

TE Bvwg Beschluss 2025/4/3 W131 2309632-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.04.2025

Entscheidungsdatum

03.04.2025

Norm

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §334 Abs2

BVergG 2018 §342 Abs1

BVergG 2018 §350 Abs1

BVergG 2018 §350 Abs2

BVergG 2018 §351 Abs1

BVergG 2018 §351 Abs3

BVergG 2018 §351 Abs4

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2018 § 327 heute
2. BVergG 2018 § 327 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 328 heute
2. BVergG 2018 § 328 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 328 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 334 heute
2. BVergG 2018 § 334 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 342 heute
2. BVergG 2018 § 342 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 350 heute
2. BVergG 2018 § 350 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 350 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 350 heute
2. BVergG 2018 § 350 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 350 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 351 heute
2. BVergG 2018 § 351 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 351 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 351 heute
2. BVergG 2018 § 351 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 351 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 351 heute
2. BVergG 2018 § 351 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 351 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 § 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 § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

,

W131 2309632-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter iZm dem Nachprüfungsverfahren betreffend die Anfechtung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung, ergangen im Vergabeverfahren der Auftraggeberin (= AG) Republik Österreich (Bund), vertreten durch den zuständigen Bundesminister und nachfolgend die Dienststelle Forsttechnischer Dienst für Wildbach- und Lawinenverbauung Gebietsbauleitung Bludenz; und vor dem BVwG vertreten durch die Finanzprokuratur, mit der Bezeichnung „Hubschraubertransporte und Montageflüge für diverse Baufelder in der Lastklasse 1 bis 950 kg im Bezirk Bludenz im Baujahr 2025“ aufgrund des Antrags der anwaltlich vertretenen Antragstellerin (= Ast) XXXX , auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) folgenden Beschluss: Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter iZm dem Nachprüfungsverfahren betreffend die Anfechtung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung, ergangen im Vergabeverfahren der Auftraggeberin (= AG) Republik Österreich (Bund), vertreten durch den zuständigen Bundesminister und nachfolgend die Dienststelle Forsttechnischer Dienst für Wildbach- und Lawinenverbauung Gebietsbauleitung Bludenz; und vor dem BVwG vertreten durch die Finanzprokuratur, mit der Bezeichnung „Hubschraubertransporte und Montageflüge für diverse Baufelder in der Lastklasse 1 bis 950 kg im Bezirk Bludenz im Baujahr 2025“ aufgrund des Antrags der anwaltlich vertretenen Antragstellerin (= Ast) römisch 40 , auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) folgenden Beschluss:

A)

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem Begehren,

„das Bundesverwaltungsgericht möge dem Auftraggeber nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung die Fortführung der Vergabeverfahren zu Aktenzahl 807-160-V/173 und die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen“,

wird insoweit stattgegeben, als unter Abweisung des Mehrbegehrens der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund) untersagt wird, den Zuschlag im Vergabeverfahren „Hubschraubertransporte und Montageflüge für diverse Baufelder in der Lastklasse 1 bis 950 kg im Bezirk Bludenz im Baujahr 2025“ zu erteilen.

B)

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

Text

Begründung:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. In dem im Entscheidungskopf bzw Spruch ersichtlichen Vergabeverfahren brachte die ASt am 21.03.2025 nach Amtsstundenende einen per 24.03.2025 zugewiesenen, insb auch mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) verbundenen Nachprüfungsantrag gegen eine Ausscheidensentscheidung und eine Zuschlagsentscheidung ein.

[Zur Klarstellung wird ausgeführt, dass das Verfahren zur Erlassung der einstweiligen Verfügung zur Verfahrenszahl W131 2309632-1 geführt wird, das Nachprüfungsverfahren zur Verfahrenszahl W131 2309632-2 und das Verfahren betreffend Pauschalgebührenersatz nach § 341 BVergG zur Verfahrenszahl W131 2309632-3. [Zur Klarstellung wird ausgeführt, dass das Verfahren zur Erlassung der einstweiligen Verfügung zur Verfahrenszahl W131 2309632-1 geführt wird, das Nachprüfungsverfahren zur Verfahrenszahl W131 2309632-2 und das Verfahren betreffend Pauschalgebührenersatz nach Paragraph 341, BVergG zur Verfahrenszahl W131 2309632-3.]

In den einzelnen mit den Verfahrenszahlen bezeichneten Gerichtsakten weisen die jeweiligen zusammengehörigen Aktenbestandteile Ordnungszahlen = OZ (Plural: OZZ) auf, wobei im BVwG insb zwecks kanzleitechnischen Aktenmanagements Zwischenerledigungen und Folgeeingaben iZm strittigen Vergabeverfahren dabei grundsätzlich in der Verfahrenszahl des Nachprüfungsverfahrens mit OZZ erfasst werden, auch wenn sie sich inhaltlich mitunter nicht (allein) auf das Nachprüfungsverfahren, sondern auf die vorersichtlichen akzessorischen Verfahren beziehen.

Derart gilt für diese Entscheidung, dass mangels gegenteiligen Hinweises gemachte OZZ - Angaben Ordnungszahlen bezeichnen, wie sie im Verfahrensakt W131 2309632-2 abgelegt sind.]

In der Eingabe OZ 1 wurde insb wie folgt vorgebracht:

"[...]

Am 11.03.2025 wurde die Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers und des Ausscheidens der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren "Hubschrauber-transporte und Montageflüge für diverse Baufelder in der Lastklasse 1 bis 950 kg in Bezirk Bludenz", Aktenzahl 807-160-V/173, Dokument Nr 205199-00, in Kenntnis gesetzt.

Der Auftraggeber gibt darin bekannt, dass der Zuschlag an XXXX erteilt werden soll und die Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden ist. Der Auftraggeber gibt darin bekannt, dass der Zuschlag an römisch 40 erteilt werden soll und die Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden ist.

[...]

5. Anfechtungserklärung und Beschwerdepunkt

5.1. Die angefochtene, gesondert anfechtbare Entscheidung ist die Ausscheidensentscheidung und Zuschlagsentscheidung vom 11.03.2025 zu Aktenzahl 807-160-V/173.

Die Antragstellerin erachtet sich durch die Entscheidung in ihren Rechten auf Nichtausscheiden ihres Angebots und damit auch Recht auf Zuschlagsentscheidung und -erteilung verletzt.

6. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

6.1. [...]

7. Sachverhalt

7.1. Die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister [...], dieser vertreten durch den Forsttechnische Dienst für Wildbach - und Lawinenverbauung, Gebietsbauleitung Bludenz, ist Auftraggeber und vergebende Stelle für das Ausschreibungsprojekt "Hubschraubertransporte und Montageflüge für diverse Baufelder in der Lastklasse 1 bis 950 kg in Bezirk Bludenz", Aktenzahl 807-160-V/173, Dokument Nr 205199-00.

