

TE Bvwg Beschluss 2016/11/8 W131 2129030-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.11.2016

Entscheidungsdatum

08.11.2016

Norm

ABGB §1330 Abs2

AVG 1950 §17

BVergG 2006 §112

BVergG 2006 §122

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §326

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs4

B-VG Art.133 Abs4

EMRK Art.6 Abs1

GewO 1994 §373a

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. ABGB § 1330 heute

2. ABGB § 1330 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. AVG 1950 § 17 gültig von 01.01.1991 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 51/1991

2. AVG 1950 § 17 gültig von 01.03.1983 bis 31.12.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 199/1982

1. BVergG 2006 § 112 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 112 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 122 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013

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. 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. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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. EMRK Art. 6 heute
2. EMRK Art. 6 gültig ab 01.05.2004

1. GewO 1994 § 373a heute
2. GewO 1994 § 373a gültig ab 25.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2018
3. GewO 1994 § 373a gültig von 17.10.2017 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
4. GewO 1994 § 373a gültig von 18.01.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
5. GewO 1994 § 373a gültig von 14.09.2012 bis 17.01.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
6. GewO 1994 § 373a gültig von 19.08.2010 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
7. GewO 1994 § 373a gültig von 27.02.2008 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
8. GewO 1994 § 373a gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002

9. GewO 1994 § 373a gültig von 19.03.1994 bis 31.07.2002

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 2129030-1/24E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter im Verfahren über die allfällige amtswegige Aufhebung oder aber Verlängerung der zu Gunsten der anwaltlich vertretenen XXXX (= ASt) erlassenen einstweiligen Verfügung im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren der anwaltlich vertretenen Auftraggeberin ASFINAG Maut Service GmbH (= AG) "Go Maut 2.0 Zentralsystem" und einem diesbezüglich eingeleiteten Nachprüfungsverfahren gegen die Entscheidung, dass mit einer Mitbeteiligten XXXX (= MB) die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Provisorialverfahren am 21., 22. und 29.07.2016 und in Miterledigung eines Aufhebungsantrags der AG am 29.07.2016 mündlich verkündet und hiermit schriftlich ausgefertigt beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter im Verfahren über die allfällige amtswegige Aufhebung oder aber Verlängerung der zu Gunsten der anwaltlich vertretenen römisch 40 (= ASt) erlassenen einstweiligen Verfügung im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren der anwaltlich vertretenen Auftraggeberin ASFINAG Maut Service GmbH (= AG) "Go Maut 2.0 Zentralsystem" und einem diesbezüglich eingeleiteten Nachprüfungsverfahren gegen die Entscheidung, dass mit einer Mitbeteiligten römisch 40 (= MB) die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Provisorialverfahren am 21., 22. und 29.07.2016 und in Miterledigung eines Aufhebungsantrags der AG am 29.07.2016 mündlich verkündet und hiermit schriftlich ausgefertigt beschlossen:

A)

Die einstweilige Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts, die zur Verfahrenszahl W131 2129030-1 am 04.07.2016 erlassen wurde, wird unter gleichzeitiger Abweisung des von der Antragstellerin ursprünglich weiters gestellten Eventualantrags auf Untersagung der Zuschlagserteilung mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

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. IZm dem im Entscheidungskopf ersichtlichen Vergabeverfahren langten am 29.06.2016 ein Antrag auf Nichtigerklärung einer Entscheidung über die Auswahl einer Rahmenvereinbarungspartnerin und weiters ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) ein. In diesem ersten Nachprüfungsverfahren beteiligte sich die in der angefochtenen Auswahlentscheidung als Rahmenvereinbarungspartnerin vorgesehene Unternehmerin (= MB) als Partei.

2. Am 15.07.2016 langte beim BVwG ein Antrag auf Nichtigerklärung einer nachträglichen, nach der vorbezeichneten angefochtenen Auswahlentscheidung ergangenen Ausscheidensentscheidung zu Lasten der ASt ein.

3. Am 28.07.2016 wurde der Nachprüfungsantrag gegen die seit 15.07.2016 bekämpfte Ausscheidensentscheidung öffentlich mündlich verkündet von dem gemäß § 292 BVergG zuständigen Senat abgewiesen, nachdem der Senat

zuvor sowohl das Ausscheiden des Angebots der ASt als auch die Nachprüfungsgründe betreffend die angefochtene Auswahlentscheidung mit der ASt, der AG und der MB umfangreich in Verhandlungsterminen erörtert hatte.³ Am 28.07.2016 wurde der Nachprüfungsantrag gegen die seit 15.07.2016 bekämpfte Ausscheidensentscheidung öffentlich mündlich verkündet von dem gemäß Paragraph 292, BVergG zuständigen Senat abgewiesen, nachdem der Senat zuvor sowohl das Ausscheiden des Angebots der ASt als auch die Nachprüfungsgründe betreffend die angefochtene Auswahlentscheidung mit der ASt, der AG und der MB umfangreich in Verhandlungsterminen erörtert hatte.

4. Rücksichtlich auftraggeberseitig gegen die eV vorgebrachter Aspekte wurden beim BVwG in der eV - Sache bereits am 21. und 22.07.2016 rücksichtlich des insb auch technisch schwierigen Sachverhalts iZm dem ausgeschriebenen Zentralmautsystem Verhandlungstermine insb auch zur Prüfung der Erfolgsaussichten iSv EuGH Rs C-424/01 des Nachprüfungsantrags gegen die Auswahlentscheidung durchgeführt.

Die fortgesetzte Verhandlung in der eV - Sache verlief am 29.07.2016, nachdem am 28.07.2016 die Ausscheidensentscheidung der AG zu Lasten der ASt bestätigt worden war, wie folgt [R = Richter; AGV = Rechtsvertreter der Auftraggeberin; AStV = Rechtsvertreter der Antragstellerin]:

[...]

