

# TE Bvwg Erkenntnis 2017/4/7 W149 2144083-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.04.2017

## Entscheidungsdatum

07.04.2017

## Norm

ABGB §914

AVG 1950 §38

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16

BVergG 2006 §269 Abs1 Z1

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §313

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §323

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs5

B-VG Art.133 Abs4

1. ABGB § 914 heute

2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. AVG 1950 § 38 gültig von 01.09.1950 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 51/1991

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 313 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 313 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 323 gültig von 12.07.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. 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

## **Spruch**

W149 2144083-2/40E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Rita-Maria KIRSCHBAUM als Vorsitzende sowie Dr. Walter FUCHS als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Instandhaltungsleistungen für 5 Schienenpersonenfahrzeuge" der Raab-Oedenburg-Ebenfurter Eisenbahn AG, Wulkaprodersdorf, über den Antrag der XXXX, vom 09.01.2016 auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 29.12.2016 zugunsten der XXXX, wie folgt entschieden: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Rita-Maria KIRSCHBAUM als Vorsitzende sowie Dr. Walter FUCHS als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Instandhaltungsleistungen für 5 Schienenpersonenfahrzeuge" der Raab-Oedenburg-Ebenfurter Eisenbahn AG, Wulkaprodersdorf, über den Antrag der römisch 40, vom 09.01.2016 auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 29.12.2016 zugunsten der römisch 40, wie folgt entschieden:

A) Dem Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung wird

stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung wird für nichtig erklärt.

B) Dem Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr in Höhe von € 3.078,00 wird stattgegeben.

Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 3.078,00 binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zuhänden ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen.

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

## **Text**

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE**

#### **I. Verfahren römisch eins. Verfahren**

Die XXXX, ist Anbieterin von Wartungsleistungen für Schienenfahrzeuge (im Folgenden: Antragstellerin). Die Antragsgegnerin, RAAB-OEDENBURG-EBENFURTER AG, Wulkaprodersdorf, ist ein Eisenbahnverkehrsunternehmen (im Folgenden: Antragsgegnerin). Die römisch 40, ist Anbieterin von Wartungsleistungen für Schienenfahrzeuge (im Folgenden: Antragstellerin). Die Antragsgegnerin, RAAB-OEDENBURG-EBENFURTER AG, Wulkaprodersdorf, ist ein Eisenbahnverkehrsunternehmen (im Folgenden: Antragsgegnerin).

#### **1. Vergabeverfahren**

Die Antragsgegnerin führte ein offenes Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich als Sektorenauftraggeberin nach dem Bestbieterprinzip zur Vergabe von Lieferungen (Instandhaltungsleistungen für fünf Schienenpersonenfahrzeuge für eine Laufzeit von zwei Jahren mit Verlängerungsoption) durch.

Im Rahmen dessen erfolgte am 13.10.2016 eine Bekanntmachung EU- und am 14.10.2016 österreichweit.

Die Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen endete am 13.12.2016. Die Antragstellerin und die mitbeteiligte Partei, XXXX, (im Folgenden: mitbeteiligte Partei) gaben beide fristgerecht Teilnahmeanträge ab. In weiterer Folge wurden Verhandlungen durchgeführt und die Parteien legten Angebote sowie nach einem Hearing jeweils ihre "last and best offer", welche von der in den Ausschreibungsunterlagen bezeichneten Kommission bewertet wurden. Die Frist zur

Abgabe von Teilnahmeanträgen endete am 13.12.2016. Die Antragstellerin und die mitbeteiligte Partei, römisch 40 , (im Folgenden: mitbeteiligte Partei) gaben beide fristgerecht Teilnahmeanträge ab. In weiterer Folge wurden Verhandlungen durchgeführt und die Parteien legten Angebote sowie nach einem Hearing jeweils ihre "last and best offer", welche von der in den Ausschreibungsunterlagen bezeichneten Kommission bewertet wurden.

Die Antragsgegnerin entschied auf der Grundlage der Bewertungen der Kommission und der gebotenen Preise, den Zuschlag der mitbeteiligten Partei zu erteilen.

Diese Zuschlagsentscheidung wurde allen Bieterinnen am 29.12.2016 unter Angabe der mitbeteiligten Parteien als präsumtiven Zuschlagsempfängerin übermittelt. Zur Begründung wurde darauf hingewiesen, dass deren Angebot trotz schlechterer Bewertung der Qualität einen deutlich niedrigeren Preis aufweise, sodass es nach der Bewertungsformel der Ausschreibungsunterlagen insgesamt als bestes Angebot bewertet worden sei.

## 2. Gerichtliches Verfahren

Mit Schriftsatz vom 09.01.2017 – übermittelt und eingelangt beim Bundesverwaltungsgericht über ihren bevollmächtigten rechtsfreundlichen Vertreter am selben Tag – stellte die Antragstellerin den Antrag,

1. das BVwG möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 29.12.2016 der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Zuschlag zu erteilen, im Vergabeverfahren "Vergabe von Instandhaltungsleitungen für 5 Schienenpersonenfahrzeuge" für nicht erklären;

2. das BVwG möge der Antragsgegnerin auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren für diesen Antrag auf Nachprüfung in der Höhe von € 2.052,00 zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen;

3. Akteneinsicht nach Vorlage des Vergabeaktes.

Zur Begründung des Hauptantrages führte die Antragstellerin an, die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären. Sie machte im Wesentlichen geltend, das Angebot der mitbeteiligten Partei sei zwingend auszuschneiden gewesen, weil diese nicht über die notwendige Befugnis oder technische Leistungsfähigkeit verfüge und ihr Angebot in diversen Punkten nicht den Ausschreibungsunterlagen entspreche.

Am selben Tag überwies die Antragstellerin eine Pauschalgebühr in Höhe von € 3.078,00 und die Antragsgegnerin wurde gemäß § 328 Abs. 5 BVergG 2006 durch das Bundesverwaltungsgericht über den Nachprüfungsantrag informiert und aufgefordert, innerhalb einer gesetzten Frist näher bezeichnete allgemeine Auskünfte zum gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen. Am selben Tag überwies die Antragstellerin eine Pauschalgebühr in Höhe von € 3.078,00 und die Antragsgegnerin wurde gemäß Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006 durch das Bundesverwaltungsgericht über den Nachprüfungsantrag informiert und aufgefordert, innerhalb einer gesetzten Frist näher bezeichnete allgemeine Auskünfte zum gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen.

Außerdem wurde die Antragsgegnerin gemäß § 313 Abs. 1 BVergG 2006 ersucht, unverzüglich, innerhalb der besagten Frist beim Bundesverwaltungsgericht einlangend sämtliche Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens im Original (unter Anschluss einer vollständigen Übersicht) zu übermitteln, wobei alle Angaben durch geeignete Nachweise zu belegen wären. Außerdem wurde die Antragsgegnerin gemäß Paragraph 313, Absatz eins, BVergG 2006 ersucht, unverzüglich, innerhalb der besagten Frist beim Bundesverwaltungsgericht einlangend sämtliche Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens im Original (unter Anschluss einer vollständigen Übersicht) zu übermitteln, wobei alle Angaben durch geeignete Nachweise zu belegen wären.

Schließlich erfolgte die Bekanntmachung gemäß § 323 Abs. 1 BVergG 2006 auf der Webseite des Bundesverwaltungsgerichts und die präsumtive Zuschlagsempfängerin wurde als präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 323 Abs. 4 BVergG 2006 informiert. Schließlich erfolgte die Bekanntmachung gemäß Paragraph 323, Absatz eins, BVergG 2006 auf der Webseite des Bundesverwaltungsgerichts und die präsumtive Zuschlagsempfängerin wurde als präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 323, Absatz 4, BVergG 2006 informiert.

In weiterer Folge machte die mitbeteiligte Partei fristgerecht begründete Einwendungen und die Antragsgegnerin übermittelte die Vergabeakten.

Des Weiteren war der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (Untersagung der Zuschlagserteilung bis zum Abschluss des gegenständlichen Verfahrens) gestellt, welchem mit Beschluss vom 13.01.2017 (W149 2144083-1/2E) stattgegeben wurde. Die Entscheidung über den Antrag auf Kostenerstattung in Höhe von € 1.026,00 wurde der

Erledigung in der Hauptsache vorbehalten.

Alle Parteien reichten in mehreren Schriftsätzen Stellungnahmen ein, welche den jeweils anderen Parteien übermittelt wurden. Soweit entscheidungsrelevant und nicht ohnehin im Besitz der jeweiligen Parteien wurden die Beweismittel, welche den Schriftsätzen beigelegt waren, den anderen Parteien übermittelt. Informationen, welche Geschäftsgeheimnisse enthielten, wurden - soweit nicht entscheidungsrelevant - geschwärzt.

Am 09.03.2017 fand die erste mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Senat des BVwG statt, an welcher alle Parteien unter rechtsfreundlicher Vertretung teilnahmen. Hier wurden weiter Beweismittel vorgelegt und durch Verlesung der relevanten Passagen den jeweils anderen Parteien bekannt gemacht. Durch das erstmalige Vorbringen der Antragstellerin, wonach die mitbeteiligte Partei bereits im Teilnahmeantrag unrichtige Angaben gemacht habe und daher nicht zur zweiten Phase des Verfahrens hätte zugelassen werden können, waren weitere Beweisaufnahmen notwendig. Die Parteien wurden aufgefordert, bestimmte Beweismittel beizubringen, was nur teilweise erfolgt.

Daraufhin wurde die mündliche Verhandlung am 29.03.2017 wiedereröffnet und fortgesetzt. Neben den Parteien und ihren rechtsfreundlichen Vertretungen wurden Zeugen jeweils der Antragstellerin und der mitbeteiligten Partei einvernommen.

