

TE Bvwg Erkenntnis 2021/2/3 W134 2237368-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.02.2021

Entscheidungsdatum

03.02.2021

Norm

BVergG 2018 §334 Abs2

BVergG 2018 §344 Abs1

BVergG 2018 §346

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2018 § 334 heute

2. BVergG 2018 § 334 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 344 heute

2. BVergG 2018 § 344 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 344 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 346 heute

2. BVergG 2018 § 346 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 346 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. B-VG Art. 133 heute

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. VwGVG § 24 heute

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

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

4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 28 heute

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

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute

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

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

,

W134 2237367-2/21E

W134 2237367-3/3E

W134 2237368-2/22E

W134 2237368-3/3E W134 2237367-2/21E, W134 2237367-3/3E, W134 2237368-2/22E, W134 2237368-3/3E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

1)

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Adriane Kaufmann als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung über die grundlegende Charakterisierung von Abfällen, Verfahrens ID: 43017“ der Auftraggeberin ÖBB Infrastruktur AG, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, aufgrund des Antrages der M XXXX Technische Untersuchungs- und Forschungsanstalt GmbH (Erstantragstellerin), vertreten durch RA M Mag. Dr. Claus C XXXX, vom 30.11.2020 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 22.12.2020 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Adriane Kaufmann als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung über die grundlegende Charakterisierung von Abfällen, Verfahrens ID: 43017“ der Auftraggeberin ÖBB Infrastruktur AG, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, aufgrund des Antrages der M römisch 40 Technische Untersuchungs- und Forschungsanstalt GmbH (Erstantragstellerin), vertreten durch RA M Mag. Dr. Claus C römisch 40, vom 30.11.2020 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 22.12.2020 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge „im Vergabeverfahren ID-Nr.: 43017 „Grundlegende Charakterisierung von Abfällen“ (Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung über das Bestehen des Prüfsystems „Grundlegende Charakterisierung von Abfällen“; Projekt: „Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen über die grundlegende Charakterisierung von Abfällen“) den Ausschluss unseres Unternehmens und das Ausscheiden unserer Angebote vom 19.11.2020 (Beilagenkonvolut ./1-3) in den Losen 1 (Vergabegegenstand Auftragstyp A (Los 1)), 2 (Vergabegegenstand, Auftragstyp B (Los 2)) und 3 (Vergabegegenstand, Auftragstyp C (Los 3)), für nichtig erklären“ wird gemäß § 334 BVergG 2018 abgewiesen. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge „im Vergabeverfahren ID-Nr.: 43017 „Grundlegende Charakterisierung von Abfällen“ (Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung über das Bestehen des Prüfsystems „Grundlegende Charakterisierung von Abfällen“; Projekt: „Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen über die grundlegende Charakterisierung von Abfällen“) den Ausschluss unseres Unternehmens und das Ausscheiden unserer Angebote vom 19.11.2020 (Beilagenkonvolut ./1-3) in den Losen 1 (Vergabegegenstand Auftragstyp A (Los 1)), 2 (Vergabegegenstand, Auftragstyp B (Los 2)) und 3 (Vergabegegenstand, Auftragstyp C (Los 3)), für nichtig erklären“ wird gemäß Paragraph 334, BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

2)

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung über die grundlegende Charakterisierung von Abfällen, Verfahrens ID: 43017“ der Auftraggeberin ÖBB Infrastruktur AG, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, aufgrund des Antrages der M XXXX Technische Untersuchungs- und Forschungsanstalt GmbH, vertreten durch RA MMag. Dr. Claus C XXXX , vom 30.11.2020 folgenden Beschluss:Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung über die grundlegende Charakterisierung von Abfällen, Verfahrens ID: 43017“ der Auftraggeberin ÖBB Infrastruktur AG, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, aufgrund des Antrages der M römisch 40 Technische Untersuchungs- und Forschungsanstalt GmbH, vertreten durch RA MMag. Dr. Claus C römisch 40 , vom 30.11.2020 folgenden Beschluss:

A)

Der Antrag gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin wird gemäß § 341 BVergG 2018 abgewiesen.Der Antrag gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin wird gemäß Paragraph 341, BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

3)

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Adriane Kaufmann als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung über die grundlegende Charakterisierung von Abfällen, Verfahrens ID: 43017“ der Auftraggeberin ÖBB Infrastruktur AG, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, aufgrund des Antrages der G XXXX (Zweitantragstellerin), vertreten durch RA Mag. Wolfgang S XXXX , vom 30.11.2020 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 22.12.2020 zu Recht erkannt:Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Adriane Kaufmann als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung über die grundlegende Charakterisierung von Abfällen, Verfahrens ID: 43017“ der Auftraggeberin ÖBB Infrastruktur AG, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, aufgrund des Antrages der G römisch 40 (Zweitantragstellerin), vertreten durch RA Mag. Wolfgang S römisch 40 , vom 30.11.2020 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 22.12.2020 zu Recht erkannt:

,

A)

Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge „im Vergabeverfahren ID-Nr.:43017 „Grundlegende Charakterisierung von Abfällen“ (Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung über das Bestehen des Prüfsystems „Grundlegende Charakterisierung von Abfällen“; Projekt: „Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen über die grundlegende Charakterisierung von Abfällen“) den Ausschluss unseres Unternehmens und das Ausscheiden unserer Angebote vom 19.11.2020 (Beilagenkonvolut ./1a-c) in den Losen 1 (Vergabegegenstand Auftragstyp A (Los 1“)), 2 (Vergabegegenstand , Auftragstyp B (Los 2“)) und 3 (Vergabegegenstand , Auftragstyp C (Los 3“)), für nichtig erklären“ wird gemäß § 334 BVergG 2018 abgewiesen. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge „im Vergabeverfahren ID-Nr.:43017 „Grundlegende Charakterisierung von Abfällen“ (Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung über das Bestehen des Prüfsystems „Grundlegende Charakterisierung von Abfällen“; Projekt: „Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen über die grundlegende Charakterisierung von Abfällen“) den Ausschluss unseres Unternehmens und das Ausscheiden unserer Angebote vom 19.11.2020 (Beilagenkonvolut ./1a-c) in den Losen 1 (Vergabegegenstand Auftragstyp A (Los 1“)), 2 (Vergabegegenstand , Auftragstyp B (Los 2“)) und 3

(Vergabegegenstand , Auftragstype C (Los 3)“), für nichtig erklären“ wird gemäß Paragraph 334, BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

4)

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung über die grundlegende Charakterisierung von Abfällen, Verfahrens ID: 43017“ der Auftraggeberin ÖBB Infrastruktur AG, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, aufgrund des Antrages der G XXXX , vertreten durch RA Mag. Wolfgang S XXXX , vom 30.11.2020 folgenden Beschluss:Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung über die grundlegende Charakterisierung von Abfällen, Verfahrens ID: 43017“ der Auftraggeberin ÖBB Infrastruktur AG, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, aufgrund des Antrages der G römisch 40 , vertreten durch RA Mag. Wolfgang S römisch 40 , vom 30.11.2020 folgenden Beschluss:

A)

Der Antrag gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin wird gemäß § 341 BVergG 2018 abgewiesen.Der Antrag gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin wird gemäß Paragraph 341, BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

,

,

Text

Entscheidungsgründe:, Entscheidungsgründe:

I. Vorbringen der Parteien:römisch eins. Vorbringen der Parteien:

Mit Schreiben vom 30.11.2020 beehrte die M XXXX Technische Untersuchungs- und Forschungsanstalt GmbH (in der Folge: „Erstantragstellerin“ genannt) die Nichtigklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 19.11.2020, die Erstantragstellerin auszuschließen und ihr Angebot auszuschneiden und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin. Mit Schreiben vom 30.11.2020 beehrte die M römisch 40 Technische Untersuchungs- und Forschungsanstalt GmbH (in der Folge: „Erstantragstellerin“ genannt) die Nichtigklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 19.11.2020, die Erstantragstellerin auszuschließen und ihr Angebot auszuschneiden und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Mit Schreiben vom 30.11.2020 beehrte die G XXXX (in der Folge: „Zweitantragstellerin“ genannt) die Nichtigklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 19.11.2020, die Zweitantragstellerin auszuschließen und ihr Angebot auszuschneiden und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin. Mit Schreiben vom 30.11.2020 beehrte die G römisch 40 (in der Folge: „Zweitantragstellerin“ genannt) die Nichtigklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 19.11.2020, die Zweitantragstellerin auszuschließen und ihr Angebot auszuschneiden und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Erst- und der Zweitantragstellerin im Wesentlichen gleichlautend folgendes ausgeführt:

Die Nachprüfungsanträge würden sich gegen die von der Auftraggeberin am 19.11.2020 im gegenständlichen Vergabeverfahren übermittelte Verständigung vom Ausscheiden der Angebote beider Antragstellerinnen in den Losen

1, 2 und 3 i.V.m. dem Ausschluss im gegenständlichen Vergabeverfahren, welches im Wege eines Verhandlungsverfahrens im Rahmen eines bestehenden aber nicht neuerlich bekannt gemachten Prüfsystems erfolge, richten. Die Auftraggeberin begründe ihre Entscheidung damit, dass es hinreichend plausible Anhaltspunkte für wettbewerbswidrige / wettbewerbsverzerrende Abreden zwischen der Erst- und der Zweitantragstellerin gebe. Die Auftraggeberin behaupte, dass die Antragstellerinnen aufgrund der elektronischen Angebotsabgabe und der Signatur beider Angebote durch DI. W XXXX wechselseitig Kenntnis über den Angebotsinhalt der jeweils Anderen hätten, was nicht der Fall sei. Bei einer formalen Betrachtung sei es zwar richtig, dass aufgrund der elektronischen Angebotsabgabe und Signatur sowohl die Erst- als auch die Zweitantragstellerin wechselseitig Kenntnis von den jeweils anderen Angeboten hatte. Eine materielle Betrachtung ergebe jedoch, dass es zwischen Herrn und Frau W XXXX eine Arbeitsteilung zwischen zwei Geschäftsführern gebe und alles erdenklich Mögliche unternommen worden sei, um den Vorwurf einer Absprache auszuschließen. Weiters begründe die Auftraggeberin ihre Entscheidung damit, dass die Antragstellerinnen aufgrund der Vertretung im Rahmen der Verhandlungsgespräche durch DI. W XXXX wechselseitig Kenntnis über den Angebotsinhalt der jeweils anderen hätten, was nicht der Fall sei. Weshalb die Zweitantragstellerin vom Angebot der Erstantragstellerin Kenntnis haben sollte, nur weil Herr DI. W XXXX an den Verhandlungsgesprächen für beide Antragstellerinnen teilgenommen habe, sei bei einer rein materiellen Betrachtung, nicht ersichtlich. Die Nachprüfungsanträge würden sich gegen die von der Auftraggeberin am 19.11.2020 im gegenständlichen Vergabeverfahren übermittelte Verständigung vom Ausscheiden der Angebote beider Antragstellerinnen in den Losen 1, 2 und 3 in Verbindung mit dem Ausschluss im gegenständlichen Vergabeverfahren, welches im Wege eines Verhandlungsverfahrens im Rahmen eines bestehenden aber nicht neuerlich bekannt gemachten Prüfsystems erfolge, richten. Die Auftraggeberin begründe ihre Entscheidung damit, dass es hinreichend plausible Anhaltspunkte für wettbewerbswidrige / wettbewerbsverzerrende Abreden zwischen der Erst- und der Zweitantragstellerin gebe. Die Auftraggeberin behaupte, dass die Antragstellerinnen aufgrund der elektronischen Angebotsabgabe und der Signatur beider Angebote durch DI. W römisch 40 wechselseitig Kenntnis über den Angebotsinhalt der jeweils Anderen hätten, was nicht der Fall sei. Bei einer formalen Betrachtung sei es zwar richtig, dass aufgrund der elektronischen Angebotsabgabe und Signatur sowohl die Erst- als auch die Zweitantragstellerin wechselseitig Kenntnis von den jeweils anderen Angeboten hatte. Eine materielle Betrachtung ergebe jedoch, dass es zwischen Herrn und Frau W römisch 40 eine Arbeitsteilung zwischen zwei Geschäftsführern gebe und alles erdenklich Mögliche unternommen worden sei, um den Vorwurf einer Absprache auszuschließen. Weiters begründe die Auftraggeberin ihre Entscheidung damit, dass die Antragstellerinnen aufgrund der Vertretung im Rahmen der Verhandlungsgespräche durch DI. W römisch 40 wechselseitig Kenntnis über den Angebotsinhalt der jeweils anderen hätten, was nicht der Fall sei. Weshalb die Zweitantragstellerin vom Angebot der Erstantragstellerin Kenntnis haben sollte, nur weil Herr DI. W römisch 40 an den Verhandlungsgesprächen für beide Antragstellerinnen teilgenommen habe, sei bei einer rein materiellen Betrachtung, nicht ersichtlich.