Sohin wird inhaltlich zur heutigen Verhandlung übergegangen.

AGV stellt gem. § 329 Abs 4 BVergG den Antrag auf unverzügliche Aufhebung der eV, weil die Voraussetzungen für deren Erlassung weggefallen sind. Dies insbesondere deswegen, weil die Rechtmäßigkeit der Ausscheidung des Angebotes der ASt mit der Erkenntnis des BVwG vom 28.07.2016 bestätigt wurde, sowie das Ermittlungsverfahren im Verfahren zur Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung ergeben hat, dass keine Ausscheidungsgründe in Bezug auf das Angebot der MB vorliegen. AGV stellt gem. Paragraph 329, Absatz 4, BVergG den Antrag auf unverzügliche Aufhebung der eV, weil die Voraussetzungen für deren Erlassung weggefallen sind. Dies insbesondere deswegen, weil die Rechtmäßigkeit der Ausscheidung des Angebotes der ASt mit der Erkenntnis des BVwG vom 28.07.2016 bestätigt wurde, sowie das Ermittlungsverfahren im Verfahren zur Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung ergeben hat, dass keine Ausscheidungsgründe in Bezug auf das Angebot der MB vorliegen.

AStV: Ich bestreite. Die Voraussetzungen für die Erlassung der eV liegen unverändert vor. Das Ermittlungsverfahren betreffend die Entscheidung mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, ist nach wie vor offen. Diesbezüglich steht insbesondere noch die Einholung eines SV-Beweises aus bzw ist auf Basis der bisherigen Ergebnisse davon auszugehen, dass das Angebot der MB auszuschneiden ist. Der ASt kommt entsprechend der Rechtsprechung des EuGH nach wie vor eine Antragslegitimation zu. An den der ASt drohenden Schäden hat sich insofern nichts geändert, als die ASt bei einer Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung, einem Ausscheiden der MB und einer anschließenden Neuausschreibung weiterhin die Möglichkeit hat, den gegenständlichen Auftrag zu erhalten. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass wie das gegenständliche Vergabeverfahren gezeigt hat, nur eine sehr geringe Anzahl von Marktteilnehmern in der Lage ist, die von der AG ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Es wäre auch bei einer Neuausschreibung zu erwarten, dass lediglich die ASt sowie die MB Angebote legen würden.

Dass der derzeitige Betreiber erneut teilnehmen würde, ist auf Basis des Vorbringens der AG nicht zu erwarten. Im Falle einer Neuausschreibung wären daher die Chancen der ASt auf einen Erhalt des Auftrages jedenfalls nicht schlechter zu beurteilen, als im gegenständlichen Verfahren. Auch der voraussichtlich zu erzielende Gewinn bzw. der drohende Gewinnentgang sind größenordnungsmäßig in etwa gleich hoch anzusetzen, wie im gegenständlichen Verfahren.

Die eV ist daher aufrecht zu erhalten, zumal diese derzeit bis 10.08.2016 erlassen ist, behält sich die ASt vor, zeitgerecht vor Ablauf der eV eine Erstreckung zu beantragen, jedenfalls bei einer Erstreckung bis Ende August 2016 ist auch nach dem Vorbringen der AG eine Verlängerung des bestehenden Vertrages nicht erforderlich.

Zumindest bis zu diesem Zeitpunkt überwiegen daher jedenfalls die Interessen der ASt. Bis zu diesem Zeitpunkt kann voraussichtlich das Ermittlungsverfahren abgeschlossen werden, und insbesondere auch ein allfälliger SV-Beweis eingeholt werden.

R: Weiters Vorbringen wird zu einem späteren Zeitpunkt zugelassen.

R an AGV: Wann war gegenständlich die Erstabgabefrist?

AGV: Erstangebote waren bis 11.11.2015 abzugeben.

R hält den anwesenden Parteien und der MB den Firmenbuchauszug der R*** vom heutigen Tage vor, wo ersichtlich ist, dass mit den Eintragsnummern 113 und 114 zum Jahreswechsel 2015/2016 bei dieser GmbH offenbar die Funktion von vier Prokuristen und einem Geschäftsführer beendet wurde. R hält den anwesenden Parteien und der MB den Firmenbuchauszug der R*** vom heutigen Tage vor, wo ersichtlich ist, dass mit den Eintragsnummern 113 und 114 zum Jahreswechsel 2015 aus 2016, bei dieser GmbH offenbar die Funktion von vier Prokuristen und einem Geschäftsführer beendet wurde.

ASTV: Durch den Firmenbuchauszug ist die tatsächliche Abberufung nicht endgültig nachgewiesen. Eine Eintragung ins Firmenbuch ist diesbezüglich nur deklaratorisch und nicht konstitutiv.

ASTV bestreitet aber nicht die Richtigkeit des § 15 UGB. ASTV bestreitet aber nicht die Richtigkeit des Paragraph 15, UGB.

R an AGV: Können Sie kurz erklären, warum gegenständlich vorerst eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen, und erst danach ein Zuschlag vereinbart wird.

AGV: Das war auf Anraten unserer Kanzlei. Weil wir im Rahmen unserer rechtlichen Einschätzung eine größere Flexibilität für den AG im Rahmen des Systemaufbaus erzielen wollten. Es ist präkludiert festgeschrieben, dass in engem zeitlichen Zusammenhang ein Erstabruf erfolgen soll und der Leistungsvertrag abgeschlossen werden soll (siehe P 3.1. der Rahmenvereinbarung, D.4, Ordner B38).