Der erkennende Senat hat am heutigen Tag abschließend beraten und das vorliegende Erkenntnis einstimmig beschlossen.

## II. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt römisch zwei. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

### 1. Beweismittel

Das Bundesverwaltungsgericht hat die folgenden Dokumente wörtlich wiedergegeben werden. Schreib- und Grammatikfehler wurden nicht berichtigt. Anmerkungen des Bundesverwaltungsgerichts wurden entsprechend gekennzeichnet (Anm.:).

#### 1.1. Formblatt Teilnahmeantrag (mit Angaben der Antragstellerin)

#### 2 Angaben der Bewerber / Mitglieder der Bewerbergemeinschaft / Subunternehmer / sonstige Dritte [...]

Wir haben die Teilnahmeunterlagen und die Bekanntmachung der Raab Oedenburg-Ebenfurter Eisenbahn AG für die umseits bezeichneten Leistungen sorgfältig gelesen und nehmen die darin enthaltenen Bestimmungen ausdrücklich zur Kenntnis. Alle von uns in diesem Teilnahmeantrag und den angeschlossenen Erklärungen enthaltenen Informationen entsprechen der Wahrheit. Wir nehmen zur Kenntnis, dass allfällige Unwahrheiten bzw. Halbwahrheiten zum Ausscheiden unseres Teilnahmeantrages führen.

#### 3 Technische Leistungsfähigkeit + Angaben zur Auswahlentscheidung

##### 3.1 Entfernung der Werkstätte von Wulkaprodersdorf sowie Zugang über die österreichische Schieneninfrastruktur

Die uns vollumfänglich zur Verfügung stehende Werkstatt zur Erbringung der ausgeschriebenen Instandhaltungsleistungen befindet sich in

XXXX, römisch 40 ,

XXXX römisch 40

(Ort und Adresse) und ist damit vom Sitz des Auftraggebers in Wulkaprodersdorf 64 km entfernt. Wir werden diese Werkstatt im Fall einer Einladung zur zweiten Stufe zur Auftragsausführung anbieten.

#### 4 (Eigenerklärungen des Bewerbers / der Mitglieder der Bewerbergemeinschaft gemäß § 231 BVergG + Teilnahmeantrag4 (Eigenerklärungen des Bewerbers / der Mitglieder der Bewerbergemeinschaft gemäß Paragraph 231, BVergG + Teilnahmeantrag

Wir erklären an Eides Statt4, dass

[...]

alle Angaben und Informationen im vollständig ausgefüllten Teilnahmeantrag vollständig, wahrheitsgemäß und richtig sind.

4 [...]. Im Übrigen ist eine falsche eidesstattliche Erklärung ein Ausscheidungsgrund.

[...]

(Unterschrift) (Unterschrift)

Wien, 14.11.2016 i.V. XXXX i.v. XXXXWien, 14.11.2016 i.V. römisch 40 i.v. römisch 40

1.2. ABIN (XXXX)1.2. ABIN (römisch 40 )

Allgemeine Bedingungen für die Inbestandgabe von Immobilien

durch die XXXX als BG, im Folgenden kurz als BG bezeichnet, und der nach Maßgabe eines gesonderten Einzelvertrages festzulegenden Umfanges der Inbestandgabe des Bestandgegenstandes an die im Einzelvertrag festzulegende BN (Anm.: gemeint wohl "Bestandsnehmerin"), im Folgenden kurz als BN bezeichnet.durch die römisch 40 als BG, im Folgenden kurz als BG bezeichnet, und der nach Maßgabe eines gesonderten Einzelvertrages festzulegenden Umfanges der Inbestandgabe des Bestandgegenstandes an die im Einzelvertrag festzulegende BN Anmerkung, gemeint wohl "Bestandsnehmerin"), im Folgenden kurz als BN bezeichnet.

6. Nutzung des Bestandgegenstandes durch die BN

Grundsätzlich erhält die BN das alleinige Nutzungsrecht am Bestandgegenstand. Seitens der BN sind die von der BG an Dritte eingeräumte Dienstbarkeiten, Prekaria und sonstige Nutzungsrechte zu dulden. Im Falle, dass eine Neuvergabe von solchen Nutzungsrechten im öffentlichen Interesse an Dritte erforderlich ist, ist die BG auch zur Einräumung solcher Rechte nach Abstimmung mit der BN berechtigt. Die BN räumt darüber hinaus der BG, weiteren BN und Dritten das Recht zur Mitbenützung unwiderruflich auf die Dauer dieses Bestandverhältnisses im erforderlichen Umfang, als dies zur Nutzung der jeweiligen Bestandgegenstände erforderlich ist, ein; dies betrifft insbesondere Zugangs und Zufahrtsrechte.

17. Weitergabe

Die Weitergabe des Bestandgegenstandes an Dritte ist ausnahmslos ausgeschlossen.

18. Unterbestandgabe

Die gänzliche oder teilweise Unterbestandgabe des Bestandgegenstandes ist nicht zulässig, es sei denn, dass die Nutzungsüberlassung an Dritte zur zweckmäßigen Geschäftstätigkeit des Bestandgegenstandes gehörig ist (zum Beispiel Parkplätze, Lagerflächen). Die BN ist jedoch zur Unterbestandgabe von Teilbestandflächen, für die keine selbstständige Teilkündigung nach Maßgabe der Bestimmungen des Vertrages ausgeübt werden kann, berechtigt; die BN meldet die beabsichtigte Unterbestandgabe der BG und hat die BG in begründeten Fällen, einzelne Nutzer von der Unterbestandgabe auszuschließen.

Besondere Bedingungen für die Inbestandgabe von Eisenbahnanlagen der XXXXBesondere Bedingungen für die Inbestandgabe von Eisenbahnanlagen der römisch 40

In Ergänzung und in Abänderung der allgemeinen Bedingungen für die Inbestandgabe von Immobilien

30. Unterbestandgabe

Unbeschadet der nach den allgemeinen Bedingungen erforderlichen Zustimmung der BG zur Unterbestandgabe bedarf die gänzliche oder teilweise Unterbestandgabe von Eisenbahnanlagen bei sonstiger Nichtigkeit der behördlichen Bewilligung nach § 26 Abs. 3 EisebG. Nach Zustimmung der BG zur Unterbestandgabe obliegt die Einholung dieser Bewilligung der BN.Unbeschadet der nach den allgemeinen Bedingungen erforderlichen Zustimmung der BG zur Unterbestandgabe bedarf die gänzliche oder teilweise Unterbestandgabe von Eisenbahnanlagen bei sonstiger Nichtigkeit der behördlichen Bewilligung nach Paragraph 26, Absatz 3, EisebG. Nach Zustimmung der BG zur Unterbestandgabe obliegt die Einholung dieser Bewilligung der BN.

1.3. E-Mail-Verkehr (XXXX)1.3. E-Mail-Verkehr (römisch 40 )

Von: XXXXVon: römisch 40

Gesendet: Donnerstag, 24. September 2015 13:35

An: XXXXAn: römisch 40

Betreff: XXXX < Datei: Plan Lokhalle.pdf>Betreff: römisch 40 < Datei: Plan Lokhalle.pdf>

< Datei: Plan Lokhalle.pdf>

Sehr geehrter Herr XXXX, Sehr geehrter Herr römisch 40 ,

danke für das nette Telefonat, zusammenfassend geht es um die Nutzung der Gleise 807 und 808 durch XXXX für den Zeitraum von 1.10.2015 bis 31.3.2016. In Beilage darf ich Ihnen den von unserem Stations- und Liegenschaftsmanager Herrn XXXX zur Verfügung gestellten Plan übermitteln. Die zur Anmietung rosa hinterlegte Fläche beträgt rund 2.161,20 m2. danke für das nette Telefonat, zusammenfassend geht es um die Nutzung der Gleise 807 und 808 durch römisch 40 für den Zeitraum von 1.10.2015 bis 31.3.2016. In Beilage darf ich Ihnen den von unserem Stations- und Liegenschaftsmanager Herrn römisch 40 zur Verfügung gestellten Plan übermitteln. Die zur Anmietung rosa hinterlegte Fläche beträgt rund 2.161,20 m2.

Nach den Bestimmungen des EisebG handelt es sich bei der Lokhalle im Bf. XXXX um eine Eisenbahnanlage der XXXX gemäß § 10. Bei dieser Eisenbahnanlage handelt es sich daher um eine Serviceeinrichtung gemäß § 58 für eine öffentliche Eisenbahn. Rechtlich hat dies nun die Konsequenz, dass der Betrieb auf Eisenbahnanlagen nur Eisenbahnverkehrsunternehmen führen dürfen. Betrieb heißt in diesem Fall sowohl die Manipulation der Fahrzeuge (Einstellen, Wegführen, aber auch das bloße Bewegen innerhalb der Halle) als auch die Reparatur der Fahrzeuge. Nach den Bestimmungen des EisebG handelt es sich bei der Lokhalle im Bf. römisch 40 um eine Eisenbahnanlage der römisch 40 gemäß Paragraph 10, Bei dieser Eisenbahnanlage handelt es sich daher um eine Serviceeinrichtung gemäß Paragraph 58, für eine öffentliche Eisenbahn. Rechtlich hat dies nun die Konsequenz, dass der Betrieb auf Eisenbahnanlagen nur Eisenbahnverkehrsunternehmen führen dürfen. Betrieb heißt in diesem Fall sowohl die Manipulation der Fahrzeuge (Einstellen, Wegführen, aber auch das bloße Bewegen innerhalb der Halle) als auch die Reparatur der Fahrzeuge.