Die Anbotsfrist endete am 03.03.2025 (10:00 Uhr). Die Antragstellerin gab das Anbot fristgerecht ab.

Im Zuge der Nachforderung von Unterlagen wurden ua sämtliche Eignungskriterien vorgelegt.

Im Zuge eines Telefonates am 03.03.2025 wurde der Antragstellerin vom Auftraggeber mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, das Anbot der Antragstellerin auszuscheiden, da in diesem die XXXX nicht als Subunternehmerin angeführt sei. Im Zuge eines Telefonates am 03.03.2025 wurde der Antragstellerin vom Auftraggeber mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, das Anbot der Antragstellerin auszuscheiden, da in diesem die römisch 40 nicht als Subunternehmerin angeführt sei.

7.3. Daraufhin teilte die Antragstellerin dem Auftraggeber mit Brief vom 10.03.2025 mit, dass

> es sich bei der Antragstellerin und der XXXX um verbundene Unternehmen iSd § 2 Z 40 BVergG 2018 handelt,> es sich bei der Antragstellerin und der römisch 40 um verbundene Unternehmen iSd Paragraph 2, Ziffer 40, BVergG 2018 handelt,

> dem Auftraggeber aufgrund der Vergabeverfahren in den letzten 5 Jahren und aufgrund der an die XXXX ergangenen Auftragsvergaben (mit gleichen oder ähnlichen Vergabegegenständen) bekannt ist, dass die XXXX für ihre Leistungen auf die XXXX als verbundenes Unternehmen zurückgreift und> dem Auftraggeber aufgrund der Vergabeverfahren in den letzten 5 Jahren und aufgrund der an die römisch 40 ergangenen Auftragsvergaben (mit gleichen oder ähnlichen Vergabegegenständen) bekannt ist, dass die römisch 40 für ihre Leistungen auf die römisch 40 als verbundenes Unternehmen zurückgreift und

> die Weitergabe von Leistungen an die XXXX als verbundenes Unternehmen in der übermittelten Firmeninformation sehr wohl offengelegt wurde.> die Weitergabe von Leistungen an die römisch 40 als verbundenes Unternehmen in der übermittelten Firmeninformation sehr wohl offengelegt wurde.

7.4. Am 11.03.2025 übermittelte der Auftraggeber der Antragstellerin die Entscheidung über die Ausscheidung aus dem Vergabeverfahren und die Zuschlagsentscheidung. Begründet wird die Ausscheidung damit, dass die zur Erbringung der Leistung erforderliche Subunternehmerin, nämlich die XXXX, nicht genannt worden sei und, da es sich um einen nicht behebbaren Mangel handle, deswegen das Angebot aus dem Verfahren auszuscheiden sei. 7.4. Am 11.03.2025 übermittelte der Auftraggeber der Antragstellerin die Entscheidung über die Ausscheidung aus dem Vergabeverfahren und die Zuschlagsentscheidung. Begründet wird die Ausscheidung damit, dass die zur Erbringung der Leistung erforderliche Subunternehmerin, nämlich die römisch 40, nicht genannt worden sei und, da es sich um einen nicht behebbaren Mangel handle, deswegen das Angebot aus dem Verfahren auszuscheiden sei.

[...]

8. Verletzung der Rechte der Antragstellerin

8.1. Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung: Verletzung des Rechts auf Nichtausscheiden des Angebots und damit auch des Rechts auf Zuschlagsentscheidung

Der Auftraggeber hätte das Anbot der Antragstellerin aus folgenden Gründen nicht aus-scheiden dürfen:

> Die Antragstellerin ist seit mehreren Jahren für den Auftraggeber tätig. Dem Auftraggeber ist aufgrund der Vergabeverfahren in den letzten 5 Jahren und aufgrund der an die Antragstellerin ergangenen Auftragsvergaben (mit gleichen oder ähnlichen Vergabegegenständen) bekannt, dass die Antragstellerin für ihre Leistungen auf die XXXX als verbundenes Unternehmen zurückgreift. Dies ist amtsbekannt.> Die Antragstellerin ist seit mehreren Jahren für den Auftraggeber tätig. Dem Auftraggeber ist aufgrund der Vergabeverfahren in den letzten 5 Jahren und aufgrund der an

die Antragstellerin ergangenen Auftragsvergaben (mit gleichen oder ähnlichen Vergabegegenständen) bekannt, dass die Antragstellerin für ihre Leistungen auf die römisch 40 als verbundenes Unternehmen zurückgreift. Dies ist amtsbekannt.

Abgesehen davon, wurde die Weitergabe von Leistungen an die XXXX (ua Flugbetrieb und Wartung) als verbundenes Unternehmen in der übermittelten Firmeninformation offengelegt. Abgesehen davon, wurde die Weitergabe von Leistungen an die römisch 40 (ua Flugbetrieb und Wartung) als verbundenes Unternehmen in der übermittelten Firmeninformation offengelegt.

Die Antragstellerin und die XXXX sind verbundene Unternehmen iSd § 2 Z 40 BVergG 2018. Die XXXX ist Alleingesellschafterin der Antragstellerin. Diese ist daher eine 100%-Tochtergesellschaft der XXXX. Die XXXX übt durch ihre Stellung als Alleingesellschafterin beherrschenden Einfluss auf diese aus bzw kann beherrschenden Einfluss ausüben, was für die Qualifikation als „verbundene Unternehmen“ ausreichend ist. Der beherrschende Einfluss wird bei einer Alleingesellschafterin ex lege vermutet (§ 2 Z 40 letzter Satz BVergG). Die Antragstellerin und die römisch 40 sind verbundene Unternehmen iSd Paragraph 2, Ziffer 40, BVergG 2018. Die römisch 40 ist Alleingesellschafterin der Antragstellerin. Diese ist daher eine 100%-Tochtergesellschaft der römisch 40. Die römisch 40 übt durch ihre Stellung als Alleingesellschafterin beherrschenden Einfluss auf diese aus bzw kann beherrschenden Einfluss ausüben, was für die Qualifikation als „verbundene Unternehmen“ ausreichend ist. Der beherrschende Einfluss wird bei einer Alleingesellschafterin ex lege vermutet (Paragraph 2, Ziffer 40, letzter Satz BVergG).

Aus der Firmeninformation ging eindeutig hervor (neben der Amtsbekanntheit), dass die Antragstellerin für ihre Leistungen auf die XXXX als verbundenes Unternehmen zurückgreift. Die Antragstellerin hat daher ihre Verpflichtung zur Angabe der Subunternehmer erfüllt. Aus der Firmeninformation ging eindeutig hervor (neben der Amtsbekanntheit), dass die Antragstellerin für ihre Leistungen auf die römisch 40 als verbundenes Unternehmen zurückgreift. Die Antragstellerin hat daher ihre Verpflichtung zur Angabe der Subunternehmer erfüllt.