R hält fest, dass auf Tatsachenebene gerichtsnotorisch davon auszugehen ist, dass rund 2/3 der Gesamteinnahmen des ASFINAG Konzerns aus der LKW-Maut stammen und mit diesem Geld insbesondere auch höherrangiger Straßenbau in Österreich finanziert wird, was zu Konjunktur und Beschäftigungsimpulsen führt.

R teilt mit, dass nunmehr in einer Beilage./C zur heutigen Niederschrift mit der AG nochmals über die aktuelle Situation beim derzeitigen Betreiber dokumentiert besprochen werden soll.

Die ASt sowie MB verlassen freiwillig um 14:18 Uhr den Verhandlungssaal und betreten diesen wieder um 14:24 Uhr.

R an ASTV: Haben Sie schon Rechtsmittel gegen das gestrige Erkenntnis betreffend die Ausscheidensentscheidung eingebracht?

ASTV: Nein. Es bleibt aber vorbehalten.

R hält fest, dass in den Beilagen C und C1 zur heutigen Niederschrift, die von der Akteneinsicht ausgenommen sind, Festhaltungen zu aktuellen Aspekten des derzeitigen Betreibers dokumentiert sind.

ASTV beantragt eine Akteneinsicht in die Beilagen C bzw. C1, da für die ASt nicht erkennbar ist, in wie weit diese geheimhaltungsbedürftige Umstände enthalten.

R verweist in diesem Zusammenhang auf den wirtschaftlichen Ruf gem § 1330 Abs. 2 ABGB der aktuellen Betreiberin und das persönliche berufliche Fortkommen gewisser darin genannter Mitarbeiter, womit aus Sicht des R schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen gem. § 17 Abs. 3 AVG vorliegen. R verweist in diesem Zusammenhang auf den wirtschaftlichen Ruf gem Paragraph 1330, Absatz 2, ABGB der aktuellen Betreiberin und das persönliche berufliche Fortkommen gewisser darin genannter Mitarbeiter, womit aus Sicht des R schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen gem. Paragraph 17, Absatz 3, AVG vorliegen.

R hält fest, dass einerseits - zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung - offengelegt wird, dass aus derzeitiger Sicht der Auffassung der ASt zu § 373a GewO nicht zu folgen sein dürfte, und dass Ausscheidensgründe zu Lasten der MB aus Sicht des R nur mit einem SV ermittelt werden könnten. R hält fest, dass einerseits - zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung - offengelegt wird, dass aus derzeitiger Sicht der Auffassung der ASt zu Paragraph 373 a, GewO nicht zu folgen sein dürfte, und dass Ausscheidensgründe zu Lasten der MB aus Sicht des R nur mit einem SV ermittelt werden könnten.

Tatsachenmäßig wird weiters mitgeteilt, dass aus derzeitiger Sicht die AG den Eindruck vermittelt hat, umfangreich und genau geprüft zu haben.

Festgehalten wird, dass in rechtlicher Hinsicht betreffend die Nachprüfungsgründe "Kalkulationsblatt", "Musskriterien-Nichterfüllung" und "untaugliche Rechenzentren" denkbar von einem durch die Ausschreibung präkludierten

Beweisverzicht auszugehen sein könnte und dass mangels eines derartigen - judizierten - Beweisverzichtes ein umfangreiches Beweisverfahren abzuführen sein wird, dass nach den Vorgaben des VwGH mit gerichtlicher Gutachtenseinholung, Möglichkeit des Entgegentretens auf gleicher fachlicher Ebene binnen fairer und angemessener Frist und allfälligen Obergutachten abzuführen sein würde und das ein derartiges Prozedere gerichtsnotorisch unter Berücksichtigung der zeitlichen Kapazitäten des Senats nicht annähernd in 6 Wochen ab jetzt durchführbar erscheint.

R ersucht die Parteien und die MB unter Berücksichtigung des Voraufgezeigten um vorläufig finalisierendes Vorbringen.

ASTV: Die ASt teilt die vom Gericht geäußerte Rechtsauffassung nicht. Es wurden mehrere SV namhaft gemacht, die sich bereiterklärt haben ein Gutachten bis 18.08.2016 zu erstatten. Auch unter Berücksichtigung, dass im Sinne des [AGV] den Parteien eine Äußerungsmöglichkeit zu diesem Gutachten einzuräumen wäre, könnte das Ermittlungsverfahren so zeitgerecht abgeschlossen werden bzw über den Nachprüfungsantrag entschieden werden, dass eine Verlängerung des bestehenden Vertrages für die AG nicht erforderlich wird.

Ob bzw in wie weit es erforderlich werden könnte, dem Gutachten eines bestellten Gerichtssachverständigen durch weitere Gutachten bzw "Obergutachten" entgegen zu treten, kann jedenfalls bei der Beurteilung, ob ein SV-Beweis eingeholt wird keine Rolle spielen. Sofern dies erforderlich werden sollte, wäre dies erst dann zu berücksichtigen, wenn sich eine solche Notwendigkeit ergibt. Dies kann aber jedenfalls nicht dazu führen, dass von der Einholung eines SV-Beweises von vornherein gänzlich abgesehen wird.

Hinsichtlich der vom Gericht geäußerten bzw. in den Raum gestellten Rechtsauffassung zu den einzelnen, von der AG geltend gemachten Nachprüfungsgründen wird festgehalten, dass aus Sicht der ASt allfällige Erfolgsaussichten im Provisorial-Verfahren nur dahin gehend zu berücksichtigen sind, dass in die Beurteilung miteinbezogen werden kann, ob die behaupteten Rechtswidrigkeiten auf Basis des Vorbringens eines ASt denkmöglich erscheinen. Die vom Gericht geäußerte bzw. in den Raum gestellte Rechtsauffassung würde aus Sicht der ASt einer vorgreifenden Beweiswürdigung gleichkommen und käme daher aus Sicht der ASt nicht in Betracht.