Das bedeutet, dass XXXX jedenfalls ein zugelassenes Eisenbahnverkehrsunternehmen sein müsste bzw. sich eines solchen bedienen müsste. Das bedeutet, dass römisch 40 jedenfalls ein zugelassenes Eisenbahnverkehrsunternehmen sein müsste bzw. sich eines solchen bedienen müsste.

Wie schon telefonisch besprochen, sind für die ggst. Anmietung zwei Varianten denkbar: 1) die interne Anmietung über PV oder aber 2) eine externe Anmietung durch XXXX direkt. Die genauen Konditionen kann ich Ihnen jedoch erst Anfang nächster Woche bekanntgeben. Der Verwaltungsaufwand im Falle einer internen Anmietung wäre jedenfalls geringer und aus Ihrer Sicht vielleicht effektiver. Wie schon telefonisch besprochen, sind für die ggst. Anmietung zwei Varianten denkbar: 1) die interne Anmietung über PV oder aber 2) eine externe Anmietung durch römisch 40 direkt. Die genauen Konditionen kann ich Ihnen jedoch erst Anfang nächster Woche bekanntgeben. Der Verwaltungsaufwand im Falle einer internen Anmietung wäre jedenfalls geringer und aus Ihrer Sicht vielleicht effektiver.

Ich darf Sie ersuchen, mir den genauen Verwendungszweck für die Anmietung bekanntzugeben. Diesen müssten wir in einem externen Vertrag jedenfalls detailliert darstellen.

Mit freundlichen Grüßen

i. A. XXXX i. A. römisch 40

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

Von: XXXX Von: römisch 40

Gesendet: Sonntag, 27. September 2015 13:48

An: XXXX An: römisch 40

Betreff: AW: Anmietung Lokhalle XXXX Betreff: AW: Anmietung Lokhalle römisch 40

Sehr geehrte Frau XXXX, vielen Dank für die Ausführungen. Sehr geehrte Frau römisch 40 , vielen Dank für die Ausführungen.

Der Verwendungszweck für die Anmietung ist jener, dass an den ersten 7 Züge des XXXX, die über die letzten Monate

für Zulassungsaktivitäten in Österreich verwendet wurden, nun erhebliche technische und qualitative Änderungsmaßnahmen durch XXXX vor der Übergabe an die PV-AG durchzuführen sind. Der Verwendungszweck für die Anmietung ist jener, dass an den ersten 7 Züge des römisch 40, die über die letzten Monate für Zulassungsaktivitäten in Österreich verwendet wurden, nun erhebliche technische und qualitative Änderungsmaßnahmen durch römisch 40 vor der Übergabe an die PV-AG durchzuführen sind.

In einem Erstschrift habe ich bereits im Juli 2015 über die XXXX für diese Tätigkeiten das Gleis 806 im Beisein von Hr. XXXX und Hr. XXXX auf Basis ICV für diese Tätigkeit bis 31.12.2015 angemietet. In einem Erstschrift habe ich bereits im Juli 2015 über die römisch 40 für diese Tätigkeiten das Gleis 806 im Beisein von Hr. römisch 40 und Hr. römisch 40 auf Basis ICV für diese Tätigkeit bis 31.12.2015 angemietet.

Leider kann von XXXX in Wien für diese Aktivitäten von XXXX keine Werkstattkapazität angeboten werden. Leider kann von römisch 40 in Wien für diese Aktivitäten von römisch 40 keine Werkstattkapazität angeboten werden.

Daher wäre mein Ersuchen, dass sie mir auf Basis der bereits bestehenden internen Anmietung der XXXX die Anmietung befristet von 01.10.2015 bis 31.03.2016 um die Gleise 807 und 808 erweitern und wir als PV die XXXX beauftragen die Gleise bei der XXXX für die oben beschriebene Aktivität anzumieten. Die Leistungsverrechnung XXXX würde in diesem Fall über die XXXX erfolgen. Daher wäre mein Ersuchen, dass sie mir auf Basis der bereits bestehenden internen Anmietung der römisch 40 die Anmietung befristet von 01.10.2015 bis 31.03.2016 um die Gleise 807 und 808 erweitern und wir als PV die römisch 40 beauftragen die Gleise bei der römisch 40 für die oben beschriebene Aktivität anzumieten. Die Leistungsverrechnung römisch 40 würde in diesem Fall über die römisch 40 erfolgen.

Ich ersuche daher um ein internes Angebot für ggst. Mietobjekt.

Vielen Dank für Ihre Bemühungen im Voraus!

Beste Grüße

XXXXrömisch 40

XXXXrömisch 40

Von: XXXXVon: römisch 40

Gesendet: Montag, 28. September 2015 11:54

An: XXXXAn: römisch 40

Cc: XXXXCc: römisch 40

Betreff: Anmietung Lokhalle XXXXBetreff: Anmietung Lokhalle römisch 40

Sehr geehrter Herr XXXX, sehr geehrter Herr XXXX, Sehr geehrter Herr römisch 40, sehr geehrter Herr römisch 40, unter Bezugnahme auf Ihre Nachricht an meine Kollegin gebe ich Ihnen die Konditionen wie folgt bekannt:

[...]

In der Beilage übermittle ich die Anlage 1 zum QHB, aus der die internen Sätze ersichtlich sind. Es gelten die ABIN (Allgemeinen Bestimmungen für Inbestandgabe von Immobilien im Konzern). Die anlässlich der Vermietung des ersten Hallenteils an Produktion festgelegten besonderen Bedingungen (siehe Mail VAI Begehung) gelten auch für diese Vermietung.

Wir halten fest, dass die Halle voraussichtlich bis 31.03.2016 angemietet wird; die Befristung wird im System nicht hinterlegt, wir ersuchen Sie um zeitgerechte Kontaktaufnahme mit Hr. XXXX im Falle der beabsichtigten Rückstellung oder Verlängerung. Die laut ABIN vorgesehene Kündigungsfrist von 6 Monaten kommt aufgrund der Kurzfristigkeit nicht zur Anwendung. Wir halten fest, dass die Halle voraussichtlich bis 31.03.2016 angemietet wird; die Befristung wird im System nicht hinterlegt, wir ersuchen Sie um zeitgerechte Kontaktaufnahme mit Hr. römisch 40 im Falle der beabsichtigten Rückstellung oder Verlängerung. Die laut ABIN vorgesehene Kündigungsfrist von 6 Monaten kommt aufgrund der Kurzfristigkeit nicht zur Anwendung.

Ich ersuche Sie, das beiliegende Übergabeprotokoll um die Kostenstelle zu ergänzen und gegengefertigt zurückzusenden.

Die konkrete Übergabe findet dann durch Hrn. XXXX stattDie konkrete Übergabe findet dann durch Hrn. römisch 40 statt.

Mit freundlichen Grüßen

i. A. XXXXi. A. römisch 40

XXXXrömisch 40

XXXXrömisch 40

1.4. E-Mail (XXXX/mitbeteiligten Partei)

Von: XXXXVon: römisch 40

Gesendet: Donnerstag, 01. Oktober 2015 23:34

An: XXXX [...]An: römisch 40 [...]

Betreff: WG: Anmietung Lokhalle XXXXBetreff: WG: Anmietung Lokhalle römisch 40

Sehr geehrter XXXXSehr geehrter römisch 40

im Sinne einer Transparenz und Unterstützung für die von XXXX Projektleitung und XXXX Projektleitung gewünschten qualitätssichernde Maßnahmen bei den in Österreich befindlichen XXXX Zügen, möchte ich Ihnen das XXXX interne Angebot Anmietung Lokhalle XXXX zur Prüfung weiterleiten.im Sinne einer Transparenz und Unterstützung für die von römisch 40 Projektleitung und römisch 40 Projektleitung gewünschten qualitätssichernde Maßnahmen bei den in Österreich befindlichen römisch 40 Zügen, möchte ich Ihnen das römisch 40 interne Angebot Anmietung Lokhalle römisch 40 zur Prüfung weiterleiten.

Wie schon persönlich zugesichert, ist der XXXX Projektleitung die Aktivität in qualitativer und zeitgerechter Art und Weise so wichtig, dass der interne Kostensatz 1:1 an XXXX weiter gegeben wird.Wie schon persönlich zugesichert, ist der römisch 40 Projektleitung die Aktivität in qualitativer und zeitgerechter Art und Weise so wichtig, dass der interne Kostensatz 1:1 an römisch 40 weiter gegeben wird.

Ich ersuche sie um Rückmeldung zur weiteren Vorgehensweise.

Vielen Dank!

Beste Grüße XXXXBeste Grüße römisch 40

Anliegend ist der unter 0 angeführte E-Mail-Verkehr weitergeleitet.

1.5. Schriftverkehr (XXXX/mitbeteiligten Partei)

a) Schreiben vom 22.08.2016 von der XXXX an die mitbeteiligte Partei mit folgenden Inhalt (Auszug)a) Schreiben vom 22.08.2016 von der römisch 40 an die mitbeteiligte Partei mit folgenden Inhalt (Auszug):

Für die Benutzung der Werkstättengleise 806, 807 und 808 inklusive definierter Büro und Lagerflächen im Objekt XXXX stellen wir Ihnen in Abstimmung mit der XXXX pro Kalendermonat [...] € in Rechnung.Für die Benutzung der Werkstättengleise 806, 807 und 808 inklusive definierter Büro und Lagerflächen im Objekt römisch 40 stellen wir Ihnen in Abstimmung mit der römisch 40 pro Kalendermonat [...] € in Rechnung.