Die Antragstellerinnen hätten ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihnen ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 10.12.2020 brachte diese vor, dass gemäß dem Firmenbuch die Erstantragstellerin zu 100 % an der Zweitantragstellerin beteiligt sei. Gesellschafter der Erstantragstellerin seien zu je 50 % Frau Ingenieur W XXXX und Herr Diplom-Ingenieur W XXXX . Sowohl Frau Ingenieur W XXXX als auch Herr Diplom-Ingenieur W XXXX seien alleinvertretungsbefugte Geschäftsführer der Erstantragstellerin und auch der Tochtergesellschaft nämlich der Zweitantragstellerin. Beide Antragstellerinnen verfügten über keine weiteren Geschäftsführer oder Prokuristen. Sämtliche Angebote beider Antragstellerinnen seien nur von Herrn Diplom-Ingenieur W XXXX elektronisch signiert worden. An beiden Verhandlungsgesprächen (13.5.2020 und 3.6.2020) habe Herr Diplom-Ingenieur W XXXX als einziger Vertreter für beide Antragstellerinnen teilgenommen. In diesen Verhandlungsrunden habe Herr Diplom-Ingenieur W XXXX sowohl Fragen zur Kalkulation der eingereichten Angebote beider Gesellschaften beantwortet als auch für beide Gesellschaften über die Modifikation der Kalkulation für künftige Angebote verhandelt. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 10.12.2020 brachte diese vor, dass gemäß dem Firmenbuch die Erstantragstellerin zu 100 % an der Zweitantragstellerin beteiligt sei. Gesellschafter der Erstantragstellerin seien zu je 50 % Frau Ingenieur W römisch 40 und Herr Diplom-Ingenieur W römisch 40 . Sowohl Frau Ingenieur W römisch 40 als auch Herr Diplom-Ingenieur W römisch 40 seien alleinvertretungsbefugte Geschäftsführer der Erstantragstellerin und auch der Tochtergesellschaft nämlich der Zweitantragstellerin. Beide Antragstellerinnen verfügten über keine weiteren Geschäftsführer oder Prokuristen. Sämtliche Angebote beider

Antragstellerinnen seien nur von Herrn Diplom-Ingenieur W römisch 40 elektronisch signiert worden. An beiden Verhandlungsgesprächen (13.5.2020 und 3.6.2020) habe Herr Diplom-Ingenieur W römisch 40 als einziger Vertreter für beide Antragstellerinnen teilgenommen. In diesen Verhandlungsrunden habe Herr Diplom-Ingenieur W römisch 40 sowohl Fragen zur Kalkulation der eingereichten Angebote beider Gesellschaften beantwortet als auch für beide Gesellschaften über die Modifikation der Kalkulation für künftige Angebote verhandelt.

Am 22.12.2020 fand über beide Nachprüfungsanträge im Bundesverwaltungsgericht eine gemeinsame mündliche Verhandlung statt. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise:

„R: Das Gericht plant anhand des ausgeteilten EUGH Urteils C-531/16 das Verfahren zu führen und geht davon aus, dass der Fall in dem genannten EUGH Urteil ähnlich den heute zu verhandelnden Fällen ist. Gibt es dazu Stellungnahmen?

C XXXX : Keine Ergänzenden. Ich verweise auf das bisherige Vorbringen. C römisch 40 : Keine Ergänzenden. Ich verweise auf das bisherige Vorbringen.

V XXXX : Wir verweisen ebenfalls, auf das bisherige Vorbringen. römisch fünf römisch 40 : Wir verweisen ebenfalls, auf das bisherige Vorbringen.

R: Wir kommen nun zu der Frage, ob im Sinne der Rz 38 des EUGH Urteils die Angebote der beiden Antragstellerinnen eigenständig und unabhängig abgegeben wurden? Die Auftraggeberin hat als Indiz dafür, dass dies nicht vorliegt, vorgebracht, dass die Angebote der beiden Antragstellerinnen von ein und derselben Person, nämlich Dipl. Ing. XXXX W XXXX unterfertigt wurden und die Tatsache, dass es sich bei den Antragstellerinnen um verbundene Unternehmen handelt. R: Wir kommen nun zu der Frage, ob im Sinne der Rz 38 des EUGH Urteils die Angebote der beiden Antragstellerinnen eigenständig und unabhängig abgegeben wurden? Die Auftraggeberin hat als Indiz dafür, dass dies nicht vorliegt, vorgebracht, dass die Angebote der beiden Antragstellerinnen von ein und derselben Person, nämlich Dipl. Ing. römisch 40 W römisch 40 unterfertigt wurden und die Tatsache, dass es sich bei den Antragstellerinnen um verbundene Unternehmen handelt.

R fragt die Antragstellerinnen: Sind Ihre Unternehmen nämlich die G XXXX (in der Folge kurz „G XXXX “ genannt) und M XXXX (in der Folge kurz „M XXXX “ genannt) verbundene Unternehmen? R fragt die Antragstellerinnen: Sind Ihre Unternehmen nämlich die G römisch 40 (in der Folge kurz „G römisch 40 “ genannt) und M römisch 40 (in der Folge kurz „M römisch 40 “ genannt) verbundene Unternehmen?

C XXXX und S XXXX : Ja, dies ist richtig. C römisch 40 und S römisch 40 : Ja, dies ist richtig.

V XXXX : Folgende Angebote der M XXXX und G XXXX wurden von Herrn Dipl. Ing. W XXXX unterfertigt: römisch fünf römisch 40 : Folgende Angebote der M römisch 40 und G römisch 40 wurden von Herrn Dipl. Ing. W römisch 40 unterfertigt:

1. G XXXX , Lose 1,2,3: Erstangebot vom 30.04.2020, Zweitangebot vom 20.05.2020, Drittangebot vom 09.06.2020, LBO vom 22.06.2020. G römisch 40 , Lose 1,2,3: Erstangebot vom 30.04.2020, Zweitangebot vom 20.05.2020, Drittangebot vom 09.06.2020, LBO vom 22.06.2020

2. M XXXX , Lose 1,2,3: Erstangebot vom 30.04.2020, Zweitangebot vom 20.05.2020, Drittangebot vom 09.06.2020, LBO vom 22.06.2020. M römisch 40 , Lose 1,2,3: Erstangebot vom 30.04.2020, Zweitangebot vom 20.05.2020, Drittangebot vom 09.06.2020, LBO vom 22.06.2020

Alle diese Angebote wurden elektronisch von Dipl. Ing. W XXXX signiert. In all diesen Angeboten (Preisblätter) findet sich folgende Bietererklärung „Ich (wir) biete(n) den in dem zur oben angeführten Ausschreibung gehörigen Ausschreibungsunterlagen in der letztgültigen Fassung vom 14.02.2020 beschriebenen Ausschreibungsgegenstand, sowie alle zugehörigen Leistungen unter Einhaltung und Anerkennung aller in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bedingungen und Anforderungen jedweder Art an den Ausschreibungsgegenstand der Ausschreibungsunterlagen zu den im Folgenden angebotenen Preisen an und akzeptiere(n) ich (wir) vorbehaltlos alle weiteren in den Ausschreibungsunterlagen genannten Bedingungen des Vergabeverfahrens“. Ich schließe daraus, dass Herr Dipl. Ing. W XXXX die Angebote der G XXXX und der M XXXX kannte insbesondere, weil er unterschrieben hat, dass er die Leistungen zu den angebotenen Preisen anbietet. Alle diese Angebote wurden elektronisch von Dipl. Ing. W römisch 40 signiert. In all diesen Angeboten (Preisblätter) findet sich folgende Bietererklärung „Ich (wir) biete(n) den in dem zur oben angeführten Ausschreibung gehörigen Ausschreibungsunterlagen in der letztgültigen Fassung vom

14.02.2020 beschriebenen Ausschreibungsgegenstand, sowie alle zugehörigen Leistungen unter Einhaltung und Anerkennung aller in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bedingungen und Anforderungen jedweder Art an den Ausschreibungsgegenstand der Ausschreibungsunterlagen zu den im Folgenden angebotenen Preisen an und akzeptiere(n) ich (wir) vorbehaltlos alle weiteren in den Ausschreibungsunterlagen genannten Bedingungen des Vergabeverfahrens“. Ich schließe daraus, dass Herr Dipl. Ing. W römisch 40 die Angebote der G römisch 40 und der M römisch 40 kannte insbesondere, weil er unterschrieben hat, dass er die Leistungen zu den angebotenen Preisen anbietet.

R: Ist das aus den Ausschreibungsunterlagen Zitierte richtig und bezieht es sich auf alle oben genannten Angebote?

C XXXX : Ich kann nur für die M XXXX sprechen. Dipl. Ing. W XXXX hat meines Wissens nach die M XXXX Angebote unterschrieben. Das erste Angebot war händisch zu unterfertigen und alle waren elektronisch zu unterfertigen, dies hat Dipl. Ing. W XXXX gemacht. Das Zitat ist richtig. C römisch 40 : Ich kann nur für die M römisch 40 sprechen. Dipl. Ing. W römisch 40 hat meines Wissens nach die M römisch 40 Angebote unterschrieben. Das erste Angebot war händisch zu unterfertigen und alle waren elektronisch zu unterfertigen, dies hat Dipl. Ing. W römisch 40 gemacht. Das Zitat ist richtig.

S XXXX : Ja, das aus den Ausschreibungsunterlagen Zitierte ist richtig und gilt für die oben aufgelisteten Angebote der G XXXX . Herr Dipl. Ing. W XXXX hat lediglich und zwar bei allen vier Angeboten zu allen Losen die elektronische Signatur, die gemäß PROVIA- Plattform zum Hochladen der Angebote erforderlich ist in der Form gesetzt, dass er die PIN Signatur für die Handysignatur an Frau W XXXX gegeben hat. S römisch 40 : Ja, das aus den Ausschreibungsunterlagen Zitierte ist richtig und gilt für die oben aufgelisteten Angebote der G römisch 40 . Herr Dipl. Ing. W römisch 40 hat lediglich und zwar bei allen vier Angeboten zu allen Losen die elektronische Signatur, die gemäß PROVIA- Plattform zum Hochladen der Angebote erforderlich ist in der Form gesetzt, dass er die PIN Signatur für die Handysignatur an Frau W römisch 40 gegeben hat.

R: Wer hat die genannten Angebote elektronisch signiert?

S XXXX : Herr Dipl. Ing. W XXXX . Im EUGH Urteil C-531/16 in Rz 38 steht, dass die Angebote eigenständig und unabhängig abgegeben werden müssen. Dem wurde insoweit Folge getragen, dass Herr Dipl. Ing. W XXXX die G XXXX Angebote weder erstellt hat, noch hochgeladen hat, noch auf den Account von Frau Ing. W XXXX zugegriffen hat, sondern lediglich seinen Signatur PIN zur Verfügung gestellt hat, ohne die Angebote inhaltlich zu kennen. S römisch 40 : Herr Dipl. Ing. W römisch 40 . Im EUGH Urteil C-531/16 in Rz 38 steht, dass die Angebote eigenständig und unabhängig abgegeben werden müssen. Dem wurde insoweit Folge getragen, dass Herr Dipl. Ing. W römisch 40 die G römisch 40 Angebote weder erstellt hat, noch hochgeladen hat, noch auf den Account von Frau Ing. W römisch 40 zugegriffen hat, sondern lediglich seinen Signatur PIN zur Verfügung gestellt hat, ohne die Angebote inhaltlich zu kennen.

R: Ich ersuche Sie im Sinne der Randziffer 37 des genannten EUGH Urteils dies unter Beweis zu stellen.

S XXXX : Beweis durch Parteieneinvernahme von Frau Ing. W XXXX und Herrn Dipl. Ing. W XXXX .S römisch 40 : Beweis durch Parteieneinvernahme von Frau Ing. W römisch 40 und Herrn Dipl. Ing. W römisch 40 .

S XXXX an Ing. W XXXX : Haben Sie die Angebote der G XXXX erstellt und kalkuliert. Durch welche Personen erfolgte die Angebotserstellung der G XXXX , in allen angebotenen Losen?S römisch 40 an Ing. W römisch 40 : Haben Sie die Angebote der G römisch 40 erstellt und kalkuliert. Durch welche Personen erfolgte die Angebotserstellung der G römisch 40 , in allen angebotenen Losen?

Ing. W XXXX : Die Preiskalkulationen der Lose 1,2,3 der G XXXX erfolgte durch mich. Ing. W römisch 40 : Die Preiskalkulationen der Lose 1,2,3 der G römisch 40 erfolgte durch mich.

S XXXX : Durch wen erfolgte die Erstellung der Angebote?S römisch 40 : Durch wen erfolgte die Erstellung der Angebote?

Ing. W XXXX : Die Erstellung der Angebote der G XXXX , welche in PDF hochgeladen wurden, erfolgte durch mich. Ing. W römisch 40 : Die Erstellung der Angebote der G römisch 40 , welche in PDF hochgeladen wurden, erfolgte durch mich.

S XXXX . Können Sie den Abgabeprozess der Angebotsabgabe auf der PROVIA-Plattform erklären?S römisch 40 . Können Sie den Abgabeprozess der Angebotsabgabe auf der PROVIA-Plattform erklären?

Ing. W XXXX : Im Verzeichnis der G XXXX gibt es ein Verzeichnis „Angebote“ und da wiederum Unterverzeichnisse pro Jahr. Das Angebot für die Abgabe wird in den entsprechenden Unterverzeichnissen abgespeichert, ich gehe dann traditionell in das Büro meines Mannes und logge mich auf der PROVIA-Plattform als G XXXX ein. Ich lade sämtliche erforderlichen Unterlagen hoch und verwende den PIN für die elektronische Signatur vom Handy meines Mannes, weil ich sehr viele Anrufe erhalte und zum Zeitpunkt der Abgabe mein Telefon/Handy bewusst in meinem Büro lasse, damit ich mich auf die Angebotsabgabe konzentrieren kann. Das ist der Grund, wieso die Handy-Signatur darauf ist. Wenn ich gewusst hätte, dass aus diesem Umstand solch ein Umstand entsteht, hätte ich tatsächlich meine Signatur verwendet. Ich bin von meinem Mann dazu ermächtigt, sein Handy zu verwenden. Ich habe mir nichts dabei gedacht, weil ich die Angebotsabgabe für die G XXXX im Jahr 2017, Vergabe 2018, gleich gemacht habe. Ing. W römisch 40 : Im Verzeichnis der G römisch 40 gibt es ein Verzeichnis „Angebote“ und da wiederum Unterverzeichnisse pro Jahr. Das Angebot für die Abgabe wird in den entsprechenden Unterverzeichnissen abgespeichert, ich gehe dann traditionell in das Büro meines Mannes und logge mich auf der PROVIA-Plattform als G römisch 40 ein. Ich lade sämtliche erforderlichen Unterlagen hoch und verwende den PIN für die elektronische Signatur vom Handy meines Mannes, weil ich sehr viele Anrufe erhalte und zum Zeitpunkt der Abgabe mein Telefon/Handy bewusst in meinem Büro lasse, damit ich mich auf die Angebotsabgabe konzentrieren kann. Das ist der Grund, wieso die Handy-Signatur darauf ist. Wenn ich gewusst hätte, dass aus diesem Umstand solch ein Umstand entsteht, hätte ich tatsächlich meine Signatur verwendet. Ich bin von meinem Mann dazu ermächtigt, sein Handy zu verwenden. Ich habe mir nichts dabei gedacht, weil ich die Angebotsabgabe für die G römisch 40 im Jahr 2017, Vergabe 2018, gleich gemacht habe.