Aus Sicht der ASt können Festlegungen in einer Ausschreibung jedenfalls nicht als verfahrensrechtlicher Beweisverzicht einer Partei in einem Nachprüfungsverfahren gewertet werden. Verwiesen wird im Übrigen auf das Amtswegigkeitsprinzip.

Festgehalten wird, dass sich bislang weder die AG noch die MB gegen die von der ASt namhaft gemachten SV ausgesprochen haben. Hinsichtlich des vorgehaltenen Firmenbuchauszuges der R***wird darauf hingewiesen, dass es bei dieser ohnehin laufend zu Wechseln auf Ebene der Geschäftsführung bzw. Prokuristen gekommen ist. Es wurden seit November 2015 auch mehrere neu bestellt. Derartige Vorgänge sind in einem Konzern wie R*** - Konzern auch nicht ungewöhnlich. Das Ausscheiden aus einer Geschäftsführungs- bzw. Prokuristenfunktion sagt auch noch nichts darüber aus, ob diese Personen im Unternehmen verblieben sind oder nicht. Dass aufgrund dieser Umstände sich einer Erhöhung des Risikos für die AG ergeben hätte, kann daraus nicht abgeleitet werden.

R: Um 15:02 Uhr wird die Verhandlung unterbrochen, und um 15:35 Uhr fortgesetzt.

AGV: Es handelt sich um einen sehr komplexen und von hohen technischen und organisatorischen sowie personellen Anforderungen gekennzeichneten Auftrag. Der Auftrag hat eine sehr lange Laufzeit von 15 Jahren (5 Jahr optional) mit entsprechend komplexen Anforderungen an seine Kalkulierbarkeit. Es sind daher entsprechend hohe fachliche Anforderungen an den SV zu stellen, zumal die Behauptungen der ASt sehr pauschal und damit nahezu grenzenlos sind. Es gibt sehr wenige SV die solche fachlichen Anforderungen erfüllen können. Auch sind Anforderungen an ihre Unbefangenheit zu stellen, die aber aufgrund der Parteien (den großen Player in diesem Bereich) und insbesondere auch aufgrund der bereits erfolgten Beauftragung von SV im Zuge des Mautprojektes (z.B. für die Prüfung der Preisangemessenheit oder für die Bewertung der Angebote) durch den AG schwer zu erfüllen sind.

Wir haben trotz intensiver Recherchen lediglich einen geeignete SV ermitteln können, der uneingeschränkt für eine Gutachtenerstellung zur Verfügung stehen könnte; und dieser auch nur im ursprünglich genannten Beweisthema "Kalkulationsblatt" und somit nicht auch zu den damit im Zusammenhang stehenden "Mussanforderungen" (für deren Preisangemessenheitsüberprüfung die ASt in der gestrigen Verhandlung am 28.07.2016 im Hinblick auf Punkt 3.2 des

Schriftsatzes vom 20.07.2016 ebenfalls einen SV beantragt hat). Aus Gründen anwaltlicher Vorsicht behalten wir uns im Fall eines längeren Zeitraumes für eine SV-Prüfung eine erneute Recherche vor. Somit haben wir trotz intensiver Recherche keinen geeigneten SV ermitteln können.

Die von der ASt genannten SV sind augenscheinlich nicht geeignet, die zu stellenden hohen Anforderungen zu erfüllen. Offenbar und laut Aussage wurden diese SV schlicht von der Liste der gerichtlich beeideten SV im weiteren Bereich IT runtertelefoniert und ihre Verfügbarkeit ermittelt. Dies ist keine geeignete Vorgangsweise um einen SV mit den hier erforderlichen hohen Anforderungen zu ermitteln. Dies zeigt auch ein bereits kurzer Blick auf die bereits genannten Namen: So verfügt der SV N*** über keine einschlägige Zulassung zu den hier relevanten Fachgebieten, da hier jegliche Zulassung zu betriebswirtschaftlichen Themen und damit zur Kalkulation von Preisen fehlen und zum anderen die Zulassung auf die "Anwendung von Standardsoftwareprogrammen" beschränkt ist, und hier wiederum eine Beschränkung vorgesehen ist für "Textverarbeitung, Tabellenkalkulation, Datenbankverwaltung, Präsentations- und Grafikprogramme, sowie E-Mail- und Internetprogramme". Es fehlt aber jegliche Zulassung zu der für den hier relevanten Auftrag erforderlichen Kenntnis für Individualsoftware (hier geht es vor allem um die Übernahme und Betrieb von bestehender Individualsoftware). Ähnliches gilt für den SV W***, auch hier fehlt jegliche Zulassung zu betriebswirtschaftlichen Themen und damit zur Kalkulation von IT-Preisen. Eine Zulassung oder eine sonstige Erfahrung zum Thema "Projektierung im IT-Bereich" fehlt allen genannten SV. Wir sprechen uns daher gegen die von der ASt genannten SV aus.

Die Ermittlung, die Einigung auf, die Bestellung eines geeigneten SV sowie die anschließende Erstellung und Ausfertigung eines Gutachtens (einschließlich der Einarbeitung in einen ca. 25.000 Seiten umfassenden Vergabeakt mit beschriebener hoch komplexer Materie) sowie die verfahrensmäßige Behandlung dieses Gutachtens würde einen Zeitrahmen von mindestens 6 Monaten in Anspruch nehmen. Dieser Zeitrahmen ist im Rahmen einer Interessensabwägung der AG keinesfalls zumutbar.