Erster Verrechnungsmonat Oktober 2016

Letzter Verrechnungsmonat Dezember 2016

Eine etwaige Verlängerung der Benützung über den 31. Dezember hinaus ist bis spätestens 30. November schriftlich bekannt zu geben.

b) Schreiben vom 29.01.2016 mit demselben Wortlaut, lediglich der Zeitraum bezieht sich auf die Monate Jänner bis März 2016.

c) Schreiben vom 10.10.2016 der mitbeteiligten Partei an die XXXX mit folgenden Inhalt (Auszug)c) Schreiben vom 10.10.2016 der mitbeteiligten Partei an die römisch 40 mit folgenden Inhalt (Auszug):

Wir bestellen gem. Vereinbarung vom 29.01.2016 sowie Angebot vom 18.02.2016 die Werkstättengleise 806, 807 und 808 inkl. den definierten Büro- und Lagerflächen im Obj. XXXX von Okt. 2016 bis Dez. 2016.Wir bestellen gem.

Vereinbarung vom 29.01.2016 sowie Angebot vom 18.02.2016 die Werkstättengleise 806, 807 und 808 inkl. den definierten Büro- und Lagerflächen im Obj. römisch 40 von Okt. 2016 bis Dez. 2016.

[...] (Anm.: Positionen 10, 20 und 30 mit Preisen sowie Gesamtpreis[...] Anmerkung, Positionen 10, 20 und 30 mit Preisen sowie Gesamtpreis)

#### 1.6. Aussagen in der mündlichen Verhandlung vom 29.03.2017 (Auszug Protokoll)

Anm.: PZ = präsumtiven Zuschlagsempfängerin, dh die mitbeteiligte Partei  
Anmerkung, PZ = präsumtiven Zuschlagsempfängerin, dh die mitbeteiligte Partei

AS: [...] Zum Beweis dessen, dass der interne E-Mail-Verkehr vom 24. – 27.09., einschließlich der Anlagen, der PZ zur Kenntnis gebracht wurde, legen wir das E-Mail vom 01.10.2015 von einem Mitarbeiter der XXXX an einen Mitarbeiter der PZ vor, in welchem dieser E-Mail-Verkehr samt Anlagen der PZ zur Kenntnis gebracht wurde. Insbesondere ist eine dieser Anlagen die ABIN.  
AS: [...] Zum Beweis dessen, dass der interne E-Mail-Verkehr vom 24. – 27.09., einschließlich der Anlagen, der PZ zur Kenntnis gebracht wurde, legen wir das E-Mail vom 01.10.2015 von einem Mitarbeiter der römisch 40 an einen Mitarbeiter der PZ vor, in welchem dieser E-Mail-Verkehr samt Anlagen der PZ zur Kenntnis gebracht wurde. Insbesondere ist eine dieser Anlagen die ABIN.

Das E-Mail (Anm.: 0) wird der AG zur Kenntnis gebracht. Die PZ gibt an, dieses E-Mail zu kennen. Ein Ausdruck wird zum Akt genommen.  
Das E-Mail Anmerkung, 0) wird der AG zur Kenntnis gebracht. Die PZ gibt an, dieses E-Mail zu kennen. Ein Ausdruck wird zum Akt genommen.

PZ: Zutreffend ist, dass eine XXXX-interne E-Mail-Korrespondenz am 01.10.2015 an XXXX weitergeleitet wurde, allfällige XXXX-interne Abläufe und Genehmigungsvorgaben können der PZ aber jedenfalls nicht entgegengehalten werden.  
[...]  
PZ: Zutreffend ist, dass eine XXXX-interne E-Mail-Korrespondenz am 01.10.2015 an römisch 40 weitergeleitet wurde, allfällige XXXX-interne Abläufe und Genehmigungsvorgaben können der PZ aber jedenfalls nicht entgegengehalten werden. [...]

VR belehrt den Zeugen der PZ (Herr XXXX) über seine Rechte und Pflichten als Zeuge  
VR belehrt den Zeugen der PZ (Herr römisch 40) über seine Rechte und Pflichten als Zeuge.

VR: Herr XXXX, Sie waren unstreitig in Kenntnis dieser Korrespondenz und der ABIN – wie immer diese dann auszulegen sind. Haben Sie zu irgendeinem Zeitpunkt mit jemandem von Seiten der XXXX über die Nutzung der besagten Gleise gesprochen, insoweit die Nutzung über die Arbeiten an den XXXX im Rahmen Ihres Vertrages mit der XXXX hinausgeht?  
VR: Herr römisch 40, Sie waren unstreitig in Kenntnis dieser Korrespondenz und der ABIN – wie immer diese dann auszulegen sind. Haben Sie zu irgendeinem Zeitpunkt mit jemandem von Seiten der römisch 40 über die Nutzung der besagten Gleise gesprochen, insoweit die Nutzung über die Arbeiten an den römisch 40 im Rahmen Ihres Vertrages mit der römisch 40 hinausgeht?

Z1: Wir haben im Jahre 2015 die Nutzung der Gleise – konkret XXXX – für das Projekt XXXX besprochen. Im Jahre 2016, anlässlich einer Graffiti Aktion an der U-Bahn Riad in der XXXX, haben wir über die Hinterstellung dieser U-Bahnen im Gelände der XXXX auf den besagten Gleisen mit Herrn XXXX und Herrn XXXX, meinem Mitarbeiter, geredet. Der Herr XXXX hat mit Herrn XXXX gesprochen über die Hinterstellung dieser U-Bahnen. Ich habe nicht um Erlaubnis dafür gefragt, aber Herr XXXX hat Herrn XXXX über diese Nutzung der Gleise informiert. Herr XXXX teilte mir mit, dass von Seiten Herrn XXXX dagegen keine Einwände erhoben wurden. Letztendlich hat die Hinterstellung jedoch aus anderen Gründen nicht stattgefunden.  
Z1: Wir haben im Jahre 2015 die Nutzung der Gleise – konkret römisch 40 – für das Projekt römisch 40 besprochen. Im Jahre 2016, anlässlich einer Graffiti Aktion an der U-Bahn Riad in der römisch 40, haben wir über die Hinterstellung dieser U-Bahnen im Gelände der römisch 40 auf den besagten Gleisen mit Herrn römisch 40 und Herrn römisch 40, meinem Mitarbeiter, geredet. Der Herr römisch 40 hat mit Herrn römisch 40 gesprochen über die Hinterstellung dieser U-Bahnen. Ich habe nicht um Erlaubnis dafür gefragt, aber Herr römisch 40 hat Herrn römisch 40 über diese Nutzung der Gleise informiert. Herr römisch 40 teilte mir mit, dass von Seiten Herrn römisch 40 dagegen keine Einwände erhoben wurden. Letztendlich hat die Hinterstellung jedoch aus anderen Gründen nicht stattgefunden.

LR1: Wie viele Waggons wären es gewesen?

Z1: Ein ganzes Gleis (150 m) hätten wir benötigt.

VR belehrt den Zeugen der AS (Herr XXXX) über seine Rechte und Pflichten als Zeuge VR belehrt den Zeugen der AS (Herr römisch 40 ) über seine Rechte und Pflichten als Zeuge.

Z2: Ich habe Herrn XXXX gefragt, ob er dafür auch Platz genug hat in der Halle, er hatte drei Gleise angemietet (806 - 808), und ob dadurch die XXXX – Lieferung nicht beeinträchtigt würde. Z2: Ich habe Herrn römisch 40 gefragt, ob er dafür auch Platz genug hat in der Halle, er hatte drei Gleise angemietet (806 - 808), und ob dadurch die römisch 40 – Lieferung nicht beeinträchtigt würde.

VR: Und wie war die Antwort?

Z2: Es ist dann keine Entscheidung gefallen. Ich habe auch keine U-Bahn-Garnituren im XXXX gesehen Z2: Es ist dann keine Entscheidung gefallen. Ich habe auch keine U-Bahn-Garnituren im römisch 40 gesehen.

VR: Haben Sie dagegen grundsätzliche Einwendungen im Hinblick auf interne Beschränkungen der Gleisnutzung geltend gemacht?

Z2: Das weiß ich nicht mehr.

VR: Gab es außerhalb der Kontakte in Hinblick auf eine eventuelle Hinterstellung der besagten U-Bahn noch irgendwelche anderen Gespräche mit der XXXX über eine Nutzung der Gleise außerhalb des Vertrages über die XXXX? VR: Gab es außerhalb der Kontakte in Hinblick auf eine eventuelle Hinterstellung der besagten U-Bahn noch irgendwelche anderen Gespräche mit der römisch 40 über eine Nutzung der Gleise außerhalb des Vertrages über die XXXX?

Z1: Die Bekanntgabe meiner Kollegen, dass sie XXXX für die Instandhaltung von Raaber Bahn Fahrzeugen nutzen wollen, ist offensichtlich der XXXX, dem Herrn XXXX, bekannt geworden und er hat mich auf der Innotrans-Messe 2016 (September 2016) angesprochen, ob wir das ernst meinen. Z1: Die Bekanntgabe meiner Kollegen, dass sie römisch 40 für die Instandhaltung von Raaber Bahn Fahrzeugen nutzen wollen, ist offensichtlich der römisch 40 , dem Herrn römisch 40 , bekannt geworden und er hat mich auf der Innotrans-Messe 2016 (September 2016) angesprochen, ob wir das ernst meinen.

Zeuge der AS (Herr XXXX) erklärt über seine Rechten und Pflichten als Zeuge informiert zu sein Zeuge der AS (Herr römisch 40 ) erklärt über seine Rechten und Pflichten als Zeuge informiert zu sein.

VR: Herr XXXX, was sagen Sie zu diesem Vorbringen des Zeugen der PZ? VR: Herr römisch 40 , was sagen Sie zu diesem Vorbringen des Zeugen der PZ?

