** von einer "verpflichtenden formellen Rezertifizierung Abstand genommen" hat.

Der Auftraggeber konnte plausibel darlegen, dass die Zertifizierung nach IPMA einen verpflichtenden Re-Zertifizierungszeitraum von 5 Jahren vorsieht. Dieser Umstand wurde überdies auch von der Antragstellerin nicht releviert. Der zu nominierende Transitionsmanager sollte nach den Festlegungen im LBO grundsätzlich eine Zertifizierung nach PMI oder IPMA vorweisen können, jedenfalls aber eine "gleichwertige". Aufgrund der Bestimmungen im LBO sowie der Ausführungen des Auftraggebers (insbesondere auch in der mündlichen Verhandlung) ergibt sich, dass die Festlegung "gleichwertig" dahingehend auszulegen ist, dass sich aus der vorzulegenden Zertifizierung unzweifelhaft ergeben muss, dass diese für den aktuellen Zeitpunkt Gültigkeit besitzt, was - insbesondere im Falle eines Zertifikats aus dem Jahre 2004 - auch eine verpflichtende Rezertifizierung miteinschließt. Eine solche konnte jedoch die Antragstellerin für die nachnominierte Schlüsselperson, F***, nicht vorlegen. Dem Aufklärungsersuchen des Auftraggebers vom 17. Jänner 2011 wurde somit nicht entsprochen, womit aber der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 2 BVergG verwirklicht worden ist. Die Ausscheidung des Angebotes erfolgte somit auch aus diesem Grunde zu Recht. Auf den (seitens des Auftraggebers

zusätzlich behaupteten) Ausschlussgrund des § 68 Abs 1 Z 7 BVergG ist demnach nicht mehr einzugehen.

c) Zur Umstrukturierung:

Gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, auszuscheiden.

Soweit die Antragstellerin (zuletzt in der mündlichen Verhandlung) vermeint, dass durch die am 1. Februar 2011 durchgeführte Abspaltung die Eignung der Antragstellerin nicht berührt sei, so stehen diese Ausführungen im eklatanten Widerspruch zu ihrem bisherigen Verhalten (beginnend mit dem Schreiben an den Auftraggeber vom 28. April 2010) sowie dem Auftragsgutachten von L^{***}/M^{***}, welchem die Annahme zu Grunde gelegt wurde, dass mit dem Carve out des N^{***}-Teilbetriebs konkret jene Unternehmungseinheit, welche im Vergabeverfahren für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der A^{***} maßgeblich verantwortlich zeichnete, in die H^{***} abgespalten wurde. Dieser Umstand könne für die Eignung der A^{***} und insgesamt der Bietergemeinschaft A^{***}/B^{***} entscheidende Konsequenzen in dem Sinne entfalten, als eine zuvor bestehende technische Eignung der Bietergemeinschaft durch diese Verschiebung in der rechtlichen Zuordnung der notwendigen Ressourcen nachträglich beeinträchtigt werden könnte. Dieser Umstand sei ersichtlich auch der Bietergemeinschaft A^{***}/B^{***} bewusst gewesen, wenn sie den im Zuge der Abspaltung und Neugründung der H^{***} erstellten Verfügbarkeitsserklärungen die Bemerkung beifügte, dass diese "zum Nachweis der nach wie vor aufrechten Leistungsfähigkeit der Bietergemeinschaft" dienten.

Daraus folgt: Wäre durch die Abspaltung die Eignung der Antragstellerin nicht berührt, so hätte für diese kein Anlass bestanden, dem Auftraggeber zunächst den Beitritt der neu gegründeten H^{***} vorzuschlagen (zuletzt im Schreiben vom 29. Dezember 2010) bzw. schließlich die Erklärungen der H^{***} vom 31. Jänner bzw. 1. Februar 2011 vorzulegen. Vorrangiges Ziel der Antragstellerin war somit der Beitritt

der neu gegründete H*** zur antragstellenden Bietergemeinschaft. Aufgrund der (bestandkräftigen) Festlegungen in Punkt 1.10 der LBO, wonach Bietergemeinschaften bzw. Arbeitsgemeinschaften nur in jener Zusammensetzung Angebote einreichen können, in der sie zur Angebotsabgabe eingeladen wurden, konnte der Auftraggeber dieser präferierten Lösung der Antragstellerin aber seine Zustimmung nicht erteilen.

Gemäß § 69 Z 3 BVergG muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Gemäß § 76 BVergG kann sich ein Unternehmer zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesem Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Zwar enthält der Einleitungssatz des § 69 BVergG keine Verpflichtung des Auftraggebers zu einer ständigen Überprüfung, ob nach dem in den Z 1 bis 8 genannten Zeitpunkten die Eignung seitens des Unternehmers noch vorliegt oder nicht. Sofern jedoch konkrete Anhaltspunkte für den Verlust eines Eignungselementes bestehen, ist der Auftraggeber gehalten, das Bestehen der Eignung zu verifizieren (RV 1171 BlgNR 22. GP 61). Aufgrund der in Aussicht genommenen (bzw. schließlich am 1. Februar 2011 verwirklichten) Abspaltung der N*** von der A*** bestand für den Auftraggeber jedenfalls ein konkreter Anlass zur nochmaligen Überprüfung der Eignung der Antragstellerin, in concreto der technischen Leistungsfähigkeit, zumal bei einem Großteil der Unternehmensreferenzen die A*** gemeinsam mit der N*** als Auftragnehmer benannt wurde (vgl. Teilnahmeantrag, Beilage /5-1, Referenzprojekt Nummer 2 und 3; Beilage /5-2, Referenzprojekt Nummer 2; Beilage /5-3, Referenzprojekt Nummer 2; Beilage /5-4, Referenzprojekt Nummer 2; Beilage /5-5, Referenzprojekt Nummer 2, 3, 4 und 5; Beilage /5-6, Referenzprojekt Nummer 2; Beilage /5-7, Referenzprojekt