R: Haben Sie bei der Verwendung des PINS für die elektronische Signatur mit der elektronischen Signatur Ihres Mannes unterfertigt?

Ing. W XXXX : Ja, ich gehe davon aus. Ich habe dafür über das Einverständnis meines Mannes verfügt. Ich gehe für die Angebotsabgabe traditionell in das Büro meines Mannes. Wir haben das immer so gemacht. Es war uns nicht bewusst und wir sind zu keiner Zeit von der ÖBB aufmerksam gemacht worden. Mein Mann hat im Jahr 2017/2018 sämtliche Verhandlungen geführt. Im Jahr 2020 hat mein Mann wiederum sämtliche Verhandlungen geführt. Ing. W römisch 40 : Ja, ich gehe davon aus. Ich habe dafür über das Einverständnis meines Mannes verfügt. Ich gehe für die Angebotsabgabe traditionell in das Büro meines Mannes. Wir haben das immer so gemacht. Es war uns nicht bewusst und wir sind zu keiner Zeit von der ÖBB aufmerksam gemacht worden. Mein Mann hat im Jahr 2017 aus 2018, sämtliche Verhandlungen geführt. Im Jahr 2020 hat mein Mann wiederum sämtliche Verhandlungen geführt.

C XXXX an Ing. W XXXX : Warum hat die G XXXX letztlich vier Angebote pro Los abgegeben? Weshalb hat G XXXX überhaupt ein Angebot abgegeben? C römisch 40 an Ing. W römisch 40 : Warum hat die G römisch 40 letztlich vier Angebote pro Los abgegeben? Weshalb hat G römisch 40 überhaupt ein Angebot abgegeben?

Ing. W XXXX : Die ÖBB haben sowohl die G XXXX und die M XXXX zur Angebotsabgabe eingeladen. Ing. W römisch 40 : Die ÖBB haben sowohl die G römisch 40 und die M römisch 40 zur Angebotsabgabe eingeladen.

C XXXX an V XXXX : Stellen Sie außer Streit, dass die ÖBB sowohl die G XXXX als auch die M XXXX zur Angebotsabgabe eingeladen hat? C römisch 40 an römisch fünf römisch 40 : Stellen Sie außer Streit, dass die ÖBB sowohl die G römisch 40 als auch die M römisch 40 zur Angebotsabgabe eingeladen hat?

V XXXX : Wir stellen dies außer Streit. römisch fünf römisch 40 : Wir stellen dies außer Streit.

S XXXX an Dipl. Ing. W XXXX : Waren Sie in den Angebotserstellungsprozess der G XXXX involviert? S römisch 40 an Dipl. Ing. W römisch 40 : Waren Sie in den Angebotserstellungsprozess der G römisch 40 involviert?

Dipl. Ing. W XXXX : Nein, war ich nicht. Dipl. Ing. W römisch 40 : Nein, war ich nicht.

S XXXX : Wie erfolgte dann die Angebotsabgabe und die elektronische Signatur durch die G XXXX ? S römisch 40 : Wie erfolgte dann die Angebotsabgabe und die elektronische Signatur durch die G römisch 40 ?

Dipl. Ing. W XXXX : Die Abgabe und die Erstellung sämtlicher Angebote der G XXXX wurden ausschließlich durch Frau Ing. W XXXX durchgeführt. Dipl. Ing. W römisch 40 : Die Abgabe und die Erstellung sämtlicher Angebote der G römisch 40 wurden ausschließlich durch Frau Ing. W römisch 40 durchgeführt.

S XXXX : Wie kommt es dann, dass sich Ihre elektronische Signatur auf den Angeboten der G XXXX auf der PROVIA-Plattform befindet? S römisch 40 : Wie kommt es dann, dass sich Ihre elektronische Signatur auf den Angeboten der G römisch 40 auf der PROVIA-Plattform befindet?

Dipl. Ing. W XXXX : So wie Frau Ing. W XXXX gesagt hat, sie kann und darf mein Handy verwenden und damit auch in meinem Namen elektronisch signieren. Dipl. Ing. W römisch 40 : So wie Frau Ing. W römisch 40 gesagt hat, sie kann und darf mein Handy verwenden und damit auch in meinem Namen elektronisch signieren.

S XXXX : Können Sie das Angebotsprozedere der G XXXX darstellen? S römisch 40 : Können Sie das Angebotsprozedere der G römisch 40 darstellen?

Dipl. Ing. W XXXX : Nein, das kann ich nicht. Ich lege nur die Angebote von der M XXXX Dipl. Ing. W römisch 40 : Nein, das kann ich nicht. Ich lege nur die Angebote von der M römisch 40 .

S XXXX : Haben Sie bei der Angebotsabgabe durch die G XXXX irgendwelche Kenntnisse erlangt von irgendwelchen Angebotsinhalten der G XXXX ? Trifft dies auf alle Abgaben zu? S römisch 40 : Haben Sie bei der Angebotsabgabe durch die G römisch 40 irgendwelche Kenntnisse erlangt von irgendwelchen Angebotsinhalten der G römisch 40 ? Trifft dies auf alle Abgaben zu?

Dipl. Ing. W XXXX : Ich habe keine Kenntnisse von Angebotsinhalten der G XXXX zu keinen der gegenständlichen Angebotsabgaben. Dipl. Ing. W römisch 40 : Ich habe keine Kenntnisse von Angebotsinhalten der G römisch 40 zu keinen der gegenständlichen Angebotsabgaben.

S XXXX : Wie ist es möglich, dass Sie davon keine Kenntnis erlangen, wenn Ihre elektronische Signatur unter den Angeboten der G XXXX steht? S römisch 40 : Wie ist es möglich, dass Sie davon keine Kenntnis erlangen, wenn Ihre elektronische Signatur unter den Angeboten der G römisch 40 steht?

Dipl. Ing. W XXXX : Die Signatur dient lediglich zum Hochladen und sobald ein Angebot fertig und vorbereitet ist, wird es hochgeladen und signiert. Es hat absolut nichts mit dem Inhalt des Angebotes zu tun, es ist nur zwecks Hochladen. Die fertige Datei wird signiert und hochgeladen. Dipl. Ing. W römisch 40 : Die Signatur dient lediglich zum Hochladen und sobald ein Angebot fertig und vorbereitet ist, wird es hochgeladen und signiert. Es hat absolut nichts mit dem Inhalt des Angebotes zu tun, es ist nur zwecks Hochladen. Die fertige Datei wird signiert und hochgeladen.

C XXXX an Dipl. Ing. W XXXX : Hatte Frau Ing. W XXXX Kenntnis über die Angebote der M XXXX oder war sie in die Angebotserstellung der M XXXX eingebunden? C römisch 40 an Dipl. Ing. W römisch 40 : Hatte Frau Ing. W römisch 40 Kenntnis über die Angebote der M römisch 40 oder war sie in die Angebotserstellung der M römisch 40 eingebunden?

Dipl. Ing. W XXXX : Absolut nicht, nein. Dipl. Ing. W römisch 40 : Absolut nicht, nein.

V XXXX : Ich weise daraufhin, dass die Aussage von Frau Ing. W. XXXX im Widerspruch zu den Ausführungen im Nachprüfungsantrag (S 49) der G XXXX vom 30.11.2020 in Punkt 2. 2 Abs. 1 u. 2. steht wo es heißt: „Bloß der Umstand, dass Dipl. Ing. W XXXX unser Angebot elektronisch signiert hat...“. Dies deutet darauf hin, dass Dipl. Ing. W XXXX das Angebot selbst elektronisch signiert hat. römisch fünf römisch 40 : Ich weise daraufhin, dass die Aussage von Frau Ing. W. römisch 40 im Widerspruch zu den Ausführungen im Nachprüfungsantrag (S 49) der G römisch 40 vom 30.11.2020 in Punkt 2. 2 Absatz eins, u. 2. steht wo es heißt: „Bloß der Umstand, dass Dipl. Ing. W römisch 40 unser Angebot elektronisch signiert hat...“. Dies deutet darauf hin, dass Dipl. Ing. W römisch 40 das Angebot selbst elektronisch signiert hat.

S XXXX : Das Vorbringen ist dahingehend zu verstehen, dass die Signatur von Dipl. Ing. W XXXX stammt und das Angebotsprozedere wurde bereits in der Verhandlung dargelegt. S römisch 40 : Das Vorbringen ist dahingehend zu verstehen, dass die Signatur von Dipl. Ing. W römisch 40 stammt und das Angebotsprozedere wurde bereits in der Verhandlung dargelegt.

R: Haben Sie noch weitere Beweise?

S XXXX : Nein. S römisch 40 : Nein.

R: Wollen die Verfahrensparteien noch etwas vorbringen?

C XXXX : Für die M XXXX gesprochen ist das zitierte EUGH Urteil C-531/16 insoweit nicht vergleichbar, als Gegenstand dieses EUGH Verfahrens eine offene Ausschreibung war und sich hier offenbar miteinander verbundene Unternehmen aus eigenem Antrieb daran beteiligt haben. Im gegenständlichen Verfahren handelt es sich um ein bestehendes Prüfungssystem, in dessen Rahmen die Antragsgegnerin die G XXXX in Kenntnis der Verbundenheit der beiden Antragstellerinnen zur Angebotsabgabe eingeladen hat. Konkret für die M XXXX gesprochen stellt sich die Frage,

weshalb die M XXXX ausgeschieden werden soll, weil möglicherweise die G XXXX im Angebotssignaturprozedere einen Fehler gemacht hat. Die G XXXX hat auf Anfrage und Ersuchen der ÖBB am Verfahren teilgenommen, Angebote gelegt und die M XXXX hat keinerlei Verfahrensfehler gemacht, weshalb wird daher die M XXXX ausgeschieden? C römisch 40 : Für die M römisch 40 gesprochen ist das zitierte EUGH Urteil C-531/16 insoweit nicht vergleichbar, als Gegenstand dieses EUGH Verfahrens eine offene Ausschreibung war und sich hier offenbar miteinander verbundene Unternehmen aus eigenem Antrieb daran beteiligt haben. Im gegenständlichen Verfahren handelt es sich um ein bestehendes Prüfsystem, in dessen Rahmen die Antragsgegnerin die G römisch 40 in Kenntnis der Verbundenheit der beiden Antragstellerinnen zur Angebotsabgabe eingeladen hat. Konkret für die M römisch 40 gesprochen stellt sich die Frage, weshalb die M römisch 40 ausgeschieden werden soll, weil möglicherweise die G römisch 40 im Angebotssignaturprozedere einen Fehler gemacht hat. Die G römisch 40 hat auf Anfrage und Ersuchen der ÖBB am Verfahren teilgenommen, Angebote gelegt und die M römisch 40 hat keinerlei Verfahrensfehler gemacht, weshalb wird daher die M römisch 40 ausgeschieden?

V XXXX : Ich verweise auf die Schriftsätze. römisch fünf römisch 40 : Ich verweise auf die Schriftsätze.

R: Gibt es noch weiteres Vorbringen zur Frage der Unterfertigung der Angebote?

Alle Parteien: Nein.

R: Wir kommen nun zum Vorgebrachten weiteren Indiz des Ausscheidensgrundes 2. der Ausscheidungsentscheidung vom 11.02.2020 (Verhandlungsgespräche durch DI W XXXX). R: Wir kommen nun zum Vorgebrachten weiteren Indiz des Ausscheidensgrundes 2. der Ausscheidungsentscheidung vom 11.02.2020 (Verhandlungsgespräche durch DI W römisch 40).

V XXXX : Unser diesbezügliches Vorbringen ist zusammengefasst, dass Herr Dipl. Ing. W XXXX bei beiden Verhandlungsrunden, und zwar am 13.05.2020 und am 03.06.2020, als einziger Vertreter sowohl für die M XXXX als auch für die G XXXX teilgenommen hat und darin Fragen zur Kalkulation der eingereichten Angebote beider Gesellschaften beantwortet hat. Ich verweise diesbezüglich auf unser für beide Nachprüfungsverfahren diesbezüglich gleichlautendes Schreiben vom 10.12.2020 von Punkt 1.5.3.1. bis Punkt 1.5.3.2. römisch fünf römisch 40 : Unser diesbezügliches Vorbringen ist zusammengefasst, dass Herr Dipl. Ing. W römisch 40 bei beiden Verhandlungsrunden, und zwar am 13.05.2020 und am 03.06.2020, als einziger Vertreter sowohl für die M römisch 40 als auch für die G römisch 40 teilgenommen hat und darin Fragen zur Kalkulation der eingereichten Angebote beider Gesellschaften beantwortet hat. Ich verweise diesbezüglich auf unser für beide Nachprüfungsverfahren diesbezüglich gleichlautendes Schreiben vom 10.12.2020 von Punkt 1.5.3.1. bis Punkt 1.5.3.2.

R an Antragstellerinnen: Ist das Schreiben vom 10.12.2020 von Punkt 1.5.3.1. bis Punkt 1.5.3.2. richtig?