Der Auftraggeber hatte sehr wohl Kenntnis von der Weitergabe der Leistungen an die XXXX. Die Antragstellerin legte die Tatsache der Weitergabe offen und nannte dafür die XXXX explizit in der übermittelten Firmeninformation (ua für Flugbetrieb und Wartung). Der Auftraggeber hatte sehr wohl Kenntnis von der Weitergabe der Leistungen an die römisch 40. Die Antragstellerin legte die Tatsache der Weitergabe offen und nannte dafür die römisch 40 explizit in der übermittelten Firmeninformation (ua für Flugbetrieb und Wartung).?

Insofern ist die Entscheidung des Auftraggebers, dass das Anbot aufgrund der Nichtnennung der XXXX auszuschneiden sei, rechtswidrig. Insofern ist die Entscheidung des Auftraggebers, dass das Anbot aufgrund der Nichtnennung der römisch 40 auszuschneiden sei, rechtswidrig.

Sofern dem Auftraggeber diese Form der Erklärung unzureichend gewesen wäre, hätte er der Antragstellerin zumindest die Möglichkeit geben müssen, die erforderlichen Unterlagen und Erklärungen nachzureichen. Die Nachreichung ist laut höchstgerichtlicher Rechtsprechung auch nach Ablauf der Angebotsfrist im offenen Verfahren nicht nur zulässig, sondern muss vielmehr dem Bieter sogar ausdrücklich eingeräumt werden.

Das BVwG hat in Zusammenhang mit Subunternehmer ausgesprochen, dass ein Bieter nach der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes auch nach der Angebotsöffnung im Zuge der Angebotsprüfung die Möglichkeit haben muss, einen notwendigen Subunternehmer im Fall von dessen mangelnder Eignung auszutauschen (EuGH 3. 6. 2021, C- 210/20, Rad Service ua, ECLI:EU:C:2021:445, Rn 45). Der Auftraggeber muss den Bieter sogar zum Austausch auffordern (EuGH 6.10. 2021, C-316/21, Monument Vandekerck- hove, ECLI:EU:C:2021:837, Rn 45) (vgl BVwG 05.08.2022, W187 2256803/10001, Rn 3.3.2.10; ferner vgl BVwG 10.02.2022, W187 2250142/10002, Rn 3.3.64 ff). Das BVwG hat in Zusammenhang mit Subunternehmer ausgesprochen, dass ein Bieter nach der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes auch nach der Angebotsöffnung im Zuge der Angebotsprüfung die Möglichkeit haben muss, einen notwendigen Subunternehmer im Fall von dessen mangelnder Eignung auszutauschen (EuGH 3. 6. 2021, C- 210/20, Rad Service ua, ECLI:EU:C:2021:445, Rn 45). Der Auftraggeber muss den Bieter sogar zum Austausch auffordern (EuGH 6.10. 2021, C-316/21, Monument Vandekerck- hove, ECLI:EU:C:2021:837, Rn 45) vergleiche BVwG 05.08.2022, W187 2256803/10001, Rn 3.3.2.10; ferner vergleiche BVwG 10.02.2022, W187 2250142/10002, Rn 3.3.64 ff).

Umso weniger darf die fehlende Bezeichnung eines beizuziehenden Unternehmens als „Subunternehmer“, sofern dieser dem Auftraggeber - wie gegenständlich - offengelegt wurde und auch amtsbekannt ist, nicht zu einem Ausscheiden des Anbots führen, wenn laut BVwG sogar der Austausch (!) von erforderlichen Subunternehmern im

Zuge der Anbotsprüfung zulässig ist.

Die Antragstellerin legte eindeutig offen, dass sie für ihre Leistungen auf die XXXX als verbundenes Unternehmen zurückgreift. Die Weitergabe an die XXXX wurde in den Unterlagen, vor allem durch die Firmeninformation offengelegt. Dass die XXXX dann nicht ausdrücklich als Subunternehmer bezeichnet wurde, schadet nicht. Die Antragstellerin legte eindeutig offen, dass sie für ihre Leistungen auf die römisch 40 als verbundenes Unternehmen zurückgreift. Die Weitergabe an die römisch 40 wurde in den Unterlagen, vor allem durch die Firmeninformation offengelegt. Dass die römisch 40 dann nicht ausdrücklich als Subunternehmer bezeichnet wurde, schadet nicht.

Die aktuelle Judikatur des BVwG zeigt, dass nicht jede unterlassene Formalität iZm einem Subunternehmer zum Ausscheiden des Anbots des Bieters führen darf

Da die Heranziehung der XXXX für die Erbringung der Leistungen dem Auftraggeber bekannt war, hätte er nach der Rechtsprechung die Antragstellerin vor dem Ausscheiden jedenfalls noch zumindest zur Klarstellung ihres Anbots auffordern müssen. Diese Vorgehensweise entspricht dem Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebots. Da die Heranziehung der römisch 40 für die Erbringung der Leistungen dem Auftraggeber bekannt war, hätte er nach der Rechtsprechung die Antragstellerin vor dem Ausscheiden jedenfalls noch zumindest zur Klarstellung ihres Anbots auffordern müssen. Diese Vorgehensweise entspricht dem Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebots.

Die Ausscheidung des Anbots der Antragstellerin aus den Vergabeverfahren mit der Behauptung, dass die Antragstellerin die XXXX nicht einmal genannt habe, ist unrichtig und folglich rechtswidrig. Die Ausscheidung des Anbots der Antragstellerin aus den Vergabeverfahren mit der Behauptung, dass die Antragstellerin die römisch 40 nicht einmal genannt habe, ist unrichtig und folglich rechtswidrig.

[...]

8.2. Der Auftraggeber hat die Antragstellerin damit rechtswidrig aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden und nimmt ihr damit die Möglichkeit auf Erlangung der Zuschlagsentscheidung und -erteilung.

9. Angaben zum Interesse der Antragstellerin und zum Schaden

9.1. Die Antragstellerin hat ein großes Interesse an der Erbringung der verfahrensgegenständlichen Leistungen. Durch Abgabe des Anbots und nochmaliger Aufklärung mit Brief vom 10.03.2025 sowie Nachreichung der von der Behörde geforderten Unterlagen hat die Antragstellerin ihr Interesse an einem Vertragsabschluss ausreichend dargelegt und bewiesen. Folglich liegt ein hinreichend begründetes Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss vor.

9.2. Die Antragstellerin hätte bei Zuschlag und anschließender Vertragserfüllung einen Umsatz in Höhe von EUR XXXX (= Angebotspreis) erzielt. Dies konnte aufgrund des rechtswidrigen Ausscheidens der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren nicht realisiert werden und stellt für die Antragstellerin einen Schaden dar. 9.2. Die Antragstellerin hätte bei Zuschlag und anschließender Vertragserfüllung einen Umsatz in Höhe von EUR römisch 40 (= Angebotspreis) erzielt. Dies konnte aufgrund des rechtswidrigen Ausscheidens der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren nicht realisiert werden und stellt für die Antragstellerin einen Schaden dar.