Nummer 2 und 4). Zudem hat die N*** Services (gemeinsam mit A***) die Erklärung abgegeben, folgende Leistungsteile zu erbringen:

- Entwicklung von Anwendungen
- Wartung von Anwendungen
- Bereitstellung & Betriebsführung Rechenzentrum
- Bereitstellung & Betriebsführung Netzwerk, inkl. Telekommunikation
- Arbeitsplatzausstattung und -betreuung

N*** hat sich somit verpflichtet, die in der Beilage /12 ("Erklärung einer Bewerbergemeinschaft") aufgezählten Leistungsteile im Auftragsfall zu erbringen. Da dieser Teilbereich jedoch seit 1. Februar 2011 nicht mehr existiert, kann demzufolge auch die Leistungserfüllung nicht mehr gewährleistet werden. Ein Austausch dahingehend, dass anstelle der N*** nunmehr die H*** diese Leistungsteile erfüllen wird, kommt aber nach Abgabe des LBO nicht mehr in Betracht, da nach § 69 Z 3 BVergG die Eignung spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung der Angebotsabgabe vorliegen muss.

Hinzu kommt, dass einem Auftraggeber der Umstand schwer zumutbar erscheint, mit einem Bieter zu kontrahieren, der im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung (mit an ziemlich Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit) einen neuen Eigentümer (= Q***) haben wird (vgl. diesbezüglich die Homepage der H***, wonach die Transaktion mit Q*** im Juli 2011 abgeschlossen sein soll), der zudem aus den Erklärungen der H*** vom 31. Jänner bzw. 1. Februar 2011 nicht verpflichtet werden kann. In diesem Zusammenhang ist auf § 19 Abs 1 BVergG hinzuweisen, wonach die "Vergabe" (das heißt der "Zuschlag") nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen hat. Durch diese Formulierung wird nochmals die besondere Relevanz, die das BVergG 2006 der Eignung einräumt, hervorgehoben. Schon daraus ist ersichtlich, dass die Eignung, die gemäß § 69 BVergG zu einem bestimmten Zeitpunkt vorzuliegen hat, nicht mehr verloren gehen darf und selbstverständlich auch zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung gegeben sein muss. Nach der Rechtsprechung der VwGH kann ein Bieter, der zum Zeitpunkt des Beginns der Leistungserbringung nicht über die erforderliche Leistungsfähigkeit verfügen wird, nicht als geeignet angesehen werden (VwGH 9.10.2002, 2000/04/0037, abgedruckt in *Gast in Gast* [Hrsg.], BVergG-Leitsatzkommentar, E 2.

zu § 69). Der nachträgliche Wegfall eines Eignungskriteriums ist somit in jedem Stadium des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen und ein Bieter infolge dessen auszuscheiden. Ansonsten müsste der öffentliche Auftraggeber einem Bieter den Zuschlag erteilen, der die erforderliche Eignung nicht mehr besitzt und unter Umständen die geforderte Leistung nicht mehr erbringen darf (*Gast in Gast BVergG-Leitsatzkommentar*, E 4. zu § 69).

Gegenständlich hat die Antragstellerin durch die Abspaltung ihres Teilbetriebes N*** ihre technische Leistungsfähigkeit nachträglich verloren. Die Erklärungen vom 31. Jänner bzw. 1. Februar 2011 vermögen diesen Umstand nicht mehr zu ändern, da allfällige Erklärungen von verbundenen Unternehmen oder Subunternehmern iSd § 76 BVergG zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gemäß § 69 Z 3 BVergG spätestens im Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe (in concreto: 11. Mai 2010) vorliegen hätten müssen. Nach ständiger Rechtsprechung stellt die fehlende Bekanntgabe von erforderlichen Subunternehmern einen unbehebbarer Mangel dar, da ein "Nachnominieren" eines Subunternehmers die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessern würde. Eine nachträgliche Bekanntgabe von erforderlichen Subunternehmern ist daher unzulässig (siehe dazu *Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht*³ [2010] Rz 1181). Auch der dritte Ausscheidenstatbestand iSv § 129 Abs 1 Z 2 BVergG ist somit erfüllt. Das Angebot der Antragstellerin wurde daher zu Recht ausgeschieden.

Zu Spruchpunkt II

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Infolge Abweisung des Nachprüfungsantrages, ist die Antragstellerin nicht obsiegende Partei, womit aber weder ein Ersatz der Gebühren für den Nachprüfungsantrag, noch ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf einstweilige Verfügung besteht (vgl. Abs 2)

Wien, am 6. Juli 2011
Der Vorsitzende des Senates 12

Dr. Michael Etlinger