C XXXX : Es ist insoweit unvollständig, als Dipl. Ing. W XXXX angeboten hat, dass seine Frau die Verhandlungen für G XXXX führt und ihm geantwortet wurde, dass dies nicht notwendig wäre. C römisch 40 : Es ist insoweit unvollständig, als Dipl. Ing. W römisch 40 angeboten hat, dass seine Frau die Verhandlungen für G römisch 40 führt und ihm geantwortet wurde, dass dies nicht notwendig wäre.

R wiederholt die Frage.

C XXXX : Das was in den genannten Punkten steht ist richtig. Es ist richtig, aber es ist unvollständig, weil Herr Dipl. Ing. W XXXX angeboten hat, dass seine Frau die Verhandlungen für die G XXXX führt und ihm seitens der Antragstellerin gesagt wurde, dass dies nicht notwendig sei. C römisch 40 : Das was in den genannten Punkten steht ist richtig. Es ist richtig, aber es ist unvollständig, weil Herr Dipl. Ing. W römisch 40 angeboten hat, dass seine Frau die Verhandlungen für die G römisch 40 führt und ihm seitens der Antragstellerin gesagt wurde, dass dies nicht notwendig sei.

S XXXX : Ich schließe mich dem Vorbringen von C XXXX an. Ich bestätige also auch die Richtigkeit der Punkte 1.5.3.1. bis Punkt 1.5.3.2. und weise auch auf die Unvollständigkeit hin. Ergänzend zur Unvollständigkeit ist, dass Herr Dipl. Ing. W XXXX während der Verhandlungsgespräche für Rückfragen Frau Ing. W XXXX angerufen hat. S römisch 40 : Ich schließe mich dem Vorbringen von C römisch 40 an. Ich bestätige also auch die Richtigkeit der Punkte 1.5.3.1. bis Punkt 1.5.3.2. und weise auch auf die Unvollständigkeit hin. Ergänzend zur Unvollständigkeit ist, dass Herr Dipl. Ing. W römisch 40 während der Verhandlungsgespräche für Rückfragen Frau Ing. W römisch 40 angerufen hat.

V XXXX : Das Vorbringen, dass Herr Dipl. Ing. W XXXX Frau Ing. W XXXX während der Verhandlungen angerufen habe, wird bestritten und auch das weitere Vorbringen von Herrn C XXXX , dass Herr Dipl. Ing. W XXXX nachgefragt hat, ob er

teilnehmen darf. Ebenfalls wird bestritten, dass die Auftraggeberin Herrn Dipl. Ing. W XXXX geantwortet habe, dass nur er für beide Gesellschaften verhandeln soll. Ich verweise dazu auf den Vergabeakt, wo diesbezügliches nicht vermerkt ist. römisch fünf römisch 40 : Das Vorbringen, dass Herr Dipl. Ing. W römisch 40 Frau Ing. W römisch 40 während der Verhandlungen angerufen habe, wird bestritten und auch das weitere Vorbringen von Herrn C römisch 40 , dass Herr Dipl. Ing. W römisch 40 nachgefragt hat, ob er teilnehmen darf. Ebenfalls wird bestritten, dass die Auftraggeberin Herrn Dipl. Ing. W römisch 40 geantwortet habe, dass nur er für beide Gesellschaften verhandeln soll. Ich verweise dazu auf den Vergabeakt, wo diesbezügliches nicht vermerkt ist.

V XXXX : Die Fragen der Punkte 1.5.3.1. bis Punkt 1.5.3.2 beziehen sich immer auf ein Verhandlungsprotokoll betreffen die Angebote der G XXXX . römisch fünf römisch 40 : Die Fragen der Punkte 1.5.3.1. bis Punkt 1.5.3.2 beziehen sich immer auf ein Verhandlungsprotokoll betreffen die Angebote der G römisch 40 .

R fragt die Antragstellerinnen: Ist das richtig?

C XXXX : Ich kann dazu nichts sagen, weil dieses Verhandlungsprotokoll die G XXXX betrifft.C römisch 40 : Ich kann dazu nichts sagen, weil dieses Verhandlungsprotokoll die G römisch 40 betrifft.

S XXXX : Es ist richtig, dass sich die Fragen der Punkte 1.5.3.1. bis Punkt 1.5.3.2 auf Verhandlungsprotokolle der G XXXX bezieht.S römisch 40 : Es ist richtig, dass sich die Fragen der Punkte 1.5.3.1. bis Punkt 1.5.3.2 auf Verhandlungsprotokolle der G römisch 40 bezieht.

R: Sie haben die Möglichkeit im Sinne des Urteils des EUGH C-531/16 den Beweis des Gegenteiles anzutreten.

C XXXX : Die zwei Verhandlungsrunden waren vor der shortlisting Entscheidung der Antragsgegnerin. Nach diesen zwei Verhandlungsrunden wurden noch zwei weitere Angebote gelegt. Daraus folgt, dass M XXXX keine Kenntnisse zu der entscheidungsrelevanten dritten Angebotsrunde der G XXXX (wesentliche für die shortlisting Entscheidung) hatte und auch keine Kenntnis über das last and best offer der G XXXX hatte. Trotz der Teilnahme von Herrn Dipl. Ing. W XXXX als Verhandler für die G XXXX hat die Antragsgegnerin auf Basis der dritten Angebotsrunde die G XXXX zur Angebotsabgabe eingeladen. Wenn die Teilnahme von Herrn Dipl. Ing. W XXXX als Verhandler für die G XXXX bedenklich gewesen wäre, hätte die Antragsgegnerin die G XXXX nicht zur Abgabe eines last and best offers einladen dürfen. Weshalb die M XXXX ausgeschieden werden soll, wegen eines vermeintlichen Fehlers der G XXXX und eines Fehlers der Antragsgegnerin ist nicht ersichtlich.C römisch 40 : Die zwei Verhandlungsrunden waren vor der shortlisting Entscheidung der Antragsgegnerin. Nach diesen zwei Verhandlungsrunden wurden noch zwei weitere Angebote gelegt. Daraus folgt, dass M römisch 40 keine Kenntnisse zu der entscheidungsrelevanten dritten Angebotsrunde der G römisch 40 (wesentliche für die shortlisting Entscheidung) hatte und auch keine Kenntnis über das last and best offer der G römisch 40 hatte. Trotz der Teilnahme von Herrn Dipl. Ing. W römisch 40 als Verhandler für die G römisch 40 hat die Antragsgegnerin auf Basis der dritten Angebotsrunde die G römisch 40 zur Angebotsabgabe eingeladen. Wenn die Teilnahme von Herrn Dipl. Ing. W römisch 40 als Verhandler für die G römisch 40 bedenklich gewesen wäre, hätte die Antragsgegnerin die G römisch 40 nicht zur Abgabe eines last and best offers einladen dürfen. Weshalb die M römisch 40 ausgeschieden werden soll, wegen eines vermeintlichen Fehlers der G römisch 40 und eines Fehlers der Antragsgegnerin ist nicht ersichtlich.

C XXXX an Dipl. Ing. W XXXX : Haben Sie im Zuge der Verhandlungsrunden der ÖBB angeboten, dass Ihre Frau Ing. W XXXX die Verhandlungen für die G XXXX führt? C römisch 40 an Dipl. Ing. W römisch 40 : Haben Sie im Zuge der Verhandlungsrunden der ÖBB angeboten, dass Ihre Frau Ing. W römisch 40 die Verhandlungen für die G römisch 40 führt?

Dipl. Ing. W XXXX : Seitens der ÖBB wurde die Frage gestellt, ob ich für beide Firmen zeichnungsberechtigt bin und ob ich die Verhandlungen alleine durchführen darf. Dann die Frage der alleinigen Unterzeichnungsberechtigung wurde auch gestellt und ich habe die Antwort gegeben, wenn das ein Problem ist werde ich Frau Ing. W XXXX kontaktieren und sie wird auch an der Verhandlung teilnehmen. Als Antwort der ÖBB wurde mir gesagt, dass die Teilnahme von Frau Ing. W XXXX an den Verhandlungen betreffend die G XXXX nicht erforderlich ist. Diese Frage wurde mehrmals gestellt, auch im Zuge der Verhandlung, weil mehrere Detailfragen gestellt wurden. Ich habe darauf geantwortet, dass ich Frau Ing. W XXXX gleich anrufen kann und mit Lautsprecher telefonieren kann. Die Fragen können dann direkt an sie gestellt werden. Darauf wurde wieder mit „Es ist nicht erforderlich“ geantwortet. Dipl. Ing. W römisch 40 : Seitens der ÖBB wurde die Frage gestellt, ob ich für beide Firmen zeichnungsberechtigt bin und ob ich die Verhandlungen alleine durchführen darf. Dann die Frage der alleinigen Unterzeichnungsberechtigung wurde auch gestellt und ich

habe die Antwort gegeben, wenn das ein Problem ist werde ich Frau Ing. W römisch 40 kontaktieren und sie wird auch an der Verhandlung teilnehmen. Als Antwort der ÖBB wurde mir gesagt, dass die Teilnahme von Frau Ing. W römisch 40 an den Verhandlungen betreffend die G römisch 40 nicht erforderlich ist. Diese Frage wurde mehrmals gestellt, auch im Zuge der Verhandlung, weil mehrere Detailfragen gestellt wurden. Ich habe darauf geantwortet, dass ich Frau Ing. W römisch 40 gleich anrufen kann und mit Lautsprecher telefonieren kann. Die Fragen können dann direkt an sie gestellt werden. Darauf wurde wieder mit „Es ist nicht erforderlich“ geantwortet.

C XXXX : Wie wurde die Verhandlung generell geführt? Wurden diese Verhandlungen seitens der ÖBB zusammengeführt oder getrennt nach G XXXX und M XXXX geführt? C römisch 40 : Wie wurde die Verhandlung generell geführt? Wurden diese Verhandlungen seitens der ÖBB zusammengeführt oder getrennt nach G römisch 40 und M römisch 40 geführt?

Dipl. Ing. W XXXX : Die Verhandlungen für M XXXX und G XXXX wurden beide getrennt gehalten. An einem Tag hintereinander, zuerst wurden die Verhandlungen zu M XXXX geführt und dann zu G XXXX . Die Antwort war, weil nur mit einer Person verhandelt wird ist es nicht erforderlich es an zwei Terminen zu machen und es kann gleich erledigt werden. Dipl. Ing. W römisch 40 : Die Verhandlungen für M römisch 40 und G römisch 40 wurden beide getrennt gehalten. An einem Tag hintereinander, zuerst wurden die Verhandlungen zu M römisch 40 geführt und dann zu G römisch 40 . Die Antwort war, weil nur mit einer Person verhandelt wird ist es nicht erforderlich es an zwei Terminen zu machen und es kann gleich erledigt werden.

C XXXX : Wie erfolgte die Protokollierung hinsichtlich der Verhandlungen der G XXXX ? römisch 40 : Wie erfolgte die Protokollierung hinsichtlich der Verhandlungen der G römisch 40 ?

Dipl. Ing. W XXXX : Die Fragen zu den Positionspreisen waren schon vor der Verhandlung von der ÖBB vorbereitet. Dadurch, dass die ÖBB immer die gleichen Fragen für die G XXXX und M XXXX gestellt haben, wurden somit die Fragen und Antworten kopiert. Im Verhandlungsprotokoll wurde dann nur im Kopf des Protokolls der Firmenname M XXXX durch G XXXX ersetzt, weshalb die Fragen und Antworten sowohl bei M XXXX und auch G XXXX gleich sind. Dipl. Ing. W römisch 40 : Die Fragen zu den Positionspreisen waren schon vor der Verhandlung von der ÖBB vorbereitet. Dadurch, dass die ÖBB immer die gleichen Fragen für die G römisch 40 und M römisch 40 gestellt haben, wurden somit die Fragen und Antworten kopiert. Im Verhandlungsprotokoll wurde dann nur im Kopf des Protokolls der Firmenname M römisch 40 durch G römisch 40 ersetzt, weshalb die Fragen und Antworten sowohl bei M römisch 40 und auch G römisch 40 gleich sind.

C XXXX : Hat es spezifische Fragen zu M XXXX und G XXXX gegeben? C römisch 40 : Hat es spezifische Fragen zu M römisch 40 und G römisch 40 gegeben?

Dipl. Ing. W XXXX : Die Fragen wurden teilweise durchgestrichen, weil es idente Fragen waren für M XXXX und G XXXX . Fragen wurden teilweise weggelassen, weil sie nicht relevant waren. Dipl. Ing. W römisch 40 : Die Fragen wurden teilweise durchgestrichen, weil es idente Fragen waren für M römisch 40 und G römisch 40 . Fragen wurden teilweise weggelassen, weil sie nicht relevant waren.

C XXXX : Ich kenne das Protokoll der G XXXX nicht, aber ich nehme an, dass einzelne Preise von G XXXX und M XXXX unterschiedlich sein werden? C römisch 40 : Ich kenne das Protokoll der G römisch 40 nicht, aber ich nehme an, dass einzelne Preise von G römisch 40 und M römisch 40 unterschiedlich sein werden?

Dipl. Ing. W XXXX : Einzelne Preise waren unterschiedlich. Die Fragen zu den einzelnen Preisen der G XXXX habe ich aufgeschrieben und an Frau Ing. W XXXX weitergegeben. Bei der Preisgestaltung der G XXXX war ich nicht dabei. Dipl. Ing. W römisch 40 : Einzelne Preise waren unterschiedlich. Die Fragen zu den einzelnen Preisen der G römisch 40 habe ich aufgeschrieben und an Frau Ing. W römisch 40 weitergegeben. Bei der Preisgestaltung der G römisch 40 war ich nicht dabei.