Z3: Ich habe von meinem Unternehmen eine Handlungsvollmacht betreffend das Projekt XXXX und alle meine Aktivitäten haben sich immer nur auf dieses Projekt bezogen. Ich war der Auslöser mit den besagten Mails, ich habe damals klar und deutlich hineingeschrieben, für was die Infrastruktur der XXXX benötigt wird, um die Vorserienzüge, die der Firma XXXX gehört haben, gesichert zu hinterstellen und auch technisch nachbearbeiten zu können. Z3: Ich habe von meinem Unternehmen eine Handlungsvollmacht betreffend das Projekt römisch 40 und alle meine Aktivitäten haben sich immer nur auf dieses Projekt bezogen. Ich war der Auslöser mit den besagten Mails, ich habe damals klar und deutlich hineingeschrieben, für was die Infrastruktur der römisch 40 benötigt wird, um die Vorserienzüge, die der Firma römisch 40 gehört haben, gesichert zu hinterstellen und auch technisch nachbearbeiten zu können.

VR: Aber meine Frage war, ist es richtig, dass Sie von Herrn XXXX oder Herrn XXXX darüber informiert wurden - oder in irgendeiner Weise davon Kenntnis erlangt haben -, dass XXXX die besagten Gleise auch außerhalb des XXXX – Projektes nutzen wollte? VR: Aber meine Frage war, ist es richtig, dass Sie von Herrn römisch 40 oder Herrn römisch 40 darüber informiert wurden - oder in irgendeiner Weise davon Kenntnis erlangt haben -, dass römisch 40 die besagten Gleise auch außerhalb des römisch 40 – Projektes nutzen wollte?

Z3: Zuerst habe ich die Information erhalten, dass sich XXXX für die Wartung der RB-Züge interessiert. Das war anlässlich eines Gespräches mit Herrn XXXX (XXXX) anlässlich der Fachtagung Graz (April 2016), in diesem Zusammenhang habe ich Herrn XXXX gefragt, ob das tatsächlich "sein Ernst" sei, "ich finde das nicht gescheit". Es ging um das Interesse an dem Auftrag als solches und um nichts Anderes. Wir haben insbesondere nicht über irgendwelche Infrastrukturen in diesem Zusammenhang gesprochen, es wurden auch keine Gleise erwähnt. Z3: Zuerst habe ich die Information erhalten, dass sich römisch 40 für die Wartung der RB-Züge interessiert. Das war anlässlich eines

Gespräches mit Herrn römisch 40 (römisch 40 ) anlässlich der Fachtagung Graz (April 2016), in diesem Zusammenhang habe ich Herrn römisch 40 gefragt, ob das tatsächlich "sein Ernst" sei, "ich finde das nicht gescheit". Es ging um das Interesse an dem Auftrag als solches und um nichts Anderes. Wir haben insbesondere nicht über irgendwelche Infrastrukturen in diesem Zusammenhang gesprochen, es wurden auch keine Gleise erwähnt.

VR: Hat Ihnen auf der Messe in Berlin jemand mitgeteilt, dass man die Gleise auf dem XXXX für die Wartung der RB-Züge zu nutzen gedenkt?VR: Hat Ihnen auf der Messe in Berlin jemand mitgeteilt, dass man die Gleise auf dem römisch 40 für die Wartung der RB-Züge zu nutzen gedenkt?

Z3: Ja, das war der Herr XXXX; aber da ich ja kein Mietverhältnis mit XXXX gehabt habe, sondern die XXXX, war das rein informativ für mich und ich habe es noch immer "nicht gescheit gefunden" und das auch gesagt.Z3: Ja, das war der Herr römisch 40 ; aber da ich ja kein Mietverhältnis mit römisch 40 gehabt habe, sondern die römisch 40 , war das rein informativ für mich und ich habe es noch immer "nicht gescheit gefunden" und das auch gesagt.

VR: Herr XXXX, diese Funktion von Herrn XXXX war Ihnen bekannt.VR: Herr römisch 40 , diese Funktion von Herrn römisch 40 war Ihnen bekannt.

Z1: Ja.

PZ: Das gilt dann aber natürlich auch für die Bewertung der Weiterleitung des besagten E-Mail-Verkehrs.

LR1: Den Inhalt des Gespräches haben Sie nicht weiterkommuniziert, oder?

Z3: Ich habe das nicht weiterkommuniziert. Ich habe auch keine Veranlassung dazu gesehen, da XXXX sehr wohl bewusst ist, wer die relevanten Ansprechpartner in solchen Angelegenheiten sind.Z3: Ich habe das nicht weiterkommuniziert. Ich habe auch keine Veranlassung dazu gesehen, da römisch 40 sehr wohl bewusst ist, wer die relevanten Ansprechpartner in solchen Angelegenheiten sind.

AS: Herr XXXX, hätten Sie für jegliche Fremdnutzung der besagten Gleise Ihren Vorgesetzten um Genehmigung fragen müssen?AS: Herr römisch 40 , hätten Sie für jegliche Fremdnutzung der besagten Gleise Ihren Vorgesetzten um Genehmigung fragen müssen?

Z2: Ja.

PZ: Diese Vereinbarung vom 29.01.2016 ist auf jeden Fall von Herrn XXXX unterzeichnet worden, das gilt auch für die folgenden Schreiben.PZ: Diese Vereinbarung vom 29.01.2016 ist auf jeden Fall von Herrn römisch 40 unterzeichnet worden, das gilt auch für die folgenden Schreiben.

AS: Herr XXXX war Ihnen von Beginn an – also bei Abschluss dieser Benützungsvereinbarung zwischen Ihnen und XXXX – klar, dass eine Drittnutzung der verfahrensgegenständlichen Gleise nicht zulässig ist?AS: Herr römisch 40 war Ihnen von Beginn an – also bei Abschluss dieser Benützungsvereinbarung zwischen Ihnen und römisch 40 – klar, dass eine Drittnutzung der verfahrensgegenständlichen Gleise nicht zulässig ist?

Z2: Ja, weil Herr XXXX auf mich zugekommen ist und Herr XXXX, ich und die XXXX eine rasche Lösung angestrebt und gefunden haben, um die XXXX – Teillieferung nicht zu gefährden.Z2: Ja, weil Herr römisch 40 auf mich zugekommen ist und Herr römisch 40 , ich und die römisch 40 eine rasche Lösung angestrebt und gefunden haben, um die römisch 40 – Teillieferung nicht zu gefährden.

AS: Welche Tätigkeiten hat XXXX bis jetzt am XXXX ausgeführt?AS: Welche Tätigkeiten hat römisch 40 bis jetzt am römisch 40 ausgeführt?

Z2: Ausschließlich Arbeiten im Zusammenhang mit den XXXX und noch nicht übernommenen Fahrzeugen (XXXX) für die XXXX.Z2: Ausschließlich Arbeiten im Zusammenhang mit den römisch 40 und noch nicht übernommenen Fahrzeugen (römisch 40 ) für die römisch 40 .

AS: Was ist gesprochen worden?

Z2: Mein Ansprechpartner der Firma XXXX ist Herr XXXX. Herr XXXX wurde von Anfang an immer in Kenntnis gesetzt, dass nur an den XXXX der XXXX dort gearbeitet werden darf.Z2: Mein Ansprechpartner der Firma römisch 40 ist Herr römisch 40 . Herr römisch 40 wurde von Anfang an immer in Kenntnis gesetzt, dass nur an den römisch 40 der römisch 40 dort gearbeitet werden darf.

PZ: (an Z1) Hat mit Ihnen jemand über eine Einschränkung der Nutzungsmöglichkeiten gesprochen?

Z1: Nein.

AS: Die E-Mail vom 01.10.2015 haben Sie erhalten und gelesen?

Z1: Ja.

AS: Herr XXXX, bei der Anfrage bezüglich saudi-arabischer Züge, hat Herr XXXX überhaupt schon eine Entscheidung über die Hinterstellung der saudi-arabischen Züge angefragt? AS: Herr römisch 40, bei der Anfrage bezüglich saudi-arabischer Züge, hat Herr römisch 40 überhaupt schon eine Entscheidung über die Hinterstellung der saudi-arabischen Züge angefragt?

Z2: Nein, aber es hat das Gespräch so gegeben wie geschildert. Aber es ist keine Entscheidung getroffen worden und auch nicht angefragt worden.

## 2. Sachverhalt nach Beweiswürdigung

a) Der Text des Teilnahmeantrages der mitbeteiligten Partei, der ABIN und des E-Mail-Verkehrs zwischen den verschiedenen Konzernunternehmen der XXXX einerseits und der mitbeteiligten Partei andererseits ergibt sich jeweils unmittelbar aus dem Inhalt der unter 0, 0 0, 0 und 0 angeführten Beweismittel. a) Der Text des Teilnahmeantrages der mitbeteiligten Partei, der ABIN und des E-Mail-Verkehrs zwischen den verschiedenen Konzernunternehmen der römisch 40 einerseits und der mitbeteiligten Partei andererseits ergibt sich jeweils unmittelbar aus dem Inhalt der unter 0, 0 0, 0 und 0 angeführten Beweismittel.

Es handelt sich um Urkunden, deren Echtheit von keiner Partei bestritten wurde.

b) Es kann nicht festgestellt werden, dass der mitbeteiligten Partei (oder einem Mitarbeiter bzw. einem Vertreter) gegenüber ausdrücklich erklärt wurde sie könne die Gleise 806 bis 808 auf dem Gelände des XXXX, XXXX, XXXX auch für Leistungen im Auftrag Dritter nutzen. b) Es kann nicht festgestellt werden, dass der mitbeteiligten Partei (oder einem Mitarbeiter bzw. einem Vertreter) gegenüber ausdrücklich erklärt wurde sie könne die Gleise 806 bis 808 auf dem Gelände des römisch 40, römisch 40, römisch 40 auch für Leistungen im Auftrag Dritter nutzen.