Zum angesprochenen Thema "Beweispräkclusion" ist darauf zu verweisen, dass der AG bewusst in den Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen geregelt hat, welche Eignungs- und Leistungsanforderungen inhaltlicher Natur aufgestellt sind und wie die Erfüllung dieser Anforderungen nachzuweisen ist. Dies ist im Rahmen der Prüfung der Teilnahmeanträge, der Erstangebote sowie der Verhandlungen Gegenstand von Erörterungen und Bieterfragenbeantwortungen gewesen. Beispielfhaft sei auf Punkt 1.3 der D3.A1 verwiesen.

MBV: Ich schließe mich vollinhalt[lich] dem Vorbringen des AGV an. Auch die MB spricht sich gegen die von der ASt nominierten Sachverständigen aus; wie bereits der AGV nachgewiesen hat, verfügen diese nicht über den erforderlichen Sachverstand, um eine derart komplexe Ausschreibung sowie von zigfach Experten sowohl auf AG als auch auf MB-Seite über Monate und fast Jahre erarbeitete Lösung überprüfen zu können.

Weiters wird auf das bisherige Vorbringen verwiesen.

AStV: Die von der ASt namhaft gemachten SV sind allgemein beeidigt und gerichtlich zertifiziert und darüber hinaus aus dem gegenständlich relevanten Fachgebiet. Bestritten wird insbesondere das Vorbringen der AG in Bezug auf Dr. C***. Dieser ist u.a. auch zertifiziert für Fachgruppen-Nr. 68.77 IT-Projektplanung sowie IT-Projektmanagement. Weiters auch für Fachgruppen-Nr. 91.01 Betriebswissenschaft und Betriebswirtschaft.

Festzuhalten ist weiters, dass ein SV gegenständlich nicht das gesamte Lösungskonzept der MB zu prüfen hätte, sondern lediglich auf Basis eines Gerichtsauftrages die gegenständlich relevanten Rechtswidrigkeiten, ob ein SV für eine Einarbeitung in die Unterlagen einen Zeitraum von etwa sechs Monaten benötigen würde, obliegt jedenfalls nicht der Beurteilung der AG. Sofern ein SV zu diesem Ergebnis kommen sollte, wäre dies gegebenenfalls auf Basis der Einschätzung des SV zu beurteilen. Dies kann aber kein Hindernis sein, von vornherein von der Einholung eines SV-Beweises abzusehen.

Die ASt ersucht die AG um Mitteilung, wer der aus ihrer Sicht in Betracht kommende SV für eine Preisprüfung ist.

AGV ist gerne bereit, den in Betracht kommenden SV im Rahmen des Verfahrens zur Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung zu nennen. Im Übrigen wird das Vorbringen bestritten, speziell zu SV C*** wird vorgebracht, dass lt. der von der ASt in ihrem Schriftsatz genannten Website der Gegenstand des Unternehmens sehr breit gefächert ist und auf die Unternehmensberatung im weiteren Sinne einschließlich Beratung im

Forderungsmanagement etc. fokussiert zu sein scheint, ohne gleichzeitig entsprechende breit gefächerte Ressourcen zur Verfügung zu haben. Im Übrigen ist ausweislich der Website der AG langjähriger Kunde des Konzern der AG, sodass schon daher die geforderte Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen ist.

AStV: Ich bestreite. Es findet sich jedenfalls kein Hinweis auf die ASFINAG Maut Service GmbH. Eine Befangenheit ist nicht ersichtlich. Eine allfällige Geschäftsbeziehung liegt zudem jedenfalls über einen längeren Zeitraum von zumindest fünf Jahren vor und hat zudem jedenfalls nicht unmittelbar zur AG bestanden.

MBV: Ich schließe mich dem Vorbringen des AGV an. Auch wir sprechen uns gegen sämtliche von der ASt nominierten SV aus, insbesondere auch gegen den genannten Dr C***. Abgesehen davon, dass offensichtlich Geschäftsbeziehungen zu einer der Verfahrensparteien bestanden haben bzw. bestehen, verfügt der SV C*** gerade nicht über den erforderlichen Sachverstand; ihm mangelt es insbesondere an entsprechenden SV-Verstand betreffend Rechenzentrumsleistungen und SAP-Spezialmodulen. Wenn die ASt meint, dass ein SV gar nicht das gesamte Lösungskonzept sondern lediglich die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten prüfen müsse, so muss darauf hingewiesen werden, dass eine Prüfung der behaupteten Rechtswidrigkeiten zunächst ein Verständnis über den Leistungsgegenstand, sodann ein Verständnis des von der MB angebotenen Systems voraussetzt; erst dann kann eine Aussage über Machbarkeit und/oder Preisangemessenheit getroffen werden. Auch die MB ist gerne bereit, im Hauptverfahren die Frage, welcher SV für eine Beurteilung in Betracht kommt, zu erörtern.

AStV bestreitet das Vorbringen des MB.

Das Ermittlungsverfahren wird vorbehaltlich einer Wiedereröffnung geschlossen und die Verhandlung für ca. 30 Minuten unterbrochen.

Um 16:23 wird die Verhandlung unterbrochen und um 17:07 Uhr fortgesetzt.

Festgehalten wird, dass Hr M*** [...].

Festgehalten wird, dass das Ermittlungsverfahren geschlossen bleibt.

Der Beschluss gemäß Beilage./D zur Niederschrift wird verkündet.