V XXXX : Das Vorbringen von Herrn Dipl. Ing. W XXXX wird bestritten und ist im Widerspruch zum Vergabeakt und ändert auch nichts an der Tatsache, dass Herr Dipl. Ing. W XXXX wie in den Verhandlungsprotokollen festgehalten Fragen zu den Angeboten der G XXXX beantworten konnte. römisch fünf römisch 40 : Das Vorbringen von Herrn Dipl. Ing. W römisch 40 wird bestritten und ist im Widerspruch zum Vergabeakt und ändert auch nichts an der Tatsache, dass Herr Dipl. Ing. W römisch 40 wie in den Verhandlungsprotokollen festgehalten Fragen zu den Angeboten der G römisch 40 beantworten konnte.

S XXXX : Ich halte Herrn Dipl. Ing. W XXXX das Protokoll der zweiten Verhandlungsrunde vom 03.06.2020 vor, Punkt 2a. Wie sind die Gesamtpreise bzw. Einzelpositionspreise in das Protokoll gekommen? S römisch 40 : Ich halte Herrn Dipl. Ing. W römisch 40 das Protokoll der zweiten Verhandlungsrunde vom 03.06.2020 vor, Punkt 2a. Wie sind die Gesamtpreise bzw. Einzelpositionspreise in das Protokoll gekommen?

Dipl. Ing. W XXXX : Die Preise wurden bereits vor der Verhandlung von der ÖBB im Protokoll eingetragen. Dipl. Ing. W römisch 40 : Die Preise wurden bereits vor der Verhandlung von der ÖBB im Protokoll eingetragen.

S XXXX : Heißt es, Sie haben die Preise der G XXXX vom Auftraggeber selbst erfahren? S römisch 40 : Heißt es, Sie haben die Preise der G römisch 40 vom Auftraggeber selbst erfahren?

Dipl. Ing. W XXXX : Richtig. Dipl. Ing. W römisch 40 : Richtig.

S XXXX : Hatten Sie zu den Fragen der ÖBB selbst Rückfragen, die sie nicht beantworten konnten? S römisch 40 : Hatten Sie zu den Fragen der ÖBB selbst Rückfragen, die sie nicht beantworten konnten?

Dipl. Ing. W XXXX : Bei vielen Fragen wo ich keine Antwort oder Information gehabt habe, habe ich mir Notizen gemacht und ich habe die Antworten der G XXXX und M XXXX später der ÖBB übermittelt. Weshalb im Verhandlungsprotokoll bei den Kalkulationsgrundlagen auch bei vielen Fragen angeführt ist: „Laut Herrn Dipl. Ing. W XXXX werden die Kalkulationen dieser Positionen überprüft“. Dipl. Ing. W römisch 40 : Bei vielen Fragen wo ich keine Antwort oder Information gehabt habe, habe ich mir Notizen gemacht und ich habe die Antworten der G römisch 40 und M römisch 40 später der ÖBB übermittelt. Weshalb im Verhandlungsprotokoll bei den Kalkulationsgrundlagen auch bei vielen Fragen angeführt ist: „Laut Herrn Dipl. Ing. W römisch 40 werden die Kalkulationen dieser Positionen überprüft“.

LR2: Hatten Sie Kenntnis von den Angebotssummen der G XXXX im Verhandlungsprotokoll vom 03.06.2020 unter Punkt 2a? LR2: Hatten Sie Kenntnis von den Angebotssummen der G römisch 40 im Verhandlungsprotokoll vom 03.06.2020 unter Punkt 2a?

Dipl. Ing. W XXXX : Zum Verhandlungszeitpunkt waren mir diese Preise der G XXXX bekannt, wobei die angeführten Preise des Protokolls bereits angeführt waren. Dipl. Ing. W römisch 40 : Zum Verhandlungszeitpunkt waren mir diese Preise der G römisch 40 bekannt, wobei die angeführten Preise des Protokolls bereits angeführt waren.

LR2: Die Preise der G XXXX waren Ihnen also bekannt? LR2: Die Preise der G römisch 40 waren Ihnen also bekannt?

Dipl. Ing. W XXXX : Ja. Dipl. Ing. W römisch 40 : Ja.

S XXXX : Weshalb waren Ihnen die Preise der G XXXX bekannt? S römisch 40 : Weshalb waren Ihnen die Preise der G römisch 40 bekannt?

Dipl. Ing. W XXXX : Weil ich in die Verhandlung eingeladen wurde. Ich kann daran nur teilnehmen, wenn ich die Preise kenne. Dipl. Ing. W römisch 40 : Weil ich in die Verhandlung eingeladen wurde. Ich kann daran nur teilnehmen, wenn ich die Preise kenne.

S XXXX : Wann haben Sie die Preise der G XXXX dann erfahren? S römisch 40 : Wann haben Sie die Preise der G römisch 40 dann erfahren?

Dipl. Ing. W XXXX : Bevor ich an der Verhandlung teilgenommen habe. Dipl. Ing. W römisch 40 : Bevor ich an der Verhandlung teilgenommen habe.

S XXXX : Wann war das ungefähr? S römisch 40 : Wann war das ungefähr?

Dipl. Ing. W XXXX : Ungefähr eine Stunde vorher. Dipl. Ing. W römisch 40 : Ungefähr eine Stunde vorher.

R: Wodurch haben Sie die Preise der G XXXX erfahren? R: Wodurch haben Sie die Preise der G römisch 40 erfahren?

Dipl. Ing. W XXXX : Frau Ing. W XXXX hat mir die Preise übergeben, ca. eine Stunde vor Beginn der Verhandlungsrunde der ÖBB. Dipl. Ing. W römisch 40 : Frau Ing. W römisch 40 hat mir die Preise übergeben, ca. eine Stunde vor Beginn der Verhandlungsrunde der ÖBB.

R: Welche Preise hat sie Ihnen übergeben?

Dipl. Ing. W XXXX : Ich kannte nur die Gesamtpreise der G XXXX , nicht aber die einzelnen Positionen, diese waren in der Excel-Tabelle. Dipl. Ing. W römisch 40 : Ich kannte nur die Gesamtpreise der G römisch 40 , nicht aber die einzelnen Positionen, diese waren in der Excel-Tabelle.

R: Warum konnten Sie dann Antworten zu Fragen betreffend die Positionen 520/530 und 580/590 im Angebot der G XXXX geben? R: Warum konnten Sie dann Antworten zu Fragen betreffend die Positionen 520/530 und 580/590 im Angebot der G römisch 40 geben?

Dipl. Ing. W XXXX : Es wurde von der ÖBB mitgeteilt, dass die Positionen von M XXXX und G XXXX die gleichen Positionen zu behandelt sind, somit bleiben die Antworten auch gleich und aus Zeitgründen bleiben die Antworten gleich. Somit wurde das Protokoll von M XXXX kopiert und die Fragen und Antworten sind für G XXXX und M XXXX gleichgeblieben. Die Fragen und Antworten der M XXXX wurden für die G XXXX einfach übernommen. Dipl. Ing. W römisch 40 : Es wurde von der ÖBB mitgeteilt, dass die Positionen von M römisch 40 und G römisch 40 die gleichen Positionen zu behandelt sind, somit bleiben die Antworten auch gleich und aus Zeitgründen bleiben die Antworten gleich. Somit wurde das Protokoll von M römisch 40 kopiert und die Fragen und Antworten sind für G römisch 40 und M römisch 40 gleichgeblieben. Die Fragen und Antworten der M römisch 40 wurden für die G römisch 40 einfach übernommen.

S XXXX : Betreffend der zweiten Verhandlungsrunde der G XXXX vom 03.06.2020, wenn Sie die Teilnehmerliste betrachten, steht die Uhrzeit 15:10 bis 15:25 Uhr. Können Sie sich erinnern, ob dies ungefähr stimmt? S römisch 40 : Betreffend der zweiten Verhandlungsrunde der G römisch 40 vom 03.06.2020, wenn Sie die Teilnehmerliste betrachten, steht die Uhrzeit 15:10 bis 15:25 Uhr. Können Sie sich erinnern, ob dies ungefähr stimmt?

Dipl. Ing. W XXXX lacht. Dipl. Ing. W römisch 40 lacht.

Dipl. Ing. W XXXX : Das stimmt und die Dauer der Verhandlung betreffend die M XXXX war von 11:00 Uhr bis 15:40 Uhr. Und die Dauer von der G XXXX von 15:10 Uhr bis 15:25 Uhr. Die Verhandlungen betreffend die G XXXX und der M XXXX wurden zur selben Zeit geführt und die Antworten und Fragen bei der G XXXX wurden einfach nur kopiert. Dipl. Ing. W römisch 40 : Das stimmt und die Dauer der Verhandlung betreffend die M römisch 40 war von 11:00 Uhr bis 15:40 Uhr. Und die Dauer von der G römisch 40 von 15:10 Uhr bis 15:25 Uhr. Die Verhandlungen betreffend die G römisch 40 und der M römisch 40 wurden zur selben Zeit geführt und die Antworten und Fragen bei der G römisch 40 wurden einfach nur kopiert.

V XXXX : Die Antworten von Herrn Dipl. Ing. W XXXX in der Verhandlungsrunde G XXXX wurden protokolliert und festgehalten und ergibt sich auch daraus, dass Herr Dipl. Ing. W XXXX die Preise der G XXXX kannte. römisch fünf römisch 40 : Die Antworten von Herrn Dipl. Ing. W römisch 40 in der Verhandlungsrunde G römisch 40 wurden protokolliert und festgehalten und ergibt sich auch daraus, dass Herr Dipl. Ing. W römisch 40 die Preise der G römisch 40 kannte.

C XXXX : Warum hat dann die ÖBB die G XXXX eingeladen zum LBO? C römisch 40 : Warum hat dann die ÖBB die G römisch 40 eingeladen zum LBO?

V XXXX : Weil sie Bieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren war. römisch fünf römisch 40 : Weil sie Bieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren war.

C XXXX : Warum haben Sie die G XXXX nicht vorher schon ausgeschieden? C römisch 40 : Warum haben Sie die G römisch 40 nicht vorher schon ausgeschieden?

V XXXX : Weil man sich die gegenständlichen Fragen erst später gestellt hat. Auch dies habe ich in meiner Stellungnahme ausgeführt. römisch fünf römisch 40 : Weil man sich die gegenständlichen Fragen erst später gestellt hat. Auch dies habe ich in meiner Stellungnahme ausgeführt.

R: Haben die Verfahrensparteien noch Fragen oder Vorbringen zu dem Thema?

Alle Verfahrensparteien: Nein.

S XXXX : Unsere Kalkulation wurde auf Basis der alten Ausschreibung fortgesetzt und wir können dies auch nachweisen durch Vorlage der Preisblätter der Jahre 2018 Los1 und Los3 aus den Jahren 2018. Im Vergleich zu unseren Angebotspreisblättern zu den Angeboten Los1 und Los3 des gegenständlichen Vergabeverfahren. Ich lege vor: Das erste Preisblatt zum ersten Angebot zu Los1 und Los3 aus dem Jahr 2018 und eben die Preisblätter aus dem ersten Angebot zu Los1 und Los3 aus 2020. S römisch 40 : Unsere Kalkulation wurde auf Basis der alten Ausschreibung fortgesetzt und wir können dies auch nachweisen durch Vorlage der Preisblätter der Jahre 2018 Los1 und Los3 aus den

Jahren 2018. Im Vergleich zu unseren Angebotspreisblättern zu den Angeboten Los1 und Los3 des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Ich lege vor: Das erste Preisblatt zum ersten Angebot zu Los1 und Los3 aus dem Jahr 2018 und eben die Preisblätter aus dem ersten Angebot zu Los1 und Los3 aus 2020.

R: Wenn Sie zum bisherigen kein weiteres Vorbringen haben, wären wir soweit mit der Verhandlung aus der Sicht des Senates fertig.

V XXXX : Entgegen der Ansicht der Antragstellerin besteht gegenständlich kein Grund zum Widerruf und im Übrigen auch kein Recht auf Widerruf. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens betreffend das Ausscheiden eines Angebots ist nach ständiger Judikatur alleine die Frage, ob das Angebot der Antragstellerin vom Auftraggeber zu Recht ausgeschieden wurde (vgl. dazu VwGH 25.03.2014, Ra 2014/04/0001). Selbst wenn ein zwingender Widerrufsgrund vorliegen würde, ist dies nach Ansicht des VwGH nicht relevant, weil Sache des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens allein die Rechtmäßigkeit der bekämpften Ausscheidensentscheidung ist und eine Nichtigkeitsklärung des Vergabeverfahrens als solches im System der gesondert anfechtbaren Entscheidungen im Bundesvergabegesetz nicht vorgesehen ist. Auch vor dem Hintergrund der von der Antragstellerin genannten Entscheidungen des EUGH (Fastweb und PFE) ergibt sich nichts Anderes. Diese Entscheidungen sind gegenständlich nicht einschlägig, weil es darin um die Antragslegitimation zur Bekämpfung einer Zuschlagsentscheidung durch einen Bieter, der auszuschneiden ist, geht (vgl. dazu auch OPPEL, Weitere ausgewählte Fragen des Vergaberechtschutzes, ZVB 2020/57). römisch fünf römisch 40 : Entgegen der Ansicht der Antragstellerin besteht gegenständlich kein Grund zum Widerruf und im Übrigen auch kein Recht auf Widerruf. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens betreffend das Ausscheiden eines Angebots ist nach ständiger Judikatur alleine die Frage, ob das Angebot der Antragstellerin vom Auftraggeber zu Recht ausgeschieden wurde vergleiche dazu VwGH 25.03.2014, Ra 2014/04/0001). Selbst wenn ein zwingender Widerrufsgrund vorliegen würde, ist dies nach Ansicht des VwGH nicht relevant, weil Sache des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens allein die Rechtmäßigkeit der bekämpften Ausscheidensentscheidung ist und eine Nichtigkeitsklärung des Vergabeverfahrens als solches im System der gesondert anfechtbaren Entscheidungen im Bundesvergabegesetz nicht vorgesehen ist. Auch vor dem Hintergrund der von der Antragstellerin genannten Entscheidungen des EUGH (Fastweb und PFE) ergibt sich nichts Anderes. Diese Entscheidungen sind gegenständlich nicht einschlägig, weil es darin um die Antragslegitimation zur Bekämpfung einer Zuschlagsentscheidung durch einen Bieter, der auszuschneiden ist, geht vergleiche dazu auch OPPEL, Weitere ausgewählte Fragen des Vergaberechtschutzes, ZVB 2020/57).