Diese Feststellung ergibt sich aus einer Gesamtwürdigung der unter 0, 0 und 0 angeführten Beweismittel.

Hiezu ist zunächst zu bemerken, dass keine schriftliche Vereinbarung diesen Inhalts zwischen der Eigentümerin XXXX oder der Mieterin XXXX oder deren Tochterunternehmen XXXX oder der XXXX (Antragstellerin) mit der mitbeteiligten Partei vorliegt. Hiezu ist zunächst zu bemerken, dass keine schriftliche Vereinbarung diesen Inhalts zwischen der Eigentümerin römisch 40 oder der Mieterin römisch 40 oder deren Tochterunternehmen römisch 40 oder der XXXX (Antragstellerin) mit der mitbeteiligten Partei vorliegt.

Zwar wurde der XXXX-interne E-Mail-Verkehr (siehe 0) der mitbeteiligten Partei vollinhaltlich zur Kenntnis gebracht (siehe 0). Dem erstgenannten Beweismittel ist jedoch lediglich zu entnehmen, dass die durch die XXXX von der XXXX angemieteten und an die XXXX zur Verfügung gestellten Gleise im XXXX von Seiten der letztgenannten im November 2016 an die mitbeteiligte Partei weiter überlassen wurden. Es wird aber mit keinem Wort erwähnt, dass die mitbeteiligte Partei diese Gleise auch für Aufträge Dritter zu nutzen berechtigt war. Vielmehr ergibt sich aus dem Text der Dokumente, dass der Überlassungsgrund die Durchführung von Arbeiten an den "XXXX-Fahrzeugen" war, welche im Rahmen des entsprechenden Liefervertrages zwischen der XXXX und der mitbeteiligten Partei zu erfolgen hatten. Zwar wurde der XXXX-interne E-Mail-Verkehr (siehe 0) der mitbeteiligten Partei vollinhaltlich zur Kenntnis gebracht (siehe 0). Dem erstgenannten Beweismittel ist jedoch lediglich zu entnehmen, dass die durch die römisch 40 von der römisch 40 angemieteten und an die XXXX zur Verfügung gestellten Gleise im römisch 40 von Seiten der letztgenannten im November 2016 an die mitbeteiligte Partei weiter überlassen wurden. Es wird aber mit keinem Wort erwähnt, dass die mitbeteiligte Partei diese Gleise auch für Aufträge Dritter zu nutzen berechtigt war. Vielmehr ergibt sich aus dem Text der Dokumente, dass der Überlassungsgrund die Durchführung von Arbeiten an den "XXXX-Fahrzeugen" war, welche im Rahmen des entsprechenden Liefervertrages zwischen der römisch 40 und der mitbeteiligten Partei zu erfolgen hatten.

Aus den Zeugenaussagen 0 ergibt sich ebenfalls nicht, dass irgendein Vertreter irgendeines Unternehmens des XXXX-Konzerns der mitbeteiligten Partei ausdrücklich die Nutzung der besagten Gleise für andere als die Arbeiten an den XXXX eingeräumt hätte. Aus den Zeugenaussagen 0 ergibt sich ebenfalls nicht, dass irgendein Vertreter irgendeines

Unternehmens des XXXX-Konzerns der mitbeteiligten Partei ausdrücklich die Nutzung der besagten Gleise für andere als die Arbeiten an den römisch 40 eingeräumt hätte.

Schließlich ergeben sich aus dem Schriftverkehr zwischen der mitbeteiligten Partei und der XXXX (0) lediglich die Bezeichnung der Gleise, die Dauer der jeweiligen Nutzungsberechtigung und die vereinbarten bzw. in Rechnung gestellten Preise. Angaben über den Inhalt und Umfang der Nutzung finden sich nicht. Schließlich ergeben sich aus dem Schriftverkehr zwischen der mitbeteiligten Partei und der römisch 40 (0) lediglich die Bezeichnung der Gleise, die Dauer der jeweiligen Nutzungsberechtigung und die vereinbarten bzw. in Rechnung gestellten Preise. Angaben über den Inhalt und Umfang der Nutzung finden sich nicht.

c) Die mitbeteiligte Partei war informiert darüber, dass die XXXX die besagten Gleise von der Eigentümerin (XXXX) gemietet hatte und die Letztgenannte der XXXX interne Auflagen in Bezug auf die ausschließliche Nutzung in Zusammenhang mit dem Vertrag betreffend die Lieferung von Zügen im Rahmen des Vertrages zwischen der mitbeteiligten Partei und der XXXX.c) Die mitbeteiligte Partei war informiert darüber, dass die römisch 40 die besagten Gleise von der Eigentümerin (römisch 40 ) gemietet hatte und die Letztgenannte der römisch 40 interne Auflagen in Bezug auf die ausschließliche Nutzung in Zusammenhang mit dem Vertrag betreffend die Lieferung von Zügen im Rahmen des Vertrages zwischen der mitbeteiligten Partei und der römisch 40 .

Diese Feststellung ergibt sich aus dem unter 0 angeführten Beweismittel und der ausdrücklichen Bestätigung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung (0) über den internen Mail-Verkehr Kenntnis (0) erlangt zu haben.

III. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogenrömisch drei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

#### 1. Zulässigkeit der Antragsstellung

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2006 und es bestehen auch sonst keine Gründe, die Anträge zurückzuweisen, insbesondere wurde sie fristgerecht eingebracht.

Der Antrag richtet sich auf die Nichtigkeit einer Zuschlagsentscheidung im Verhandlungsverfahren, mithin um eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Antragsgegnerin im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung [§ 2 Z 16 lit a)Der Antrag richtet sich auf die Nichtigkeit einer Zuschlagsentscheidung im Verhandlungsverfahren, mithin um eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Antragsgegnerin im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung [§ 2 Ziffer 16, Litera a,)

dd) BVergG 2006].

#### 2. Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidung - Spruchpunkt A)

##### 2.1. Einleitung

Die Zuschlagsentscheidung ist gemäß § 325 Abs. 1 BVergG 2006 für nichtig zu erklären, da die Antragstellerin durch das Nicht-Ausscheiden des Teilnahmeantrages der mitbeteiligten Partei in ihrem Rechten aus § 19 Abs. 1 BVergG 2006 verletzt wird und die Rechtswidrigkeit der Teilnahme der mitbeteiligten Partei an der zweiten Phase des Verhandlungsverfahrens für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlicher Bedeutung war. Die Zuschlagsentscheidung ist gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 für nichtig zu erklären, da die Antragstellerin durch das Nicht-Ausscheiden des Teilnahmeantrages der mitbeteiligten Partei in ihrem Rechten aus Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 verletzt wird und die Rechtswidrigkeit der Teilnahme der mitbeteiligten Partei an der zweiten Phase des Verhandlungsverfahrens für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlicher Bedeutung war.

Bei der Entscheidung, die mitbeteiligten Partei an der zweiten Phase des Verhandlungsverfahrens teilnehmen zu lassen, handelt es sich um eine der Zuschlagsentscheidung vorangegangene Entscheidung. Diese war gemäß § 2 Z. 16 lit b) BVergG 2006 nicht gesondert anfechtbar, da § 2 Z. 16 lit a) dd) BVergG 2006 nur die Entscheidung über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme als gesondert anfechtbare Entscheidung nennt. Bei der Entscheidung, die mitbeteiligten Partei an der zweiten Phase des Verhandlungsverfahrens teilnehmen zu lassen, handelt es sich um eine der Zuschlagsentscheidung vorangegangene Entscheidung. Diese war gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera b,) BVergG 2006 nicht gesondert anfechtbar, da Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a,) dd) BVergG 2006 nur die Entscheidung über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme als gesondert anfechtbare Entscheidung nennt.

## 2.2. Rechtswidrigkeit der Zulassung der Teilnahme der mitbeteiligten Partei an der Verhandlungsphase und damit der Zuschlagsentscheidung

Die Zuschlagsentscheidung war rechtswidrig, weil sie auf das Angebot der mitbeteiligten Partei trotz Ausscheidungsgrund in Bezug auf ihren Teilnahmeantrag erfolgte.

### 2.2.1. Bestandskraft und entscheidungsrelevanter Inhalt der Ausschreibungsunterlagen

Nicht angefochtene Ausschreibungsunterlagen sind bestandfest und müssen – ungeachtet etwaiger Rechtswidrigkeiten – von den Verwaltungsgerichten beachtet werden (VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029 mwN zur stRsp, EuGH vom 05.12.2013, C-561/12, Nordecon ua).

Ist eine Entscheidung des Auftraggebers bestandfest geworden, ist auch ein Verwaltungsgericht nicht befugt, etwaige Rechtswidrigkeiten im Rahmen der Nachprüfung späterer Entscheidungen von Amts wegen aufzugreifen (vgl. VwGH vom 17. 06. 2014, 2013/04/0029 ua). Ist eine Entscheidung des Auftraggebers bestandfest geworden, ist auch ein Verwaltungsgericht nicht befugt, etwaige Rechtswidrigkeiten im Rahmen der Nachprüfung späterer Entscheidungen von Amts wegen aufzugreifen vergleiche VwGH vom 17. 06. 2014, 2013/04/0029 ua).

Im gegenständlichen Verfahren sind die Ausschreibungsunterlagen mit dem unter 0 zu a) festgestellten Texten mangels Anfechtung bestandsfest geworden.