5. In dieser Verhandlung wurde der hier schriftlich ausgefertigte Beschluss wie folgt verkündet:

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter über die allfällige amtswegige Aufhebung oder aber Verlängerung der zu Gunsten der anwaltlich vertretenen [ASt] erlassenen einstweiligen Verfügung im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren der anwaltlich vertretenen [AG] (= AG) "Go Maut 2.0 Zentralsystem" und einem diesbezüglich eingeleiteten Nachprüfungsverfahren gegen die Entscheidung, dass mit einer [MB] die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Provisorialverfahren am 21., 22. und 29.07.2016 und Stellung eines Aufhebungsantrags durch die AG am 29.07.2016 beschlossen:

Die einstweilige Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts, die zur Verfahrenszahl W131 2129030-1 am 04.07.2016 erlassen wurde, wird unter gleichzeitiger Abweisung des von der Antragstellerin ursprünglich weiters gestellten Eventualantrags auf Untersagung der Zuschlagserteilung mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

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

Begründung

Die wesentlichen Entscheidungsgründe lauten:

1. Das in den Schutzbereich des Art 6 Abs 1 MRK fallende Vergaberecht des BVergG beschränkt die Vertragsabschlussfreiheit der AG, daher deren Privatautonomie und auch damit auch deren Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums iSd Art 1 1. ZPMRK. 1. Das in den Schutzbereich des Artikel 6, Absatz eins, MRK fallende Vergaberecht des BVergG beschränkt die Vertragsabschlussfreiheit der AG, daher deren Privatautonomie und auch damit auch deren Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums iSd Artikel eins, 1. ZPMRK.

Insoweit sind Nachprüfungsverfahren nach der RL 89/665/EWG idgF möglichst rasch durchzuführen, um eine Beeinträchtigung der Privatautonomie möglichst gering zu halten.

Der Gesetzgeber geht gemäß § 326 BVergG grundsätzlich von einer Finalisierung eines Nachprüfungsverfahrens in sechs Wochen aus. Der Gesetzgeber geht gemäß Paragraph 326, BVergG grundsätzlich von einer Finalisierung eines Nachprüfungsverfahrens in sechs Wochen aus.

2. Auf Tatsachenebene ist wie folgt festzustellen:

2.1. Die AG ist Teil einer konzernmäßigen formalen Ausgliederung aus dem Staat, welche das höherwertige österreichische Straßennetz (Autobahnen und Schnellstraßen) betreibt.

Rund zwei Drittel der Einnahmen dieses Konzerns stammen aus den Einnahmen für die LKW - Maut, die letztlich damit der Finanzierung dieses im staatlichen Auftrag tätigen Konzerns sehr wesentlich beitragen und zudem im Gesamtstaatsinteresse liegende Konjunktur- und Beschäftigungsimpulse mitermöglichen, was notorisch erscheint.

2.2. Es ist rücksichtlich der gegenüber dem BVwG offengelegten Aspekte nachvollziehbar, dass die AG, die für diesen Konzern die LKW - Maut operativ einhebt, derzeit mit einem Betreiber des Zentralmautsystems zusammenarbeitet, der bei der AG aus plausiblen Gründen, die hier iSv EuGH Rs C-450/06 bzw iSv § 17 Abs 3 AVG nicht dargelegt werden, zur plausiblen Annahme führt, dass mit jedem Tag weiterer Vergabeverfahrensverzögerung für die Vergabe an einen neuen Betreiber das Risiko erhöht wird, dass bis zur endgültigen Kontrahierung mit einem neuen Betreiber Zeiträume entstehen könnten, in welchen keine LKW - Maut eingehoben wird, obwohl dies gesetzlich so vorgesehen ist. 2.2. Es ist rücksichtlich der gegenüber dem BVwG offengelegten Aspekte nachvollziehbar, dass die AG, die für diesen Konzern die LKW - Maut operativ einhebt, derzeit mit einem Betreiber des Zentralmautsystems zusammenarbeitet, der bei der AG aus plausiblen Gründen, die hier iSv EuGH Rs C-450/06 bzw iSv Paragraph 17, Absatz 3, AVG nicht dargelegt werden, zur plausiblen Annahme führt, dass mit jedem Tag weiterer Vergabeverfahrensverzögerung für die Vergabe an einen neuen Betreiber das Risiko erhöht wird, dass bis zur endgültigen Kontrahierung mit einem neuen Betreiber Zeiträume entstehen könnten, in welchen keine LKW - Maut eingehoben wird, obwohl dies gesetzlich so vorgesehen ist.

2.3. Die ASt ist mit ihrem Angebot seit 28.07.2016 rechtskräftig aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden und kann daher in weiterer Folge auf Basis der Tatsachenlage zum Zeitpunkt dieser Entscheidung die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung und in weiterer Folge den Leistungsvertrag nicht mehr erlangen. Die Wirkungen dieser Entscheidung des BVwG vom 28.07.2016 sind bislang auch nicht durch einen Beschluss über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung in einem denkbaren Revisionsverfahren vor dem VfGH bzw in einem denkbaren Beschwerdeverfahren beim VfGH sistiert, wie antragstellerinnenenseits am 29.07.2016 zugestanden.

Die Interessen der ASt reduzieren sich damit derzeit darauf, dass allenfalls widerrufen und neu ausgeschrieben würde. Allfällige Schadenersatzinteressen der ASt, zB denkmöglich aus dem Titel der culpa in contrahendo, können jedoch, dies rechtlich vorwegnehmend, keinesfalls durch eine eV gemäß § 329 BVergG geschützt werden. Die Interessen der ASt reduzieren sich damit derzeit darauf, dass allenfalls widerrufen und neu ausgeschrieben würde. Allfällige Schadenersatzinteressen der ASt, zB denkmöglich aus dem Titel der culpa in contrahendo, können jedoch, dies rechtlich vorwegnehmend, keinesfalls durch eine eV gemäß Paragraph 329, BVergG geschützt werden.

2.4. Das BVwG hat bereits durch den zuständigen Senat ermittelt, inwieweit die Nachprüfungsgründe der ASt gegen die bekämpfte Entscheidung über die Auswahl des Partners der AG für die Rahmenvereinbarung vorliegen, nachdem bereits zuvor vom zuständigen Einzelrichter die insoweit einzuschätzenden Erfolgsaussichten auf Plausibilität geprüft worden sind.