C XXXX : Ich bestreite und verweise auf mein Vorbringen, insbesondere Replik Seite 4f und ergänze, dass das zitierte VwGH Urteil vor dem zitierten EUGH Urteil PFE ergangen ist und somit nicht einschlägig ist. Auch wenn es im gegenständlichen Fall um die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung geht, wäre die Antragsgegnerin im Vorfeld dazu zum Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens wegen des aufgezeigten Verstoßes gegen die Transparenzvorschriften verpflichtet gewesen und ist das Unterlassen eines derartigen Widerrufs im Zusammenhang mit der gegenständlichen Ausscheidensentscheidung geltend zu machen und vom Gericht aufzugreifen. C römisch 40 : Ich bestreite und verweise auf mein Vorbringen, insbesondere Replik Seite 4f und ergänze, dass das zitierte VwGH Urteil vor dem zitierten EUGH Urteil PFE ergangen ist und somit nicht einschlägig ist. Auch wenn es im gegenständlichen Fall um die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung geht, wäre die Antragsgegnerin im Vorfeld dazu zum Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens wegen des aufgezeigten Verstoßes gegen die Transparenzvorschriften verpflichtet gewesen und ist das Unterlassen eines derartigen Widerrufs im Zusammenhang mit der gegenständlichen Ausscheidensentscheidung geltend zu machen und vom Gericht aufzugreifen.

S XXXX : Dem schließe ich mich an und ergänze dazu, dass sich unsere Beschwer daraus ergibt, dass ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wurde, obwohl die Antragsgegnerin aufgrund ihrer eigenen erst im September 2020 offen gelegten Rechtsansicht, dass wir auszuschneiden seien, von Beginn des Vergabeverfahrens wusste, dass lediglich ein Bieter nach dem shortlisting, welches wiederum willkürlich angesetzt wurde, den Abschluss der Rahmenvereinbarung erhalten wird.“S römisch 40 : Dem schließe ich mich an und ergänze dazu, dass sich unsere Beschwer daraus ergibt, dass ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wurde, obwohl die Antragsgegnerin aufgrund ihrer eigenen erst im September 2020 offen gelegten Rechtsansicht, dass wir auszuschneiden seien, von Beginn des Vergabeverfahrens wusste, dass lediglich ein Bieter nach dem shortlisting, welches wiederum willkürlich angesetzt wurde, den Abschluss der Rahmenvereinbarung erhalten wird.“

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

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die ÖBB Infrastruktur AG hat am 26.07.2017 in Österreich und in der EU das Prüfsystem „Grundlegende Charakterisierung von Abfällen“ bekannt gemacht. Am 10.03.2020 wurde die Ausschreibung (Aufforderung zur Angebotsabgabe) an die im Prüfsystem qualifizierten Unternehmen verteilt und wurden diese aufgefordert, in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb ein Angebot bis zum 24.03.2020 abzugeben.

(Schreiben der Auftraggeberin vom 03.12.2020; Akt des Vergabeverfahrens)

Die Erstantragstellerin ist zu 100 % an der Zweitantragstellerin beteiligt. Gesellschafter der Erstantragstellerin sind Ing. W XXXX und Dipl. Ing. W XXXX. Die Erstantragstellerin ist zu 100 % an der Zweitantragstellerin beteiligt. Gesellschafter der Erstantragstellerin sind Ing. W römisch 40 und Dipl. Ing. W römisch 40.

Sowohl Ing. W XXXX als auch Dipl. Ing. W XXXX sind alleinvertretungsbefugte Geschäftsführer der Erstantragstellerin als auch ihrer Tochtergesellschaft der Zweitantragstellerin. Beide Gesellschaften verfügen über keine weiteren Geschäftsführer oder Prokuristen. Die Erstantragstellerin und die Zweitantragstellerin sind verbundene Unternehmen. Sowohl Ing. W römisch 40 als auch Dipl. Ing. W römisch 40 sind alleinvertretungsbefugte Geschäftsführer der Erstantragstellerin als auch ihrer Tochtergesellschaft der Zweitantragstellerin. Beide Gesellschaften verfügen über keine weiteren Geschäftsführer oder Prokuristen. Die Erstantragstellerin und die Zweitantragstellerin sind verbundene Unternehmen.

(Verhandlungsschrift vom 22.12.2020, S. 4f; Firmenbuch)

Folgende Angebote wurden von der Erst- und Zweitantragstellerin abgegeben:

1. Erstantragstellerin, Lose 1,2,3: Erstangebot vom 30.04.2020, Zweitangebot vom 20.05.2020, Drittangebot vom 09.06.2020, LBO vom 22.06.2020
2. Zweitantragstellerin, Lose 1,2,3: Erstangebot vom 30.04.2020, Zweitangebot vom 20.05.2020, Drittangebot vom 09.06.2020, LBO vom 22.06.2020

Alle diese Angebote wurden elektronisch von Dipl. Ing. W XXXX signiert. In allen diesen Angeboten (Preisblättern) findet sich folgende Bietererklärung „Ich (wir) biete(n) den in dem zur oben angeführten Ausschreibung gehörigen Ausschreibungsunterlagen in der letztgültigen Fassung vom 14.02.2020 beschriebenen Ausschreibungsgegenstand, sowie alle zugehörigen Leistungen unter Einhaltung und Anerkennung aller in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bedingungen und Anforderungen jedweder Art an den Ausschreibungsgegenstand der Ausschreibungsunterlagen zu den im Folgenden angebotenen Preisen an und akzeptiere(n) ich (wir) vorbehaltlos alle weiteren in den Ausschreibungsunterlagen genannten Bedingungen des Vergabeverfahrens“. Alle diese Angebote wurden elektronisch von Dipl. Ing. W römisch 40 signiert. In allen diesen Angeboten (Preisblättern) findet sich folgende Bietererklärung „Ich (wir) biete(n) den in dem zur oben angeführten Ausschreibung gehörigen Ausschreibungsunterlagen in der letztgültigen Fassung vom 14.02.2020 beschriebenen Ausschreibungsgegenstand, sowie alle zugehörigen Leistungen unter Einhaltung und Anerkennung aller in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bedingungen und Anforderungen jedweder Art an den Ausschreibungsgegenstand der Ausschreibungsunterlagen zu den im Folgenden angebotenen Preisen an und akzeptiere(n) ich (wir) vorbehaltlos alle weiteren in den Ausschreibungsunterlagen genannten Bedingungen des Vergabeverfahrens“.

(Verhandlungsschrift vom 22.12.2020, S. 4f; Akt des Vergabeverfahrens)

An beiden Verhandlungsgesprächen (13.05.2020 und 03.06.2020) hat Dipl. Ing. W XXXX als einziger Vertreter sowohl für die Erst- als auch die Zweitantragstellerin teilgenommen. In diesen Verhandlungsrunden hat Dipl. Ing. W XXXX sowohl Fragen zur Kalkulation der eingereichten Angebote beider Antragstellerinnen beantwortet als auch für beide Gesellschaften über die Kalkulation künftiger Angebote verhandelt. An beiden Verhandlungsgesprächen (13.05.2020 und 03.06.2020) hat Dipl. Ing. W römisch 40 als einziger Vertreter sowohl für die Erst- als auch die Zweitantragstellerin teilgenommen. In diesen Verhandlungsrunden hat Dipl. Ing. W römisch 40 sowohl Fragen zur Kalkulation der eingereichten Angebote beider Antragstellerinnen beantwortet als auch für beide Gesellschaften über die Kalkulation künftiger Angebote verhandelt:

1. Verhandlungsgespräch am 13.05.2020:

Dipl. Ing. W XXXX wurde in der ersten Verhandlungsrunde als Vertreter der Zweitantragstellerin ua gefragt, „warum die

Preise im Los 1 um 5% höher sind als im Los 2 und bis zu 50 % niedriger als im Los 3.“Dipl. Ing. W römisch 40 wurde in der ersten Verhandlungsrunde als Vertreter der Zweitantragstellerin ua gefragt, „warum die Preise im Los 1 um 5% höher sind als im Los 2 und bis zu 50 % niedriger als im Los 3.“

Die Antwort von Herrn DI W XXXX wird im Protokoll wie folgt festgehalten:Die Antwort von Herrn DI W römisch 40 wird im Protokoll wie folgt festgehalten:

„Der Bieter erklärt, dass sich die Preisunterschiede ua aufgrund der Mengenangaben in den einzelnen Losen ergeben (aufwandsbezogen).“

Zu Pos 50 wurde seitens der Auftraggeberin folgende Frage gestellt: „Wie errechnen sich die Preise im Verhältnis zu Gutachterstunden von Pos 10?“ Die Antwort von Dipl. Ing. W XXXX lautete:Zu Pos 50 wurde seitens der Auftraggeberin folgende Frage gestellt: „Wie errechnen sich die Preise im Verhältnis zu Gutachterstunden von Pos 10?“ Die Antwort von Dipl. Ing. W römisch 40 lautete:

„Hier wird ein Mischpreis aus Fahrzeit und dem Stundensatz für die Fachperson kalkuliert.“

Zur Frage zu Pos 60, wie sich die Wegzeiten für den Projektleiter errechnen, wenn die Preise des Probennehmers schon höher sind (Pos 220), wurde von Dipl. Ing. W XXXX auf die Erklärung zu Pos 50 verwiesen.Zur Frage zu Pos 60, wie sich die Wegzeiten für den Projektleiter errechnen, wenn die Preise des Probennehmers schon höher sind (Pos 220), wurde von Dipl. Ing. W römisch 40 auf die Erklärung zu Pos 50 verwiesen.

Weiters wurden von Dipl. Ing. W XXXX in dieser Verhandlungsrunde ua nachfolgende Fragen beantwortet:Weiters wurden von Dipl. Ing. W römisch 40 in dieser Verhandlungsrunde ua nachfolgende Fragen beantwortet:

Frage Pos. 110: Welche Person erstellt diesen Probenahmeplan?

Antwort: „Grundsätzlich wird die Probenahmeplanung durch einen Inspektor durchgeführt:

Frage: Wie erfolgt bei G XXXX die Plausibilitätsprüfung des Probenahmeplans?Frage: Wie erfolgt bei G römisch 40 die Plausibilitätsprüfung des Probenahmeplans?

Antwort: „Die Plausibilitätsprüfung erfolgt durch den Inspektor.“

Frage Pos. 140 bis 160: Welche Qualifikation hat der Begeher?

„Die Begehung erfolgt durch den Inspektor. Siehe Ausschreibung Anhang 1.“

(Verhandlungsschrift vom 22.12.2020, S. 9; Akt des Vergabeverfahrens)

2. Verhandlungsgespräch am 03.06.2020:

Auch an der zweiten Verhandlungsrunde der Zweitantragstellerin hat nur Dipl. Ing. W XXXX teilgenommen und wurden von ihm in dieser Verhandlungsrunde folgende Fragen zur Preiskalkulation der Zweitantragstellerin beantwortet:Auch an der zweiten Verhandlungsrunde der Zweitantragstellerin hat nur Dipl. Ing. W römisch 40 teilgenommen und wurden von ihm in dieser Verhandlungsrunde folgende Fragen zur Preiskalkulation der Zweitantragstellerin beantwortet:

Frage: Welcher KV und welche Verwendungsgruppen liegen dem im Angebot für den Inspektor 1 und Inspektor 2 zu Grunde?

Antwort:

Gem. Herrn W XXXX unterliegen alle in den Kalkulationsunterlagen angeführten Mitarbeiter dem KV für Information und Consulting. Die Unterscheidung der Bezeichnung Inspektor 1 und Inspektor 2 liegt in der internen Qualifikation.Gem. Herrn W römisch 40 unterliegen alle in den Kalkulationsunterlagen angeführten Mitarbeiter dem KV für Information und Consulting. Die Unterscheidung der Bezeichnung Inspektor 1 und Inspektor 2 liegt in der internen Qualifikation.

Frage: In Los 1 und Los 2 wird bei Pos 160 für den Inspektor 1 ein Zeitaufwand von 4h berechnet. Warum wird in Los 3 für die gleiche Tätigkeit ein Zeitaufwand von 5 h berechnet?

Antwort:

Lt. Herrn W XXXX wurde im Los 3 der Unkenntnis der örtlichen Gegebenheiten der Zeitaufwand um 1 Stunde erhöht. Lt. Herrn W römisch 40 wurde im Los 3 der Unkenntnis der örtlichen Gegebenheiten der Zeitaufwand um 1 Stunde erhöht.

Frage: Pos 220: Es wurde ein Inspektor 1 kalkuliert mit einem Stundenlohn von [XX,XX] € sowie sonstiges sowie einen Aufschlag und somit im Los 1 mit [YY,YY] €. In der Nachbesserung wurde dieser Preis angehoben, was wurde hier verändert?

Antwort:

Hier wurde Lt. Herrn W XXXX der Zeitaufwand der Position erhöht. Hier wurde Lt. Herrn W römisch 40 der Zeitaufwand der Position erhöht.

Zur Durchführung der Rammkernbohrung oder Rammkernsondierung wurde folgende Frage gestellt: „Warum wurde der Preis im Los 1 und Los 3 nicht verändert, im Los 2 jedoch durch den %-Aufschlag?“

Antwort:

Herr W XXXX erklärt, dass in dieser Position die vermehrten Nachteilsätze in der Kalkulation berücksichtigt wurden. Herr W römisch 40 erklärt, dass in dieser Position die vermehrten Nachteilsätze in der Kalkulation berücksichtigt wurden.