9.3. Durch die vorliegenden Rechtswidrigkeiten entgeht der Antragstellerin ein rechtmäßiges/rechtskonformes Vergabeverfahren sowie die Möglichkeit auf Zuschlagsentscheidung und -erteilung.

9.4. Aus dem Protokoll über die Öffnung der Angebote zeigt sich, dass die Antragstellerin die Bestbieterin in dem Vergabeverfahren war. Bei Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung würde die Antragstellerin den Zuschlag erhalten. Die Nichtigerklärung ist daher jedenfalls auch wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens. Die entgangene Chance auf Zuschlag ist für die Antragstellerin ein Schaden.

9.5. Außerdem entstehen der Antragstellerin aufgrund des rechtswidrigen Vorgehens des Auftraggebers in diesem Verfahren Kosten iHv zumindest EUR XXXX (Teilnahme am Verfahren, Ausarbeitung des Angebots, Rechtsberatungs- und Rechtsverfolgungskosten). Dieser Aufwand ist frustriert, wenn die angefochtene Ausscheidungsentscheidung bestehen bleibt. Zudem entstand der Antragstellerin ein Schaden in Höhe der Kosten des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens. Dieser umfasst die Kosten der rechtfreundlichen Beratung und Pauschalgebühren. 9.5. Außerdem entstehen der Antragstellerin aufgrund des rechtswidrigen Vorgehens des Auftraggebers in diesem Verfahren Kosten iHv zumindest EUR römisch 40 (Teilnahme am Verfahren, Ausarbeitung des Angebots, Rechtsberatungs- und Rechtsverfolgungskosten). Dieser Aufwand ist frustriert, wenn die angefochtene

Ausscheidungsentscheidung bestehen bleibt. Zudem entstand der Antragstellerin ein Schaden in Höhe der Kosten des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens. Dieser umfasst die Kosten der rechtfreundlichen Beratung und Pauschalgebühren.

9.6. Auch entgeht der Antragstellerin die Chance auf Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren. Sie nimmt immer wieder an öffentlichen Ausschreibungen teil und hat daher ein rechtliches und wirtschaftliches Interesse an der tatsächlichen Durchführung dieses öffentlichen Auftrags, um damit Referenzen zu erlangen, die von öffentlichen Auftraggebern immer wieder gefordert werden.

9.7. Bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise des Auftraggebers wäre die Antragstellerin in die Lage versetzt, nach den vergaberechtlichen Grundsätzen des fairen und lauten Wettbewerbs die Chance auf Zuschlagsentscheidung und -erteilung zu erhalten. Durch das rechtswidrige Ausscheiden aus den Vergabeverfahren wurde die Antragstellerin somit an der Teilnahme an einem rechtmäßig geführten Vergabeverfahren beeinträchtigt.?

Zur Vermeidung eines weitergehenden Schadens und des Verlustes eines Referenzprojektes aufgrund der rechtswidrigen Ausscheidung und Zuschlagsentscheidung können die Rechte der Antragstellerin ausschließlich durch den vorliegenden Nachprüfungsantrag gewahrt werden. [...]“

2. Zuvor hatte die ASt bereits - zugewiesen gemäß § 17 BVwGG am 21.03.2025 zur Aktenzahl 2309544 - einen Nachprüfungsantrag mit einem Nichtigerklärungsbegehren ausdrücklich nur gegen die Ausscheidungsentscheidung allein und einen dem hier entschiedenen eV - Antrag gleichgerichteten eV - Antrag eingebracht, wobei bereits wegen des am 21.03.2025 zugewiesenen eV - Antrags vom BVwG die Verständigung gemäß § 350 Abs 5 BVergG zur Auslösung der Zuschlags - Sperrwirkung erstmalig durchgeführt worden war. 2. Zuvor hatte die ASt bereits - zugewiesen gemäß Paragraph 17, BVwGG am 21.03.2025 zur Aktenzahl 2309544 - einen Nachprüfungsantrag mit einem Nichtigerklärungsbegehren ausdrücklich nur gegen die Ausscheidungsentscheidung allein und einen dem hier entschiedenen eV - Antrag gleichgerichteten eV - Antrag eingebracht, wobei bereits wegen des am 21.03.2025 zugewiesenen eV - Antrags vom BVwG die Verständigung gemäß Paragraph 350, Absatz 5, BVergG zur Auslösung der Zuschlags - Sperrwirkung erstmalig durchgeführt worden war.

3. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin XXXX wurde mit Schreiben vom 24.03.2025 über das Einlangen des Nachprüfungsantrags sowie des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung von der ASt verständigt und ihr die Möglichkeit gegeben, bis zum 28.03.2025 zum eV - Antrag Stellung zu nehmen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin brachte eine solche Stellungnahme nicht ein. 3. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin römisch 40 wurde mit Schreiben vom 24.03.2025 über das Einlangen des Nachprüfungsantrags sowie des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung von der ASt verständigt und ihr die Möglichkeit gegeben, bis zum 28.03.2025 zum eV - Antrag Stellung zu nehmen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin brachte eine solche Stellungnahme nicht ein.

3. Namens der AG wurden in Reaktion auf die vorskizzierte verfahrenseinleitende Eingabe am 26.03.2025 die Unterlagen des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt, am 27.03.2025 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren erstattet sowie näher begründet beantragt, sämtliche Anträge der ASt zurück- oder in eventu abzuweisen.

4. Die ASt verfasste schließlich am 28.03.2025 mit der OZ 12 eine weitere Eingabe im Nachprüfungspunkt, welche an die anderen Parteien des Nachprüfungsverfahrens im Wege des Parteiengehörs versandt wurde. Dort wurde bestätigt, dass die ASt mehr als 50% subvergeben würde, ohne insoweit eine rechtserhebliche Rechtswidrigkeit zu sehen.

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

1. Feststellungen:

1.1. Die Republik Österreich, im Vergabeverfahren letztlich vertreten durch den Forsttechnischen Dienst für Wildbach- und Lawinerverbauung, Gebietsbauleitung Bludenz, schrieb im Februar 2025 unter der - von der Auftraggeberin verwendeten - Bezeichnung „Hubschraubertransporte und Montageflüge für diverse Baufelder in der Lastklasse 1 bis 950 kg im Bezirk Bludenz im Baujahr 2025 (Referenz AG: Zl. 807-160-V/173).“ einen Dienstleistungsauftrag im Unterschwellenbereich in einem offenen Verfahren aus.

1.2. Der Verfahrensgang wird mit den darin festgehaltenen Vergabeverfahrenstatsachen als entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt; und ergibt sich aus dem Inhalt der Verfahrensakten W131 2309632-1 [eV - Verfahren], -2 [Nachprüfungsverfahren] und -3 [Pauschalgebührenersatzverfahren] samt vorgelegten Vergabeunterlagen. Und

zustzlich aus den verfahrenszahlen des Akts W131 2309544 (iZm dem ersten Nachprüfungsantrag der ASt formal nur gegen die Ausscheidensentscheidung).