### 2.2.2. Unwahre Angaben als Ausscheidungsgrund für den Teilnahmeantrag der mitbeteiligten Partei - Ausschlussgrund

Die mitbeteiligte Partei hatte einen Ausscheidungsgrund durch unwahre Angaben in Punkt 3.1 des Teilnahmeantrages gesetzt (§§ 229 Abs. 1 Z 7, 269 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006). Die mitbeteiligte Partei hatte einen Ausscheidungsgrund durch unwahre Angaben in Punkt 3.1 des Teilnahmeantrages gesetzt (Paragraphen 229, Absatz eins, Ziffer 7, 269, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006).

#### Judikatur

Bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei ist die Vergabekontrollstelle verpflichtet, diese eingewendeten Gründe dahin zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre, wobei sie bei dieser Prüfung nur die aus den Akten des Vergabeverfahrens ersichtlichen Umstände zu berücksichtigen hat und in einem solchen Fall nicht etwa ein Sachverständigengutachten zur Beurteilung des Vorliegens eines Ausscheidungsgrundes einholen muss (VwGH v 20.04.2016, Ra 2015/04/0018 mwN).

Ob ein Angebot (hier: Teilnahmeantrag) einen zum Ausschneiden führenden Widerspruch aufweist, ist am Maßstab der Ausschreibungsbestimmungen zu messen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Maßgeblich ist vielmehr - wie bereits oben erwähnt - der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen (VwGH v 29.03.2006, 2004/04/0144).

Nach in der Judikatur (und Literatur) einhellig vertretener Auffassung, müssen Ausschreibungsunterlagen wie rechtsgeschäftliche Willenserklärungen gemäß §§ 914 ff ABGB nach dem "objektivem Erklärungswert" ausgelegt werden. Es kommt mithin auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht weder darauf an, wie ein Antragsteller bestimmte Passagen der Ausschreibungsunterlagen versteht noch darauf, wie der jeweilige Antragsgegner sie verstanden wissen will. Ausschlaggebend ist vielmehr der Horizont eines "redlichen verständigen" Empfängers einer rechtsgeschäftlichen Erklärung (VwGH vom 29.03.2006, ZIn 2004/04/0144, 0156, 0157; auch OGH vom 20.01.2000, ZI 6 Ob 69/99m). Nach in der Judikatur (und Literatur) einhellig vertretener Auffassung, müssen Ausschreibungsunterlagen wie rechtsgeschäftliche Willenserklärungen gemäß Paragraphen 914, ff ABGB nach dem "objektivem Erklärungswert" ausgelegt werden. Es kommt mithin auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht weder darauf an, wie ein Antragsteller bestimmte Passagen der Ausschreibungsunterlagen versteht noch darauf, wie der jeweilige Antragsgegner sie verstanden wissen will. Ausschlaggebend ist vielmehr der Horizont eines "redlichen verständigen" Empfängers einer rechtsgeschäftlichen Erklärung (VwGH vom 29.03.2006, ZIn 2004/04/0144, 0156, 0157; auch OGH vom 20.01.2000, ZI 6 Ob 69/99m).

Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH v 12.05.2011, 2008/04/0087 mwN).

Teilnahmeantrag der mitbeteiligten Partei

Wie oben (0 und 0) angeführt, hatte die mitbeteiligte Partei im Teilnahmeantrag zu Punkt 3.1 angegeben, dass ihr die Werkstatt XXXX zum damaligen Zeitpunkt (14.11.2016) gemäß Formblatt "vollumfänglich zur Verfügung" stehe, und zwar "zur Erbringung der ausgeschriebenen Instandhaltungsleistungen". Wie oben (0 und 0) angeführt, hatte die mitbeteiligte Partei im Teilnahmeantrag zu Punkt 3.1 angegeben, dass ihr die Werkstatt römisch 40 zum damaligen Zeitpunkt (14.11.2016) gemäß Formblatt "vollumfänglich zur Verfügung" stehe, und zwar "zur Erbringung der ausgeschriebenen Instandhaltungsleistungen".

Außerdem hatte die mitbeteiligte Partei durch Unterzeichnung des Antrages erklärt, dass die besagten Informationen "der Wahrheit" entsprechen (Punkt 3) sowie an Eides Statt erklärt, dass "alle Angaben und Informationen im vollständig ausgefüllten Teilnahmeantrag vollständig, wahrheitsgemäß und richtig sind" (Punkt 4).

Schließlich hat die mitbeteiligte Partei durch die Unterschriften bestätigt, dass sie die Teilnahmeunterlagen sorgfältig gelesen und die darin enthaltenen Bestimmungen ausdrücklich zur Kenntnis genommen hatte. Des Weiteren hat sie damit die Erklärung abgegeben, dass alle von ihr in diesem Teilnahmeantrag enthaltenen Informationen der Wahrheit entsprechen und sie zur Kenntnis genommen hatte, dass allfällige Unwahrheiten bzw. Halbwahrheiten zum Ausscheiden des Teilnahmeantrages führen (Punkt 2).

#### Unwahre Angaben

Im gegenständlichen Verfahren gilt es mithin zu beurteilen, ob die Nennung der Anlage XXXX als ihr im maßgeblichen Zeitpunkt (November 2016) für die ausgeschriebenen Instandhaltungsleistungen an den Schienenfahrzeugen der Antragsgegnerin vollumfänglich zur Verfügung stehender Werkstatt "unwahr" war. Im gegenständlichen Verfahren gilt es mithin zu beurteilen, ob die Nennung der Anlage römisch 40 als ihr im maßgeblichen Zeitpunkt (November 2016) für die ausgeschriebenen Instandhaltungsleistungen an den Schienenfahrzeugen der Antragsgegnerin vollumfänglich zur Verfügung stehender Werkstatt "unwahr" war.

Unstreitig konnte die mitbeteiligte Partei zum maßgeblichen Zeitpunkt (Erklärung vom November 2016) über drei Gleise in der Werkstatt XXXX verfügen. Jedoch konnte sie dies nicht "vollumfänglich" und nicht "für die ausgeschriebenen Instandhaltungsleistungen", was sich aus der Auslegung der Vereinbarung zwischen der mitbeteiligten Partei und der XXXX. Unstreitig konnte die mitbeteiligte Partei zum maßgeblichen Zeitpunkt (Erklärung vom November 2016) über drei Gleise in der Werkstatt römisch 40 verfügen. Jedoch konnte sie dies nicht "vollumfänglich" und nicht "für die ausgeschriebenen Instandhaltungsleistungen", was sich aus der Auslegung der Vereinbarung zwischen der mitbeteiligten Partei und der römisch 40.

Verwaltungsverfahrenrechtlich handelt es sich bei der zivilrechtlichen Beurteilung im Rahmen der Überprüfung einer vergaberechtlichen Entscheidung um eine Vorfrage iSd. § 38 Satz 1 AVG. Danach ist das Bundesverwaltungsgericht berechtigt, im Ermittlungsverfahren auftauchende Vorfragen, die als Hauptfragen von anderen Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten zu entscheiden wären, nach der über die maßgebenden Verhältnisse gewonnenen eigenen Anschauung zu beurteilen und diese Beurteilung ihrem Bescheid zugrunde zu legen. Verwaltungsverfahrenrechtlich handelt es sich bei der zivilrechtlichen Beurteilung im Rahmen der Überprüfung einer vergaberechtlichen Entscheidung um eine Vorfrage iSd. Paragraph 38, Satz 1 AVG. Danach ist das Bundesverwaltungsgericht berechtigt, im Ermittlungsverfahren auftauchende Vorfragen, die als Hauptfragen von anderen Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten zu entscheiden wären, nach der über die maßgebenden Verhältnisse gewonnenen eigenen Anschauung zu beurteilen und diese Beurteilung ihrem Bescheid zugrunde zu legen.

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher im Allgemeinen verpflichtet bezüglich der Vorfrage ein ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren durchzuführen (vgl. VwSlg 3974 A/1956; VfSlg 10.233/1984; ferner VwGH 25.01. 1994, 93/04/0127). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher im Allgemeinen verpflichtet bezüglich der Vorfrage ein ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren durchzuführen vergleiche VwSlg 3974 A/1956; VfSlg 10.233 aus 1984;; ferner VwGH 25.01. 1994, 93/04/0127).

Es hat jene Ermittlungen vorzunehmen, welche die zur Entscheidung dieser Vorfrage als Hauptfrage zuständige Behörde/das zuständige Gericht anzustellen gehabt hätte (VwGH v 17.11.1992, 92/11/0168).

Das Bundesverwaltungsgericht hat in der Begründung entsprechende konkrete Feststellungen über die nach den einschlägigen Rechtsvorschriften maßgeblichen Parameter zu treffen und die für seine diesbezügliche Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen sowie seine diesbezüglichen rechtlichen Erwägungen darzulegen (vgl.

VwGH 04.05.1999, 97/08/0059; v 20.06.2001, 97/08/0425; v 26.05.1993, 93/12/0015; 17.10.2001, 96/12/0053). Das Bundesverwaltungsgericht hat in der Begründung entsprechende konkrete Feststellungen über die nach den einschlägigen Rechtsvorschriften maßgeblichen Parameter zu treffen und die für seine diesbezügliche Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen sowie seine diesbezüglichen rechtlichen Erwägungen darzulegen (vergleiche VwGH 04.05.1999, 97/08/0059; v 20.06.2001, 97/08/0425; v 26.05.1993, 93/12/0015; 17.10.2001, 96/12/0053).

Gemäß § 914 ABGB ist bei der Auslegung von Verträgen nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Gemäß Paragraph 914, ABGB ist bei der Auslegung von Verträgen nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.