Frage zu Pos 520/530: Der Positionspreis ist nicht plausibel. Warum wird für die gleiche Tätigkeit im Los 3 ein wesentlich höherer Zeitaufwand kalkuliert?

Antwort:

Herr W XXXX verweist hier auf das Begleitschreiben vom 20.05.2020, in dem in den Losen 1 und 2 auf das bestehende Netzwerk bei den ÖBB und auf die Erfahrung hingewiesen wurde. Dies bedeutet, dass der Zugang zu notwendigen Informationen auf Grund des Netzwerks in den beiden Losen leichter möglich ist und dadurch der Zeitaufwand geringer kalkuliert wurde. Herr W römisch 40 verweist hier auf das Begleitschreiben vom 20.05.2020, in dem in den Losen 1 und 2 auf das bestehende Netzwerk bei den ÖBB und auf die Erfahrung hingewiesen wurde. Dies bedeutet, dass der Zugang zu notwendigen Informationen auf Grund des Netzwerks in den beiden Losen leichter möglich ist und dadurch der Zeitaufwand geringer kalkuliert wurde.

Fragen zu Pos 520/530 und Pos 580/590: Der Positionspreis ist nicht plausibel. Warum wird für die gleiche Tätigkeit im Los 3 ein mehr als doppelt so hoher Preis [kalkuliert]?

Antwort auf beide Fragen:

Herr W XXXX verweist hier auf das Begleitschreiben vom 20.05.2020, in dem in den Losen 1 und 2 auf das bestehende Netzwerk bei den ÖBB und auf die Erfahrung hingewiesen wurde. Dies bedeutet, dass der Zugang zu notwendigen Informationen auf Grund des Netzwerks in den beiden Losen leichter möglich ist und dadurch der Zeitaufwand geringer kalkuliert wurde. Herr W römisch 40 verweist hier auf das Begleitschreiben vom 20.05.2020, in dem in den Losen 1 und 2 auf das bestehende Netzwerk bei den ÖBB und auf die Erfahrung hingewiesen wurde. Dies bedeutet, dass der Zugang zu notwendigen Informationen auf Grund des Netzwerks in den beiden Losen leichter möglich ist und dadurch der Zeitaufwand geringer kalkuliert wurde.

(Verhandlungsschrift vom 22.12.2020, S. 9; Akt des Vergabeverfahrens)

Mit zwei Schreiben der Auftraggeberin vom 19.11.2020 wurden sowohl die Erst- als auch die Zweitantragstellerin darüber informiert, dass ihre jeweiligen Angebote in den Losen 1, 2 und 3, jeweils vom 22.06.2020 ausgeschieden werden und sowohl die Erst- als auch die Zweitantragstellerin vom Verfahren ausgeschlossen werden. Diese Entscheidungen werden mit den jeweiligen Nachprüfungsanträgen bekämpft.

(Akt des Vergabeverfahrens)

2. Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen ergeben sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht oder die Feststellungen sind unstrittig.

3. Rechtliche Beurteilung:

Die Ausschreibungsunterlagen, welche mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandsfest wurden und an welche daher alle am Vergabeverfahren Beteiligten gebunden sind, sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029; VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; VwGH 15. 03. 2017, Ra 2014/04/0052). Im Zweifel sind Festlegungen der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (VwGH 18.03.2015, Ra 2015/04/00 17).

3.a) Zu den Spruchpunkten 1) A) und 3) A):

Die Antragstellerinnen brachten zusammengefasst vor, dass sie zu Unrecht von der Auftraggeberin ausgeschieden und ausgeschlossen worden seien, da sie ihre jeweiligen Angebote eigenständig und unabhängig voneinander ausgearbeitet hätten. Das Angebot der Erstantragstellerin sei durch Dipl. Ing. W XXXX und das Angebot der Zweitantragstellerin durch Ing. W XXXX unabhängig voneinander erstellt worden. Dipl. Ing. W XXXX habe keine Kenntnis von Angebotsinhalten der Zweitantragstellerin gehabt und Ing. W XXXX habe keine Kenntnis von Angebotsinhalten der Erstantragstellerin gehabt. Die Antragstellerinnen brachten zusammengefasst vor, dass sie zu Unrecht von der Auftraggeberin ausgeschieden und ausgeschlossen worden seien, da sie ihre jeweiligen Angebote eigenständig und unabhängig voneinander ausgearbeitet hätten. Das Angebot der Erstantragstellerin sei durch Dipl. Ing. W römisch 40 und das Angebot der Zweitantragstellerin durch Ing. W römisch 40 unabhängig voneinander erstellt worden. Dipl. Ing. W römisch 40 habe keine Kenntnis von Angebotsinhalten der Zweitantragstellerin gehabt und Ing. W römisch 40 habe keine Kenntnis von Angebotsinhalten der Erstantragstellerin gehabt.

Die Erstantragstellerin und die Zweitantragstellerin sind verbundene Unternehmen.

Der EuGH führt in seinem Urteil vom 17.05.2018, C -531/16, Ecoservice, unter anderem wie folgt aus:

„29 Für den Fall, dass die betroffenen Gesellschaften keine wirtschaftliche Einheit bilden und die Muttergesellschaft keinen maßgeblichen Einfluss auf ihre Tochtergesellschaften ausübt, ist jedenfalls darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung in Art. 2 der Richtlinie 2004/18 verletzt wäre, wenn man es zuließe, dass miteinander verbundene Bieter abgesprochene oder abgestimmte, d. h. weder eigenständige noch unabhängige, und ihnen deshalb gegenüber den anderen Bietern möglicherweise ungerechtfertigte Vorteile verschaffende Angebote einreichen könnten, ohne dass es der Prüfung bedarf, ob die Einreichung solcher Angebote auch ein Verhalten darstellt, das gegen Art. 101 AEUV verstößt.“ 29 Für den Fall, dass die betroffenen Gesellschaften keine wirtschaftliche Einheit bilden und die Muttergesellschaft keinen maßgeblichen Einfluss auf ihre Tochtergesellschaften ausübt, ist jedenfalls darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung in Artikel 2, der Richtlinie 2004/18 verletzt wäre, wenn man es zuließe, dass miteinander verbundene Bieter abgesprochene oder abgestimmte, d. h. weder eigenständige noch unabhängige, und ihnen deshalb gegenüber den anderen Bietern möglicherweise ungerechtfertigte Vorteile verschaffende Angebote einreichen könnten, ohne dass es der Prüfung bedarf, ob die Einreichung solcher Angebote auch ein Verhalten darstellt, das gegen Artikel 101, AEUV verstößt.

[...]

33 Diese Rechtsprechung ist unter Berücksichtigung der in Rn. 29 des vorliegenden Urteils getroffenen Feststellungen auf Fälle wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden übertragbar, die dadurch gekennzeichnet sind, dass miteinander verbundene Bieter an einem Vergabeverfahren teilnehmen. Mithin hat ein öffentlicher Auftraggeber, der von objektiven Anhaltspunkten Kenntnis erlangt, die Zweifel an der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit eines Angebots aufkommen lassen, alle relevanten Umstände zu prüfen, die zum Erlass der Entscheidung über die Zuschlagserteilung geführt haben, um Interessenkonflikte zu verhindern, aufzudecken und zu beheben, gegebenenfalls auch dadurch, dass die Parteien ersucht werden, bestimmte Informationen und Beweise vorzulegen (vgl. entsprechend Urteil vom 12. März 2015, eVigilo, C?538/13, EU:C:2015:166, Rn. 44). 33 Diese Rechtsprechung ist unter Berücksichtigung der in Rn. 29 des vorliegenden Urteils getroffenen Feststellungen auf Fälle wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden übertragbar, die dadurch gekennzeichnet sind, dass miteinander verbundene Bieter an einem Vergabeverfahren teilnehmen. Mithin hat ein öffentlicher Auftraggeber, der von objektiven Anhaltspunkten Kenntnis erlangt, die Zweifel an der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit eines Angebots aufkommen lassen, alle relevanten Umstände zu prüfen, die zum Erlass der Entscheidung über die Zuschlagserteilung geführt

haben, um Interessenkonflikte zu verhindern, aufzudecken und zu beheben, gegebenenfalls auch dadurch, dass die Parteien ersucht werden, bestimmte Informationen und Beweise vorzulegen vergleiche entsprechend Urteil vom 12. März 2015, eVigilo, C-7538/13, EU:C:2015:166, Rn. 44).

[...]

37 Was das Beweismaß angeht, mit dem sich nachweisen lässt, dass weder eigenständige noch unabhängige Angebote vorliegen, so verlangt der Effektivitätsgrundsatz, dass der Nachweis für einen Verstoß gegen das Vergaberecht der Union nicht nur durch unmittelbare Beweise erbracht werden kann, sondern auch mittels Indizien, sofern diese objektiv und übereinstimmend sind, und dass die miteinander verbundenen Bieter in der Lage sind, den Beweis des Gegenteils zu erbringen (vgl. entsprechend Urteil vom 21. Januar 2016, Eturas u. a., C-774/14, EU:C:2016:42, Rn. 37).³⁷ Was das Beweismaß angeht, mit dem sich nachweisen lässt, dass weder eigenständige noch unabhängige Angebote vorliegen, so verlangt der Effektivitätsgrundsatz, dass der Nachweis für einen Verstoß gegen das Vergaberecht der Union nicht nur durch unmittelbare Beweise erbracht werden kann, sondern auch mittels Indizien, sofern diese objektiv und übereinstimmend sind, und dass die miteinander verbundenen Bieter in der Lage sind, den Beweis des Gegenteils zu erbringen vergleiche entsprechend Urteil vom 21. Januar 2016, Eturas u. a., C-774/14, EU:C:2016:42, Rn. 37).

38 Bei einer Rechtssache wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden genügt die Feststellung, dass die Verbindungen zwischen den Bietern den Inhalt ihrer im Rahmen desselben Verfahrens eingereichten Angebote beeinflusst haben, grundsätzlich dafür, dass diese Angebote vom öffentlichen Auftraggeber nicht berücksichtigt werden dürfen, denn die Angebote müssen eigenständig und unabhängig abgegeben werden, wenn sie von miteinander verbundenen Bietern stammen. Dagegen berechtigt die bloße Feststellung, dass zwischen den betroffenen Unternehmen durch Eigentum oder die Anzahl der Stimmrechte, die in den ordentlichen Gesellschafterversammlungen ausgeübt werden können, ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, den öffentlichen Auftraggeber noch nicht dazu, diese Unternehmen automatisch von dem Vergabeverfahren auszuschließen, ohne zu prüfen, ob sich ein solches Verhältnis auf das Verhalten der Unternehmen im Rahmen dieses Verfahrens konkret ausgewirkt hat (vgl. entsprechend Urteil vom 19. Mai 2009, Assitur, C-7538/07, EU:C:2009:317, Rn. 32).³⁸ Bei einer Rechtssache wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden genügt die Feststellung, dass die Verbindungen zwischen den Bietern den Inhalt ihrer im Rahmen desselben Verfahrens eingereichten Angebote beeinflusst haben, grundsätzlich dafür, dass diese Angebote vom öffentlichen Auftraggeber nicht berücksichtigt werden dürfen, denn die Angebote müssen eigenständig und unabhängig abgegeben werden, wenn sie von miteinander verbundenen Bietern stammen. Dagegen berechtigt die bloße Feststellung, dass zwischen den betroffenen Unternehmen durch Eigentum oder die Anzahl der Stimmrechte, die in den ordentlichen Gesellschafterversammlungen ausgeübt werden können, ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, den öffentlichen Auftraggeber noch nicht dazu, diese Unternehmen automatisch von dem Vergabeverfahren auszuschließen, ohne zu prüfen, ob sich ein solches Verhältnis auf das Verhalten der Unternehmen im Rahmen dieses Verfahrens konkret ausgewirkt hat vergleiche entsprechend Urteil vom 19. Mai 2009, Assitur, C-7538/07, EU:C:2009:317, Rn. 32).

39 Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, unter Berücksichtigung des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens die Nachprüfung und Würdigung vorzunehmen, die in dieser Hinsicht sowie in Bezug auf die im Rahmen der vierten Frage unter Buchst. a mitgeteilten Umstände und die Beweiskraft der in derselben Frage unter Buchst. b angeführten freiwilligen Erklärung eines Bieters geboten sind. Gelangt das Gericht am Ende dieser Prüfung und Würdigung zu dem Ergebnis, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Angebote nicht eigenständig und unabhängig abgegeben worden sind, ist daran zu erinnern, dass Art. 2 der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass er dem Zuschlag an Bieter, die solche Angebote eingereicht haben, entgegensteht.³⁹ Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, unter Berücksichtigung des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens die Nachprüfung und Würdigung vorzunehmen, die in dieser Hinsicht sowie in Bezug auf die im Rahmen der vierten Frage unter Buchst. a mitgeteilten Umstände und die Beweiskraft der in derselben Frage unter Buchst. b angeführten freiwilligen Erklärung eines Bieters geboten sind. Gelangt das Gericht am Ende dieser Prüfung und Würdigung zu dem Ergebnis, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Angebote nicht eigenständig und unabhängig abgegeben worden sind, ist daran zu erinnern, dass Artikel 2, der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass er dem Zuschlag an Bieter, die solche Angebote eingereicht haben, entgegensteht.“

Aus den zitierten Urteil des EuGH ergibt sich somit zur Frage, was bei Angeboten von verbundenen Unternehmen im

Besonderen zu beachten ist, dass Angebote, wenn sie von miteinander verbundenen Bietern stammen eigenständig und unabhängig abgegeben werden müssen. Ein öffentlicher Auftraggeber, der von objektiven Anhaltspunkten Kenntnis erlangt, die Zweifel an der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit eines Angebots aufkommen lassen, hat alle relevanten Umstände zu prüfen, die zum Erlass der Entscheidung über die Zuschlagserteilung geführt haben, um Interessenkonflikte zu verhindern, aufzudecken und zu beheben, gegebenenfalls auch dadurch, dass die Parteien er sucht werden, bestimmte Informationen und Beweise vorzulegen.