2.4.1. Entsprechend der Teilnahme des hier entscheidenden Richters an den Verhandlungen im in den verbundenen Nachprüfungsverfahren am 27.7. und 28.7. 2016 (betreffend Anfechtung der Auswahlentscheidung über die Rahmenvereinbarungspartnerin zu W131 2129030-2 und betreffend die Anfechtung der Ausscheidensentscheidung zu W131 2120030-3) und weiters den [entsprechend den] Ausführungen des EGMR in der Rs Micallef durchgeführten Verhandlungen im Provisorialverfahren steht für diesen fest, dass das Nachprüfungsverfahren nur unter Beiziehung eines oder mehrerer Sachverständiger weiterzuführen wäre, um die von der ASt bestrittene Tauglichkeit der von der in Aussicht genommenen Rahmenvereinbarungspartnerin (= MB) vorgesehenen Rechenzentren zu prüfen, soweit man nicht ohnehin von einem insb auch bereits im Vergabeverfahren präkludierten Beweisverzicht der ASt auf diese denkmögliche Tauglichkeitsprüfung der Rechenzentren der MB auszugehen hat.

2.4.2. Nicht gefolgt wird der ASt mit ihrem Einwand der angeblich fehlenden Befugnis der MB iZm jenen Konzerngesellschaften der MB, die Dienstgeber der Schlüsselpersonen gemäß Ausschreibung wären.

Nach der präkludierten Ausschreibung war lediglich das Ausfüllen bestimmter Formulare durch die Schlüsselpersonen verlangt bzw danach die Vorlage dieser Formulare an die AG. Ein weitergehender Nachweis, zu welchem Zeitpunkt die Schlüsselpersonen bei wem beschäftigt sein mussten, war präkludiert nicht verlangt.

Zudem widerspricht [...] die idZ seitens der ASt geäußerte Auffassung der insoweit fehlenden Anwendbarkeit des § 373a GewO nach auch hier angelegter Auffassung zB dem am 27.07.2016 in den Nachprüfungsverfahren vorgetragenen Auffassung des BKA - VD. Zudem widerspricht [...] die idZ seitens der ASt geäußerte Auffassung der insoweit fehlenden Anwendbarkeit des Paragraph 373 a, GewO nach auch hier angelegter Auffassung zB dem am 27.07.2016 in den Nachprüfungsverfahren vorgetragenen Auffassung des BKA - VD.

2.4.3. Der dritte größere Komplex der Nachprüfungsgründe geht dahin, dass die MB irgendwelche Musskriterien nicht erfüllt hätte bzw iZm gewissen Leistungsbereichen, die mit diesen Muss - Kriterien in Zusammenhang stehen, einen vergaberechtswidrigen Preis angeboten hätte.

Zudem wurde idZ zB auch das korrekte Ausfüllen des Kalkulationsformblatts der MB bestritten.

2.4.4. Nach den bisherigen Ermittlungen steht fest, dass die AG die Angebotsprüfung umfangreichst durchgeführt hat und in beeindruckender Weise zB jeweils unverzüglichst Antworten zur Frage der Dokumentation der jeweiligen Prüfungen in den 46 vorgelegten Ordnern, geschätzt in etwa ca ein Kubikmeter Ordervolumen, des Vergabeakts vorzeigen konnte.

2.4.5. Die ASt hat nicht substantiiert vorgebracht, dass die prüfenden Personen bei der AG und insb der Zeuge H*** fachlich nicht befähigt gemäß § 122 BVergG gewesen wären bzw dass die AG vorsätzlich falsche Beweismittel iSd § 293 StGB an das BVwG vorgelegt hätten. 2.4.5. Die ASt hat nicht substantiiert vorgebracht, dass die prüfenden Personen bei der AG und insb der Zeuge H*** fachlich nicht befähigt gemäß Paragraph 122, BVergG gewesen wären bzw dass die AG vorsätzlich falsche Beweismittel iSd Paragraph 293, StGB an das BVwG vorgelegt hätten.

Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags gegen die im Verfahren W131 2129030-2 angefochtene Auswahlentscheidung erscheinen daher entsprechend den bisherigen schlüssigen Angaben der AG und deren Mitarbeitern bzw den sonstigen gerichtlichen Ermittlungen zum heutigen Entscheidungszeitpunkt jedenfalls geringer als 50%, dies vergleichbar der aktuell medial transportierten Regel über das Gebot der Anklageerhebung bei überwiegender Verurteilungswahrscheinlichkeit.

2.4.6. Soweit der Senat in der Hauptsache in weiterer Folge nicht ohnehin insgesamt von einem präkludierten Beweisverzicht der ASt im Punkte der bestrittenen Musskriterienerefüllung oder Ähnlichem auszugehen hätte, könnten nur ein oder mehrere Sachverständigenbestellungen durch das BVwG zumindest noch denkmöglich zur Stattgabe des Nachprüfungsantrags führen.

Schließlich wäre jeweils das Entgegentreten auf gleicher fachlicher Ebene für diejenige Partei zu ermöglichen, die durch das jeweilige Sachverständigengutachten negativ betroffen wäre, allenfalls wäre danach denkbar noch jeweils ein Obergutachten einzuholen.

Ein derartiges Beweisverfahren, das gleichzeitig fairer Weise noch angemessene Reaktionsfristen für die Parteiendes Nachprüfungsverfahrens erfordern würde, ist gerichtsnotorisch unter gleichzeitiger Berücksichtigung der aktuellen zeitlichen Kapazitäten des zuständigen Senats gegenständlich nicht einmal annähernd in sechs (weiteren) Wochen durchführbar, zumal der heutige Verhandlungstermin gezeigt hat, dass sehr strittig ist, wer überhaupt als Sachverständiger bestellt werden dürfte und Sachverständigenbefangenheit bereits dann beginnt, wenn die Unbefangenheit bloß objektiv in Zweifel steht.