Sind sich die Vertragspartner über den Sinn des von ihnen gebrauchten Ausdrucks uneinig, gilt dessen objektiver Erklärungswert, wobei der Vertragszweck und der Zusammenhang der einzelnen Bestimmungen und Ausdrücke zu beachten sind. Jeder Vertragspartner muss sich die in seinen (schriftlichen) Äußerungen gebrauchten Wendungen in dem Sinn gefallen lassen, in welchem sie ein unbefangener Erklärungsempfänger verstehen musste ("Empfängerhorizont" als Maßstab). Maßgebend ist das durch einen redlichen, verständigen Menschen bei objektiver Beurteilung der Sachlage erzielbare Verständnis. Der Vertragsinhalt ergibt sich somit aus dem objektiven Empfängerhorizont eines durchschnittlich informierten Fachkreises in der Position der mitbeteiligten Partei (Binder/Kolmasch in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> (2014) zu § 914 ABGB, Rdnr. 25 mwN). Sind sich die Vertragspartner über den Sinn des von ihnen gebrauchten Ausdrucks uneinig, gilt dessen objektiver Erklärungswert, wobei der Vertragszweck und der Zusammenhang der einzelnen Bestimmungen und Ausdrücke zu beachten sind. Jeder Vertragspartner muss sich die in seinen (schriftlichen) Äußerungen gebrauchten Wendungen in dem Sinn gefallen lassen, in welchem sie ein unbefangener Erklärungsempfänger verstehen musste ("Empfängerhorizont" als Maßstab). Maßgebend ist das durch einen redlichen, verständigen Menschen bei objektiver Beurteilung der Sachlage erzielbare Verständnis. Der Vertragsinhalt ergibt sich somit aus dem objektiven Empfängerhorizont eines durchschnittlich informierten Fachkreises in der Position der mitbeteiligten Partei (Binder/Kolmasch in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> (2014) zu Paragraph 914, ABGB, Rdnr. 25 mwN).

Es ist also zunächst vom erklärten Ausdruck der Vereinbarung über die Nutzung der Gleise am XXXX auszugehen. Wie in Sachverhalt unter 0 b) angeführt, gab es jedoch keine ausdrückliche schriftliche oder mündliche Erklärung von Seiten der Vertragspartnerin (XXXX) der mitbeteiligten Partei über die Möglichkeit der Nutzung der besagten Gleise am XXXX für Leistungen im Auftrag Dritter. Es ist also zunächst vom erklärten Ausdruck der Vereinbarung über die Nutzung der Gleise am römisch 40 auszugehen. Wie in Sachverhalt unter 0 b) angeführt, gab es jedoch keine ausdrückliche schriftliche oder mündliche Erklärung von Seiten der Vertragspartnerin (römisch 40) der mitbeteiligten Partei über die Möglichkeit der Nutzung der besagten Gleise am römisch 40 für Leistungen im Auftrag Dritter.

Eine solche ist weiters auch nicht etwa konkludent erfolgt, da die Äußerungen verschiedener Personen aus den Konzerngesellschaften der XXXX einer solchen Auslegung nicht zugänglich sind. Eine solche ist weiters auch nicht etwa konkludent erfolgt, da die Äußerungen verschiedener Personen aus den Konzerngesellschaften der römisch 40 einer solchen Auslegung nicht zugänglich sind.

Die Aussagen der Parteien und Zeugen in der mündlichen Verhandlung

(0) haben nämlich zum einen lediglich ergeben, dass ein Mitarbeiter der mitbeteiligten Partei gegenüber dem Vertreter der XXXX - also der Vertragspartnerin der mitbeteiligten Partei betreffend die besagten Gleise - anlässlich einer Tagung von einer beabsichtigten Nutzung dieser Gleise (auch) für das Abstellen von U-Bahn-Zügen eines anderen Kunden der mitbeteiligten Partei gesprochen hatte. Daraus, dass der Vertreter der Vertragspartei nachgefragt hatte, ob dafür genug Platz auf den besagten Gleisen sei und ob die Arbeiten an den XXXX dadurch nicht gefährdet würden, kann jedoch nicht geschlossen werden, dass die fragliche Nutzung für Arbeiten an Fahrzeugen Dritter etwa konkludent Inhalt der Vereinbarung über die entgeltliche Nutzung der Gleise war oder wurde. (0) haben nämlich zum einen lediglich ergeben, dass ein Mitarbeiter der mitbeteiligten Partei gegenüber dem Vertreter der römisch 40 - also der Vertragspartnerin der mitbeteiligten Partei betreffend die besagten Gleise - anlässlich einer Tagung von einer beabsichtigten Nutzung dieser Gleise (auch) für das Abstellen von U-Bahn-Zügen eines anderen Kunden der

mitbeteiligten Partei gesprochen hatte. Daraus, dass der Vertreter der Vertragspartei nachgefragt hatte, ob dafür genug Platz auf den besagten Gleisen sei und ob die Arbeiten an den römisch 40 dadurch nicht gefährdet würden, kann jedoch nicht geschlossen werden, dass die fragliche Nutzung für Arbeiten an Fahrzeugen Dritter etwa konkludent Inhalt der Vereinbarung über die entgeltliche Nutzung der Gleise war oder wurde.

Dasselbe gilt zum anderen für Information, welche der Vertreter der mitbeteiligten Partei einem Vertreter der XXXX anlässlich einer anderen Veranstaltung gegeben hatte. Zwar wurde von Seiten der mitbeteiligten Partei klar geäußert, dass man an den kommenden Wartungsarbeiten für die Antragsgegnerin interessiert sei, über eine diesbezügliche Nutzung der besagten Gleise wurde jedoch nicht gesprochen. Dasselbe gilt zum anderen für Information, welche der Vertreter der mitbeteiligten Partei einem Vertreter der römisch 40 anlässlich einer anderen Veranstaltung gegeben hatte. Zwar wurde von Seiten der mitbeteiligten Partei klar geäußert, dass man an den kommenden Wartungsarbeiten für die Antragsgegnerin interessiert sei, über eine diesbezügliche Nutzung der besagten Gleise wurde jedoch nicht gesprochen.

Gegen eine konkludente Vereinbarung über einen weiteren Nutzungsumfang spricht schließlich jedenfalls die Kenntnis der mitbeteiligten Partei über die internen Beschränkungen, vor allem aus der Anwendung der ABIN (0). Damit musste der mitbeteiligten Partei klar sein, dass die von ihr gewünschte Nutzungserweiterung von Seiten ihrer Vertragspartei, der XXXX nicht gewollt sein konnte und etwaige Äußerungen - von welchem Teil des XXXX-Konzerns auch immer - nicht als konkludente Einräumung der behaupteten Rechte verstanden werden konnte. Gegen eine konkludente Vereinbarung über einen weiteren Nutzungsumfang spricht schließlich jedenfalls die Kenntnis der mitbeteiligten Partei über die internen Beschränkungen, vor allem aus der Anwendung der ABIN (0). Damit musste der mitbeteiligten Partei klar sein, dass die von ihr gewünschte Nutzungserweiterung von Seiten ihrer Vertragspartei, der römisch 40 nicht gewollt sein konnte und etwaige Äußerungen - von welchem Teil des XXXX-Konzerns auch immer - nicht als konkludente Einräumung der behaupteten Rechte verstanden werden konnte.

### 2.3. Ergebnis

Da die behaupteten Rechtswidrigkeiten vorliegen, ist der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 325 Abs. 1 BVergG 2006 stattzugeben und diese für nichtig zu erklären. Da die behaupteten Rechtswidrigkeiten vorliegen, ist der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 stattzugeben und diese für nichtig zu erklären.

### 3. Gebührenersatz – Spruchpunkt B)

Da dem Hauptantrag stattgegeben wird, besteht gemäß § 319 Abs. 1 und 2 ein Anspruch der Antragstellerin auf Ersatz der durch die Antragstellerin entrichteten Gebühren. Da dem Hauptantrag stattgegeben wird, besteht gemäß Paragraph 319, Absatz eins und 2 ein Anspruch der Antragstellerin auf Ersatz der durch die Antragstellerin entrichteten Gebühren.

Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 3.078,00 binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zuhänden ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen.

### 4. Unzulässigkeit der Revision – Spruchpunkt C)

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Bundesverwaltungsgericht 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 Bundesverwaltungsgericht 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.

Eine Revision gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Dadurch, dass im gegenständlichen Fall im Wesentlichen die Auslegung der AU, die Plausibilität des konkreten Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und die Bewertung des individuellen Angebotes der Antragstellerin Gegenstand der Entscheidung sind, ist eine über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung des vorliegenden Verfahrens nicht gegeben. Eine Revision gegen diese Entscheidung ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Dadurch, dass

im gegenständlichen Fall im Wesentlichen die Auslegung der AU, die Plausibilität des konkreten Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und die Bewertung des individuellen Angebotes der Antragstellerin Gegenstand der Entscheidung sind, ist eine über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung des vorliegenden Verfahrens nicht gegeben.

Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (siehe dazu insbesondere die Bezugnahmen unter 0 und 0) noch mangelt es an einer derartigen Rechtsprechung; sie ist auch nicht uneinheitlich. Sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage liegen nicht vor, zumal es im vorliegenden Erkenntnis schwerpunktmäßig um die Auslegung einer bestimmten Ausschreibungsunterlage und einer konkreten Vereinbarung im Einzelfall geht.

#### **Schlagworte**

Angebot ausschreibungswidrig, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Befugnis beurteilt am Auftragsgegenstand, bestandfeste Ausschreibung, Bestandskraft, Bewertung, Ermittlungsverfahren, mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, objektiver Erklärungswert, objektiver Maßstab, Pauschalgebührenersatz, technische Leistungsfähigkeit, Teilnahmeantrag, Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren, Vorfrage, wesentlicher Einfluss, Widerspruch, Zulassung

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2017:W149.2144083.2.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

27.04.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)