Was das Beweismaß angeht, mit dem sich nachweisen lässt, dass weder eigenständige noch unabhängige Angebote vorliegen, so verlangt der Effektivitätsgrundsatz, dass der Nachweis für einen Verstoß gegen das Vergaberecht der Union nicht nur durch unmittelbare Beweise erbracht werden kann, sondern auch mittels Indizien, sofern diese objektiv und übereinstimmend sind, und dass die miteinander verbundenen Bieter in der Lage sind, den Beweis des Gegenteils zu erbringen.

Die bloße Feststellung, dass zwischen den betroffenen Unternehmen durch Eigentum oder die Anzahl der Stimmrechte, die in den ordentlichen Gesellschafterversammlungen ausgeübt werden können, ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, berechtigt den öffentlichen Auftraggeber noch nicht dazu, diese Unternehmen automatisch von dem Vergabeverfahren auszuschließen, ohne zu prüfen, ob sich ein solches Verhältnis auf das Verhalten der Unternehmen im Rahmen dieses Verfahrens konkret ausgewirkt hat. Wenn sich jedoch erweist, dass die Verbindungen zwischen den Bietern den Inhalt ihrer im Rahmen desselben Verfahrens eingereichten Angebote beeinflusst haben, dürfen diese Angebote vom öffentlichen Auftraggeber nicht berücksichtigt werden, denn die Angebote müssen eigenständig und unabhängig abgegeben werden, wenn sie von miteinander verbundenen Bietern stammen.

In der gegenständlichen Sache ist somit zu prüfen, ob die Erst- und Zweitantragstellerin, welche verbundene Unternehmen sind, ihre jeweiligen Angebote eigenständig und unabhängig voneinander erstellt und abgegeben haben, wobei die Auftraggeberin davon ausgeht, dass dies nicht der Fall ist, die Antragstellerinnen jedoch, dass dies schon der Fall ist.

Die Auftraggeberin hat als einen Grund, warum die Angebote der Erst- und Zweitantragstellerin nicht eigenständig und unabhängig voneinander erstellt und abgegeben worden seien angegeben, dass sämtliche Angebote der Erst- und der Zweitantragstellerin (insgesamt handelt es sich um 8 Angebote) von Dipl. Ing. W XXXX elektronisch signiert worden seien. Die Auftraggeberin hat weiters darauf hingewiesen, dass Dipl. Ing. W XXXX mit dieser Signatur bestätigt habe, dass er als Vertreter der jeweiligen Gesellschaft die Leistungen zu den angebotenen Preisen anbietet. Die Auftraggeberin hat als einen Grund, warum die Angebote der Erst- und Zweitantragstellerin nicht eigenständig und unabhängig voneinander erstellt und abgegeben worden seien angegeben, dass sämtliche Angebote der Erst- und der Zweitantragstellerin (insgesamt handelt es sich um 8 Angebote) von Dipl. Ing. W römisch 40 elektronisch signiert worden seien. Die Auftraggeberin hat weiters darauf hingewiesen, dass Dipl. Ing. W römisch 40 mit dieser Signatur bestätigt habe, dass er als Vertreter der jeweiligen Gesellschaft die Leistungen zu den angebotenen Preisen anbietet.

Der Auftraggeberin ist diesbezüglich zuzustimmen. Bei der im konkreten Fall festgestellten Tatsache, dass eine Person, nämlich Dipl. Ing. W XXXX, alle acht Angebote der beiden verbundenen Unternehmen unterfertigt und dabei bestätigt, dass er die Leistungen zu den angebotenen Preisen anbietet, handelt es sich um ein starkes Indiz dafür, dass diese Person die angebotenen Leistungen und Preise der Erst- und Zweitantragstellerin auch kennt und somit die Angebote nicht eigenständig und unabhängig voneinander erstellt und abgegeben wurden. Schon aus diesem Grund steht somit fest, dass die Angebote der Erst- und Zweitantragstellerin nicht eigenständig und unabhängig voneinander erstellt und abgegeben wurden. Die Erstantragstellerin und die Zweitantragstellerin wurden daher schon aus diesem Grund zu Recht gemäß § 249 Abs. 2 Z. 3 BVergG 2018 ausgeschlossen und ihre Angebote zu Recht gemäß § 302 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2018 bzw. § 269 Abs. 1 Z. 6 BVergG 2006 ausgeschieden. Der Auftraggeberin ist diesbezüglich zuzustimmen. Bei der im konkreten Fall festgestellten Tatsache, dass eine Person, nämlich Dipl. Ing. W römisch 40, alle acht Angebote der beiden verbundenen Unternehmen unterfertigt und dabei bestätigt, dass er die Leistungen zu den angebotenen Preisen anbietet, handelt es sich um ein starkes Indiz dafür, dass diese Person die angebotenen Leistungen und Preise der Erst- und Zweitantragstellerin auch kennt und somit die Angebote nicht eigenständig und unabhängig voneinander erstellt und abgegeben wurden. Schon aus diesem Grund steht somit fest, dass die Angebote der Erst- und Zweitantragstellerin nicht eigenständig und unabhängig voneinander erstellt und abgegeben wurden. Die Erstantragstellerin und die Zweitantragstellerin wurden daher schon aus diesem Grund zu Recht gemäß Paragraph

249, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2018 ausgeschlossen und ihre Angebote zu Recht gemäß Paragraph 302, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018 bzw. Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2006 ausgeschieden.

Wenn die beiden Antragstellerinnen dazu ausführen, dass Ing. W XXXX für die Unterfertigung der Angebote der Zweitantragstellerin lediglich das Handy ihres Mannes verwendet hätte um das Angebot elektronisch zu signieren, dieser aber keine Kenntnis von den Angeboten der Zweitantragstellerin gehabt hätte und Dipl. Ing. W XXXX dies bestätigt, so sind diese Behauptungen als unglaubwürdige Schutzbehauptungen zu qualifizieren, womit jedenfalls der Beweis des Gegenteils nicht erbracht werden konnte. Wenn die beiden Antragstellerinnen dazu ausführen, dass Ing. W römisch 40 für die Unterfertigung der Angebote der Zweitantragstellerin lediglich das Handy ihres Mannes verwendet hätte um das Angebot elektronisch zu signieren, dieser aber keine Kenntnis von den Angeboten der Zweitantragstellerin gehabt hätte und Dipl. Ing. W römisch 40 dies bestätigt, so sind diese Behauptungen als unglaubwürdige Schutzbehauptungen zu qualifizieren, womit jedenfalls der Beweis des Gegenteils nicht erbracht werden konnte.

Die Auftraggeberin hat als weiteren Grund, warum die Angebote der Erst- und Zweitantragstellerin nicht eigenständig und unabhängig voneinander erstellt und abgegeben worden seien angegeben, dass sowohl die Erst- als auch die Zweitantragstellerin bei den beiden Verhandlungsgesprächen am 13.05.2020 und am 03.06.2020 von Dipl. Ing. W XXXX vertreten worden seien und dieser sowohl Fragen zur Kalkulation der eingereichten Angebote beider Antragstellerinnen beantwortet als auch für beide Gesellschaften über die Kalkulation für künftige Angebote verhandelt hätte. Die Auftraggeberin hat als weiteren Grund, warum die Angebote der Erst- und Zweitantragstellerin nicht eigenständig und unabhängig voneinander erstellt und abgegeben worden seien angegeben, dass sowohl die Erst- als auch die Zweitantragstellerin bei den beiden Verhandlungsgesprächen am 13.05.2020 und am 03.06.2020 von Dipl. Ing. W römisch 40 vertreten worden seien und dieser sowohl Fragen zur Kalkulation der eingereichten Angebote beider Antragstellerinnen beantwortet als auch für beide Gesellschaften über die Kalkulation für künftige Angebote verhandelt hätte.

Auch hierin ist der Auftraggeberin zuzustimmen. Dipl. Ing. W XXXX hat bei den beiden Verhandlungsgesprächen am 13.05.2020 und am 03.06.2020 sowohl die Erst- als auch die Zweitantragstellerin vertreten und sowohl Fragen zur Kalkulation der eingereichten Angebote beider Antragstellerinnen beantwortet als auch für beide Gesellschaften über die Kalkulation für künftige Angebote verhandelt. Dies ist nur möglich, wenn Dipl. Ing. W XXXX in Kenntnis der angebotenen Leistungen und Preise der Erst- und der Zweitantragstellerin ist. Auch aus diesem Grund steht somit fest, dass die Angebote der Erst- und Zweitantragstellerin nicht eigenständig und unabhängig voneinander erstellt und abgegeben wurden. Die Erstantragstellerin und die Zweitantragstellerin wurden daher auch aus diesem Grund zu Recht gemäß § 249 Abs. 2 Z. 3 BVergG 2018 ausgeschlossen und ihre Angebote zu Recht gemäß § 302 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2018 bzw. § 269 Abs. 1 Z. 6 BVergG 2006 ausgeschieden. Auch hierin ist der Auftraggeberin zuzustimmen. Dipl. Ing. W römisch 40 hat bei den beiden Verhandlungsgesprächen am 13.05.2020 und am 03.06.2020 sowohl die Erst- als auch die Zweitantragstellerin vertreten und sowohl Fragen zur Kalkulation der eingereichten Angebote beider Antragstellerinnen beantwortet als auch für beide Gesellschaften über die Kalkulation für künftige Angebote verhandelt. Dies ist nur möglich, wenn Dipl. Ing. W römisch 40 in Kenntnis der angebotenen Leistungen und Preise der Erst- und der Zweitantragstellerin ist. Auch aus diesem Grund steht somit fest, dass die Angebote der Erst- und Zweitantragstellerin nicht eigenständig und unabhängig voneinander erstellt und abgegeben wurden. Die Erstantragstellerin und die Zweitantragstellerin wurden daher auch aus diesem Grund zu Recht gemäß Paragraph 249, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2018 ausgeschlossen und ihre Angebote zu Recht gemäß Paragraph 302, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018 bzw. Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2006 ausgeschieden.

Wenn die beiden Antragstellerinnen dazu ausführen, dass Ing. W XXXX für die Unterfertigung der Angebote der Zweitantragstellerin lediglich das Handy ihres Mannes verwendet hätte um das Angebot elektronisch zu signieren, dieser aber keine Kenntnis von den Angeboten der Zweitantragstellerin gehabt hätte und Dipl. Ing. W XXXX dies bestätigt, so sind diese Behauptungen wiederum als unglaubwürdige Schutzbehauptungen zu qualifizieren, womit jedenfalls der Beweis des Gegenteils nicht erbracht werden konnte. Wenn die beiden Antragstellerinnen dazu ausführen, dass Ing. W römisch 40 für die Unterfertigung der Angebote der Zweitantragstellerin lediglich das Handy ihres Mannes verwendet hätte um das Angebot elektronisch zu signieren, dieser aber keine Kenntnis von den

Angeboten der Zweitantragstellerin gehabt hätte und Dipl. Ing. W römisch 40 dies bestätigt, so sind diese Behauptungen wiederum als unglaubwürdige Schutzbehauptungen zu qualifizieren, womit jedenfalls der Beweis des Gegenteils nicht erbracht werden konnte.

Es erübrigt sich daher, auf die weiteren Ausschluss- und Ausscheidensgründe der Auftraggeberin einzugehen.

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass es vom BVwG als erwiesen angesehen wird, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren die Angebote der verbundenen Unternehmen Erst- und Zweitantragstellerin nicht eigenständig und unabhängig erstellt und abgegeben wurden und die Verbindungen zwischen den Antragstellerinnen den Inhalt ihrer im Rahmen des gegenständlichen Vergabeverfahrens eingereichten Angebote beeinflusst hat, weshalb sie zu Recht ausgeschlossen und ihre Angebote ausgeschieden wurden.

3.b) Zu den Spruchpunkten 2.) A) und 4) A)- Gebührenersatz:

Da die Antragstellerinnen nicht obsiegt haben, haben sie gemäß § 341 BVergG 2018 keinen Anspruch auf Gebührenersatz durch die Auftraggeberin. Da die Antragstellerinnen nicht obsiegt haben, haben sie gemäß Paragraph 341, BVergG 2018 keinen Anspruch auf Gebührenersatz durch die Auftraggeberin.

B) Revision (Spruchpunkte 1) B), 2) B), 3) B) und 4) B)):

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

Nach Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG ist gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn dieser von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Ist die Rechtslage eindeutig, liegt keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor (vgl. VwGH 28.02.2018, Ro 2017/04/0120). Nach Artikel 133, Absatz 9, in Verbindung mit Absatz 4, B-VG ist gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn dieser von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Ist die Rechtslage eindeutig, liegt keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor vergleiche VwGH 28.02.2018, Ro 2017/04/0120).

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG nicht zulässig, da keiner der vorgenannten Fälle vorliegt. Auch ist die Rechtslage eindeutig und es sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 9, in Verbindung mit Absatz 4, B-VG nicht zulässig, da keiner der vorgenannten Fälle vorliegt. Auch ist die Rechtslage eindeutig und es sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig Auslegung der Ausschreibung Ausscheiden von Angeboten Ausscheidensentscheidung Ausscheidensgrund bestandfeste Ausschreibung Eigenständigkeit elektronische Signatur Glaubwürdigkeit Inhalt des Angebots Interessenskonflikt Kalkulation Kenntnis mündliche Verhandlung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren Nichtigerklärung objektiver Erklärungswert Rahmenvereinbarung Unabhängigkeit Unregelmäßigkeiten Vergabeverfahren Wettbewerb Wettbewerbsrelevanz

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:W134.2237368.2.00

Im RIS seit

05.07.2021

Zuletzt aktualisiert am

05.07.2021

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at