1.3. Namens der AG wurde im eV - Punkt insb wie folgt vorgebracht:

...

1. Die Antragstellerin kann mit ihren Nachprüfungsanträgen nicht durchdringen Die Antragsgegnerin wird bis zur vorgegebenen Frist am 3.4.2025 zu sämtlichen (rechtlichen) Vorhalten der Antragstellerin Stellung nehmen. Die vorliegende Erststellungnahme wird jedoch auch zum Anlass genommen, bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin mit ihren Anträgen denkunmöglich durchdringen kann. Im Detail hierzu, wie folgt:

a. Zu den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen

Gemäß Punkt 2.6 der bestandsfesten gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen ist die gänzliche Weitergabe des Auftrags an einen Subunternehmer „nicht gestattet“ und wurde eine Obergrenze für Leistungen, die von einem Subunternehmer durchgeführt werden dürfen, in Höhe von 50% festgelegt. Sämtliche allfälligen Subunternehmer waren im Zuge der Angebotsabgabe zwingend bekanntzugeben und war hierzu die Abgabe eines gesonderten „Bekanntgabeschreibens“ vorgesehen.

b. Die Antragstellerin hat im Angebot keinen Subunternehmer benannt

Zum Angebot der Antragstellerin ist hierzu auszuführen, dass die Antragstellerin in keinem dahingehenden „Bekanntgabeschreiben“ offengelegt hat, dass die – im Nachprüfungsverfahren erwähnte – XXXX als Subunternehmerin zum Einsatz gelangt. Dies bestätigt die Antragstellerin sogar selbst, wenn sie in ihrem Schreiben vom 10.3.2025 ausführt, wie folgt: Zum Angebot der Antragstellerin ist hierzu auszuführen, dass die Antragstellerin in keinem dahingehenden „Bekanntgabeschreiben“ offengelegt hat, dass die – im Nachprüfungsverfahren erwähnte – römisch 40 als Subunternehmerin zum Einsatz gelangt. Dies bestätigt die Antragstellerin sogar selbst, wenn sie in ihrem Schreiben vom 10.3.2025 ausführt, wie folgt:

„Dass die XXXX als verbundenes Unternehmen von der XXXX beigezogen wird, wurde offengelegt (Firmeninformation) und war zudem amtsbekannt. Ein gesonderter Ausweis als Subunternehmen war demzufolge nicht mehr notwendig“ „Dass die römisch 40 als verbundenes Unternehmen von der römisch 40 beigezogen wird, wurde offengelegt (Firmeninformation) und war zudem amtsbekannt. Ein gesonderter Ausweis als Subunternehmen war demzufolge nicht mehr notwendig“.

Beweis: [...]

Der Antragstellerin ist bereits an dieser Stelle zu entgegnen, dass eine allfällige erklärungslose Vorlage eines Firmenbuchauszugs die in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen festgelegte gesonderte Bekanntgabe („Bekanntgabeschreiben“) nicht ersetzen kann.

Des Weiteren ist die Antragstellerin an dieser Stelle auch darauf hinzuweisen, dass es für die Qualifikation als Subunternehmerin vollkommen ohne Belang ist, ob das zur Auftragserfüllung herangezogene Unternehmen als verbundenes Unternehmen anzusehen ist.

Bereits den Erläuternden Bemerkungen zum BVergG 2018 ist hierzu explizit zu entnehmen, dass „Unternehmen, die Teile eines Auftrages von einem mit ihnen verbundenen Unternehmen (§ 2 Z 40) vertraglich übernehmen, ebenfalls Subunternehmer im Sinne der Definition sind“⁴. Ebenso inkludiert daher der Begriff des Subunternehmers verbundene Unternehmen, die Teile des Auftrags zur Ausführung übernehmen. Bereits den Erläuternden Bemerkungen zum BVergG 2018 ist hierzu explizit zu entnehmen, dass „Unternehmen, die Teile eines Auftrages von einem mit ihnen verbundenen Unternehmen (Paragraph 2, Ziffer 40,) vertraglich übernehmen, ebenfalls Subunternehmer im Sinne der Definition sind“⁴. Ebenso inkludiert daher der Begriff des Subunternehmers verbundene Unternehmen, die Teile des Auftrags zur Ausführung übernehmen.

Ausdrücklich festzuhalten ist daher, dass die Antragstellerin entgegen den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen keine entsprechende Subunternehmernennung („Bekanntgabeschreiben“) vorgenommen hat. Das Angebot widerspricht daher offenkundig den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen, leidet an einem unbehebbaran Mangel und ist daher jedenfalls nach § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 auszuschneiden. Ausdrücklich festzuhalten ist daher, dass die Antragstellerin entgegen den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen keine entsprechende

Subunternehmernennung („Bekanntgabeschreiben“) vorgenommen hat. Das Angebot widerspricht daher offenkundig den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen, leidet an einem unbehebbarer Mangel und ist daher jedenfalls nach Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2018 auszuschneiden.

c. Die Antragstellerin wollte entgegen den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen den Auftrag zur Gänze weitergeben. Dem oben angeführten Schreiben der Antragstellerin vom 10.3.2025 ist zudem zu entnehmen, dass diese entgegen den Festlegungen der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen offenkundig auch eine 100%ige Weitergabe des Auftrags forcierte:

„Die XXXX (Bieterin) und die XXXX sind verbundene Unternehmen iSd § 2 Z 40 BVergG 2018. Daher ist die Übernahme von Auftragsleistungen durch die XXXX (auch bis zu 100%) vergaberechtlich zulässig.“ „Die römisch 40 (Bieterin) und die römisch 40 sind verbundene Unternehmen iSd Paragraph 2, Ziffer 40, BVergG 2018. Daher ist die Übernahme von Auftragsleistungen durch die römisch 40 (auch bis zu 100%) vergaberechtlich zulässig.“

Beweis: [...]

Dass eine 100%ige Weitergabe des Auftrags vorgesehen war, ergibt sich auch zweifelsohne bereits aus der Tatsache, dass die Antragstellerin über keinen Beschäftigten verfügt und wird auch dies selbst von der Antragstellerin in einem weiteren gesonderten Schreiben ebenfalls vom 10.3.2025 bestätigt:

„Da es momentan keine Beschäftigte bei der XXXX gibt, können wir Ihnen keine der Unterlagen der Kommunalsteuer Abgabe beilegen.“ „Da es momentan keine Beschäftigte bei der römisch 40 gibt, können wir Ihnen keine der Unterlagen der Kommunalsteuer Abgabe beilegen.“

Beweis: [...]

Die beabsichtigte 100%ige Weitergabe des Auftrags ergibt sich zudem auch bereits aus der Tatsache, dass sämtliche vorgelegten flugrechtlichen Bescheinigungen, wie zB „Genehmigung für gewerberechtliche spezialisierten Flugbetrieb mit hohem Risiko“, „Betriebsspezifikationen“ und „Luftverkehrsbetreiberzeugnis“ ausschließlich auf die XXXX und damit nicht auf die Antragstellerin XXXX ausgestellt sind. Die beabsichtigte 100%ige Weitergabe des Auftrags ergibt sich zudem auch bereits aus der Tatsache, dass sämtliche vorgelegten flugrechtlichen Bescheinigungen, wie zB „Genehmigung für gewerberechtliche spezialisierten Flugbetrieb mit hohem Risiko“, „Betriebsspezifikationen“ und „Luftverkehrsbetreiberzeugnis“ ausschließlich auf die römisch 40 und damit nicht auf die Antragstellerin römisch 40 ausgestellt sind.

Hierzu ist festzuhalten, dass die Antragstellerin den gegenständlichen Auftrag mit den Hubschraubern des Typs XXXX und XXXX durchführen wollen würde und den oben angeführten Betriebsspezifikationen betreffend diese Hubschraubertypen klar zu entnehmen ist, dass als „Betreiber“ die XXXX agiert. Hierzu ist festzuhalten, dass die Antragstellerin den gegenständlichen Auftrag mit den Hubschraubern des Typs römisch 40 und römisch 40 durchführen wollen würde und den oben angeführten Betriebsspezifikationen betreffend diese Hubschraubertypen klar zu entnehmen ist, dass als „Betreiber“ die römisch 40 agiert.

Das Angebot widerspricht daher offenkundig den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen, leidet an einem unbehebbarer Mangel und ist daher jedenfalls nach § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 auszuschneiden. Das Angebot widerspricht daher offenkundig den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen, leidet an einem unbehebbarer Mangel und ist daher jedenfalls nach Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2018 auszuschneiden.

d. Die Antragstellerin versucht einen eignungsrelevanten Subunternehmer „nachzuschieben“.

Des Weiteren ist nicht außer Acht zu lassen, dass unter anderem die oben genannten flugrechtlichen Bescheinigungen als Eignungskriterien iSd Punktes 1.8 der Ausschreibungsunterlagen festgelegt wurden, wodurch es sich bei der XXXX offenkundig um einen nicht im Angebot benannten eignungsrelevanten Subunternehmer handelt. Des Weiteren ist nicht außer Acht zu lassen, dass unter anderem die oben genannten flugrechtlichen Bescheinigungen als Eignungskriterien iSd Punktes 1.8 der Ausschreibungsunterlagen festgelegt wurden, wodurch es sich bei der römisch 40 offenkundig um einen nicht im Angebot benannten eignungsrelevanten Subunternehmer handelt.

Die fehlende oder verspätete Bekanntgabe von eignungsrelevanten Subunternehmern stellt an sich schon einen unbehebbarer Mangel dar und ist das Angebot daher bereits aus diesem Grund jedenfalls nach § 141 Abs 1 Z 2 und Z 7 BVergG 2018 auszuschneiden. Die fehlende oder verspätete Bekanntgabe von eignungsrelevanten Subunternehmern

stellt an sich schon einen unbehebbarer Mangel dar und ist das Angebot daher bereits aus diesem Grund jedenfalls nach Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 2 und Ziffer 7, BVergG 2018 auszuschneiden.

e. Das Angebot der Antragstellerin ist jedenfalls auszuschneiden

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass verbundene Unternehmen ebenso als Subunternehmer zu qualifizieren sind, die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen explizit die Namhaftmachung sämtlicher Subunternehmer fordern, die Antragstellerin keine diesbezügliche Namhaftmachung vorgenommen hat, wodurch sie zudem die Bekanntgabe eines eignungsrelevanten Subunternehmers unterlassen hat, die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen eine Begrenzung einer allfälligen Subvergabe in Höhe von 50% vorsehen und die Antragstellerin entgegen den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen jedoch eine 100%ige Weitergabe forciert, wodurch das Angebot der Antragstellerin mit mehreren unbehebbarer Mängel behaftet ist und dieses daher jedenfalls nach § 141 Abs 1 Z 2 und Z 7 BVergG 2018 auszuschneiden ist. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass verbundene Unternehmen ebenso als Subunternehmer zu qualifizieren sind, die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen explizit die Namhaftmachung sämtlicher Subunternehmer fordern, die Antragstellerin keine diesbezügliche Namhaftmachung vorgenommen hat, wodurch sie zudem die Bekanntgabe eines eignungsrelevanten Subunternehmers unterlassen hat, die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen eine Begrenzung einer allfälligen Subvergabe in Höhe von 50% vorsehen und die Antragstellerin entgegen den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen jedoch eine 100%ige Weitergabe forciert, wodurch das Angebot der Antragstellerin mit mehreren unbehebbarer Mängel behaftet ist und dieses daher jedenfalls nach Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 2 und Ziffer 7, BVergG 2018 auszuschneiden ist.

Da sohin die Antragstellerin mit ihren Nachprüfungsanträgen denkunmöglich durchdringen kann, hat die vorzunehmende Interessenabwägung daher auch in diesem Zusammenhang klar im Sinne der Antragsgegnerin zu erfolgen.

2. Zum dringenden Beschaffungsbedarf

Das besondere Interesse der Antragsgegnerin an der Fortführung des Verfahrens besteht darin, dass ein dringender Beschaffungsbedarf besteht, da die gegenständliche Beschaffung zur Erfüllung der gesetzlich bestimmten Aufgaben der Antragsgegnerin benötigt wird. Im Detail hierzu, wie folgt:

Die Termine zur Durchführung des Vergabeverfahrens (Auftragsbekanntmachung, Abgabefrist, Zuschlagsmitteilung, geplante Zuschlagserteilung) wurden so gewählt, dass die Vergabe bei einem korrekt abgewickelten Vergabeverfahren so durchgeführt werden kann, dass die Belieferung der Baustellen mit Hubschraubertransporten laut Bauzeitplan sichergestellt ist.

Die Bausaison im Hochgebirge ist naturgemäß eingeschränkt und kann durch Wettergeschehen empfindlich verkürzt werden. Die Hubschraubertransporte und Montageflüge für die Baustellen in der Gebietsbauleitung Bludenz dienen in erster Linie zur Belieferung von Lawinen- und Steinschlagschutzbaustellen, sowie für die Umsetzung von flächenwirtschaftlichen Schutzwaldprojekten, wobei dabei dringender Handlungsbedarf besteht.

Durch großräumige Windwürfe in schwer zugänglichen Waldbereichen in den Gemeinden St. Gallenkirch und Gaschurn sind dringend Maßnahmen zur Kompensation des verloren gegangenen Schutzwaldes erforderlich. Diese Kompensation erfolgt in einer Kombination von Anbruchverbauungen und Gleitschneeschutzmaßnahmen sowie einer flächigen Aufforstung.

Das für die Errichtung der technischen Maßnahmen erforderliche Verbauungsmaterial muss auf Grund der exponierten Lage der Baufelder mit dem Hubschrauber antransportiert werden. Ohne dessen Einsatz können die Baumaßnahmen nicht durchgeführt werden, was durch den fehlenden Schutzwald zu einer deutlichen Reduzierung der Schutzwirkung für die darunter befindlichen Siedlungsräume und Infrastrukturanlagen führen würde.

Auf Grund der Dringlichkeit der umzusetzenden Maßnahmen bei den angesprochenen flächenwirtschaftlichen Schutzwaldprojekten und den zusätzlich anstehenden Steinschlagschutzverbauungen, bei denen ebenfalls ein Hubschrauber zum Einsatz kommen wird, ist aus Sicht der Gebietsbauleitung Bludenz eine Vergabe der Hubschraubertransporte für das Jahr 2025 bis Mitte April jedenfalls erforderlich.

Anderenfalls kommt es zu kritischen Verzögerungen auf den Baufeldern und gegebenenfalls auch zum gänzlichen Wegfall von geplanten Schutzmaßnahmen. Es liegt daher eine hohe Dringlichkeit vor, da die gegenständliche

Beschaffung für die Durchführung der geplanten Schutzmaßnahmen benötigt wird und diese im maßgeblichen öffentlichen Interesse (ua Unversehrtheit von Leib und Leben von Menschen) stehen.

Dem gegenüber stehen lediglich rein monetäre bzw. wirtschaftliche Interessen der Antragstellerin.

Die vorzunehmende Interessenabwägung hat daher auch vor diesem Hintergrund klar im Sinne der Antragsgegnerin zu erfolgen.

Die Auftraggeberin kann nicht beurteilen, ob Interessen sonstiger Bieter durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung beeinträchtigt werden.

Die Auftraggeberin hat die Dauer eines möglichen Nachprüfungsverfahrens im Rahmen des Vergabeverfahrens im Ausmaß der gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsfrist von sechs Wochen gemäß § 348 BVergG 2018 in der Planung des gegenständlichen Vergabeverfahrens berücksichtigt. Aufgrund des dringenden Beschaffungsbedarfs der Auftraggeberin wird im Falle der Erlassung der Einstweiligen Verfügung um Beschränkung dieser auf die gesetzlich vorgesehene Höchstdauer eines Nachprüfungsverfahrens, sohin auf sechs Wochen ab Erlass der einstweiligen Verfügung, ersucht. Die Auftraggeberin hat die Dauer eines möglichen Nachprüfungsverfahrens im Rahmen des Vergabeverfahrens im Ausmaß der gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsfrist von sechs Wochen gemäß Paragraph 348, BVergG 2018 in der Planung des gegenständlichen Vergabeverfahrens berücksichtigt. Aufgrund des dringenden Beschaffungsbedarfs der Auftraggeberin wird im Falle der Erlassung der Einstweiligen Verfügung um Beschränkung dieser auf die gesetzlich vorgesehene Höchstdauer eines Nachprüfungsverfahrens, sohin auf sechs Wochen ab Erlass der einstweiligen Verfügung, ersucht.

...

1.4. Der Zuschlag ist noch nicht erteilt. Derzeit ist gerichtnotorisch noch nicht ersichtlich, dass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wesentlich länger als bis zum Ablauf der sechswöchigen Entscheidungsfrist gemäß § 348 BVergG dauern sollte. 1.4. Der Zuschlag ist noch nicht erteilt. Derzeit ist gerichtnotorisch noch nicht ersichtlich, dass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wesentlich länger als bis zum Ablauf der sechswöchigen Entscheidungsfrist gemäß Paragraph 348, BVergG dauern sollte.

1.5. Notorisch erscheint, dass es bei Zutreffen der Rechtswidrigkeitsbehauptungen der ASt die vorherige Zuschlagserteilung ohne diese eV für die ASt hieße, dass die Chance auf eine Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten (- allenfalls nach einer Neuausschreibung -) vernichtet würde, bevor über den Nachprüfungsantrag entscheiden wäre.

1.6. Es ist dz noch nicht ersichtlich, dass das gegenständliche Nachprüfungs geschehen wesentlich länger als sechs Wochen, gerechnet ab 24.03.2025 in Anspruch nehmen sollte.

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den Verfahrensakten und dem unstrittigen Parteivorbringen.

Die geschätzte Nachprüfungsverfahrendauer ergibt sich aus der gerichtnotorischen Einschätzung der Verfahrendauer rücksichtlich der Aktenlage, zumal gegenständlich zu erwägen sein wird, einen Vorhalt iSv VwGH 2007/04/0012 hinsichtlich der „50 % - Subvergabegrenze“ zu machen und danach allenfalls auch von einer mündlichen Verhandlung abzusehen.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

Gemäß § 328 Abs 1 iVm § 327 BVergG 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht im gegenständlichen Verfahren durch Einzelrichter zu entscheiden. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 327, BVergG 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht im gegenständlichen Verfahren durch Einzelrichter zu entscheiden.

3.1. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 350 Abs 1 BVergG 2018 (= BVergG) zu prüfen, ob der ASt vor allem in Relation insb zur angefochtenen Zuschlagsentscheidung die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Abschluss des Vertrags befindet, dass die Rechtswidrigkeit von gesondert anfechtbaren Entscheidungen – nämlich einer Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung – behauptet wurde, dass die ASt ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich

des BVergG unterliegenden Vertrags behauptet hat, sowie dass der ASt durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs 1 BVergG ist dabei rücksichtlich der Begründung der Ausscheidensentscheidung durch die AG im Vergabeverfahren dz deshalb nicht gegeben, nachdem die AG vor dem BVwG ergänzend Ausführungen tätigt, die die Ausscheidensentscheidung iZm der „50% - Subunternehmergrenze“ denkmöglich als im Ergebnis zutreffend argumentierbar erscheinen lassen.3.1. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß Paragraph 350, Absatz eins, BVergG 2018 (= BVergG) zu prüfen, ob der ASt vor allem in Relation insb zur angefochtenen Zuschlagsentscheidung die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 342, Absatz eins, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Abschluss des Vertrags befindet, dass die Rechtswidrigkeit von gesondert anfechtbaren Entscheidungen – nämlich einer Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung – behauptet wurde, dass die ASt ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrags behauptet hat, sowie dass der ASt durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 342, Absatz eins, BVergG ist dabei rücksichtlich der Begründung der Ausscheidensentscheidung durch die AG im Vergabeverfahren dz deshalb nicht gegeben, nachdem die AG vor dem BVwG ergänzend Ausführungen tätigt, die die Ausscheidensentscheidung iZm der „50% - Subunternehmergrenze“ denkmöglich als im Ergebnis zutreffend argumentierbar erscheinen lassen.

3.2. Die Rechtsschutzanträge der ASt erfüllen soweit im Provisorialverfahren beurteilt auch die Zulässigkeitsvoraussetzungen, zumal effektiver Rechtsschutz gemäß der RL 89/665/EWG zu gewährleisten ist.

3.3. Die Vergabekontrollzuständigkeit des BVwG ist unbestritten.

3.4. Inhaltlich zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

3.4.1. Gemäß § 350 Abs 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.3.4.1. Gemäß Paragraph 350, Absatz eins, BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 342, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 351 Abs 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 351, Absatz eins, BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 351 Abs 3 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über eine allfällige Nichtigkeitsklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 351, Absatz 3, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des

Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die AG hat die Zurück- in eventu Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit den oben aufgezeigten Argumenten beantragt.

Es wird nicht übersehen, dass ein öffentliches Interesse an der gegenständlichen Beschaffung besteht. Die AG ist jedoch darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren in der gesetzlich gemäß § 348 BVergG vorgesehenen Dauer sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens in den Zeitplan für das Vergabeverfahren einzukalkulieren hat. Es wird nicht übersehen, dass ein öffentliches Interesse an der gegenständlichen Beschaffung besteht. Die AG ist jedoch darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren in der gesetzlich gemäß Paragraph 348, BVergG vorgesehenen Dauer sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens in den Zeitplan für das Vergabeverfahren einzukalkulieren hat.

Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und der Auftraggeberin sowie eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens und des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01) erscheint daher (insb mangels gegenläufig - verfahrensökonomisch sachorientiert - hinreichend ereknnbarer (insb: Auftraggeber -) Interessen) ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der erlassenen einstweiligen Verfügung nicht gegeben, soweit mit der Untersagung der Zuschlagserteilung ein Unzulässigwerden der Nichtigerklärungsanträge vor einer Entscheidung des BVwG über diese Nichtigerklärungsanträge durch das BVwG gemäß § 334 Abs 2 BVergG im Rahmen des gelindesten zum Ziel führenden Sicherungsmittels verhindert wird, bevor also eben Klarheit besteht, ob die diesbezüglichen Rechtswidrigkeitsbehauptungen der ASt zutreffen. Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und der Auftraggeberin sowie eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens und des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01) erscheint daher (insb mangels gegenläufig - verfahrensökonomisch sachorientiert - hinreichend ereknnbarer (insb: Auftraggeber -) Interessen) ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der erlassenen einstweiligen Verfügung nicht gegeben, soweit mit der Untersagung der Zuschlagserteilung ein Unzulässigwerden der Nichtigerklärungsanträge vor einer Entscheidung des BVwG über diese Nichtigerklärungsanträge durch das BVwG gemäß Paragraph 334, Absatz 2, BVergG im Rahmen des gelindesten zum Ziel führenden Sicherungsmittels verhindert wird, bevor also eben Klarheit besteht, ob die diesbezüglichen Rechtswidrigkeitsbehauptungen der ASt zutreffen.

Die von der ASt darüber hinaus beantragte Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens erscheint hingegen nicht erforderlich, um die Interessen der ASt zu wahren, und stellt somit nicht das gelindeste Sicherungsmittel iSd § 351 Abs 3 BVergG dar. Daher war das Mehrbegehren der ASt abzuweisen. Die von der ASt darüber hinaus beantragte Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens erscheint hingegen nicht erforderlich, um die Interessen der ASt zu wahren, und stellt somit nicht das gelindeste Sicherungsmittel iSd Paragraph 351, Absatz 3, BVergG dar. Daher war das Mehrbegehren der ASt abzuweisen.

Soweit die AG angestrebt hat, im Falle der Erlassung der Einstweiligen Verfügung diese auf die gesetzlich vorgesehene Höchstdauer eines Nachprüfungsverfahrens, sohin auf sechs Wochen ab Erlass der einstweiligen Verfügung, zu beschränken, wird darauf verwiesen, dass wie festgestellt derzeit gerichtnotorisch nicht ersichtlich ist, dass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wesentlich länger als bis zum Ablauf der sechswöchigen Entscheidungsfrist gemäß § 348 BVergG dauern sollte. Soweit die AG angestrebt hat, im Falle der Erlassung der Einstweiligen Verfügung diese auf die gesetzlich vorgesehene Höchstdauer eines Nachprüfungsverfahrens, sohin auf sechs Wochen ab Erlass der einstweiligen Verfügung, zu beschränken, wird darauf verwiesen, dass wie festgestellt derzeit gerichtnotorisch nicht ersichtlich ist, dass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wesentlich länger als bis zum Ablauf der sechswöchigen Entscheidungsfrist gemäß Paragraph 348, BVergG dauern sollte.

Die Auftraggeberin ist durch eine Bestimmung über die Dauer der einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichtes davon nicht verlängert wird, und die AG jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung

deren Aufhebung beantragen kann; bzw die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. VDie Auftraggeberin ist durch eine Bestimmung über die Dauer der einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichtes davon nicht verlängert wird, und die AG jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann; bzw die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. römisch fünf

on der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (vgl BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen).on der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden vergleiche BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen).

Dementsprechend war die beantragte eV wie ersichtlich zu erlassen.

Klargestellt wird, dass diese eV nach ihrem Spruch mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag bzw ex lege gemäß § 350 Abs 4 BVergG (im Falle der Zurückziehung des Nachprüfungsantrags) außer Kraft tritt; und dass insb bei längerer als dz absehbarer Verfahrensdauer die eV wieder aufgehoben werden kann, siehe dazu zB BVwG 17.12.2024, W131 2295868-5/3EKlargestellt wird, dass diese eV nach ihrem Spruch mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag bzw ex lege gemäß Paragraph 350, Absatz 4, BVergG (im Falle der Zurückziehung des Nachprüfungsantrags) außer Kraft tritt; und dass insb bei längerer als dz absehbarer Verfahrensdauer die eV wieder aufgehoben werden kann, siehe dazu zB BVwG 17.12.2024, W131 2295868-5/3E

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG iVm§ 25a Abs 1 VwGG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Vielmehr war auf Grund einer eindeutigen Sach- und Rechtslage zu entscheiden.Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG in Verbindung mit Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Vielmehr war auf Grund einer eindeutigen Sach- und Rechtslage zu entscheiden.

Schlagworte

Dauer der Maßnahme Dienstleistungsauftrag einstweilige Verfügung Entscheidungsfrist Interessenabwägung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren öffentliche Interessen Provisorialverfahren Schaden Untersagung der Zuschlagserteilung Vergabeverfahren Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2025:W131.2309632.1.00

Im RIS seit

23.04.2026

Zuletzt aktualisiert am

23.04.2026

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