3. Rechtlich ergibt sich für die hier neu anzustellende Interessensabwägung gemäß § 329 Abs 1 iVm Abs 4 BVergG daraus, dass 3. Rechtlich ergibt sich für die hier neu anzustellende Interessensabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 4, BVergG daraus, dass

erstens ein besonderes öffentliches Interesse an der Sicherstellung eines auch künftig uneingeschränkten Betrieb des LKW - Mautsystems besteht, der im Gefolge [von] Unwägbarkeiten beim derzeitigen Betreiber des Zentralmautsystems nicht mehr unzweifelhaft abgesichert erscheint; wobei insoweit auch gleichgelagerte Interessen des AG wie die aufgezeigten öffentlichen Interessen bestehen;

dass zweitens derzeit die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags mit unter 50% anzusetzen sind;

dass drittens, sollte der Senat nicht ohnehin jeweils von einem präkludierten Beweisverzicht der ASt auf die vorgebrachten eigenen Nachprüfungsgründe ausgehen, ein umfangreiches Beweisverfahren mit Sachverständigen erforderlich werden würde, das den Zeitrahmen von sechs Wochen für ein Nachprüfungsverfahren bei Weitem sprengen würde.

Die denkmöglich veranschlagbaren Interessen der ASt reduzieren sich darauf, dass sie als rechtskräftig mit ihrem Angebot Ausgeschiedene allenfalls einmal einen Widerruf und eine Neuausschreibung durchsetzen könnte, was derzeit allerdings iSv EuGH Rs C-424/01 mit weniger als 50% Wahrscheinlichkeit anzusetzen ist, zumal die AG eine umfangreiche und schlüssig erscheinende Angebotsprüfung nachgewiesen hat.

[...] In einer solchen Situation ist in einer Gesamtabwägung davon auszugehen, dass die Interessen der ASt an einer aufrechten eV nicht derart gewichtig sind, dass damit die gegenläufigen Interessen der AG und des Staats an einer raschen Vergabe von Leistungen auch nur annähernd aufgewogen bzw überwogen würden.

Seit seit 28.07.2016 nach hier angelegter Sichtweise feststeht, dass die ASt, wenn überhaupt mangels judizierter Beweispräklusion, nunmehr nur mehr mit umfangreichen sachverständigen Ermittlungen des BVwG (iSv VwGH ZI 2007/04/0012) zu für Juristen idR hochkomplexen technischen und preislichen Unterlagen obsiegen könnte, hat die Interessensabwägung dahin auszufallen, dass die eV unverzüglich aufgehoben wird, um nicht durch ein Nachprüfungsverfahren und eine eV kausal dafür zu sein, dass allenfalls einmal die Haupteinnahmequelle jenes staatlichen Konzerns auch nur zu einem Teil bzw entgegen einem gesetzlichen Auftrag versiegt, weil eine Vertragslücke entstünde, zumal der Konzern der AG in Österreich das höherrangige Straßennetz betreibt und dabei volkswirtschaftlich evident regelmäßig auch konjunktur- und damit beschäftigungspolitische Impulse setzt. Gegen die eV sprechen zudem die Interessen der MB an einer alsbaldigen Beauftragung zur Vermeidung weiterer Vorhaltenkosten.

4. Da bei der aufgehobenen eV ursprünglich nicht über das Eventualbegehren abgesprochen wurde, war insoweit gegenständlich gleichfalls abzuweisen, um vor dem Hintergrund der vorstehenden Interessensabwägung die dringlich erscheinende Auftragserteilung nicht weiter zu behindern.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Interessensabwägung auf Tatsachen beruht, die als Tatsachenfragen im Einzelfall nicht zu einer Revisionszulässigkeit führen.

Rechtsmittelbelehrung

Es besteht die Möglichkeit zur außerordentlichen Revision bzw VfGH - Beschwerde jedenfalls sechs Wochen ab Zustellung der schriftlichen [...] ausfertigung, wobei Revisionen bzw VfGH - Beschwerden einer Gebühr iHv 240 Euro unterliegen.

[...]

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

1. Feststellungen:

1.1. Die ASt stellte am 29.06.2016 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung über die Auswahl der MB als Partnerin der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung und beantragte zur Absicherung dieses Rechtsgestaltungsbegehrens die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die vorläufig längstens bis zum Ablauf des 10.08.2016 mit dem Verbot des Abschlusses der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung erlassen wurde.

1.2. Das BVwG verhandelte in der eV - Sache am 21.07. und 22.07. durch den Einzelrichter insb auch zur Überprüfung der Erfolgsaussichten dieses Nachprüfungsantrags iSv EuGH in der Rs C-424/01 in dieser insb technisch hochkomplexen Vergabestreitigkeit und weiters am 27.07. und 28.07.2016 durch den zuständigen Senat in der mit der Nachprüfungssache gegen die Ausscheidensentscheidung zu Lasten der Antragstellerin verbundenen Nachprüfungssache gegen die Auswahlentscheidung zu Gunsten der MB.

Während der Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung durch den zuständigen Senat am 28.07.2016 mündlich verkündet wegen Entscheidungsreife abgewiesen werden konnte, war eine Entscheidung durch den Senat zur Frage der gebotenen Nichtigerklärung insb rücksichtlich indizierter komplexer sachverständiger Ermittlungen betreffend die zu Lasten der MB vorgebrachten Ausscheidensgründe bis 29.07.2016 nicht möglich.

Zum Zeitpunkt 29.07.2016 stand zudem fest, dass der zuständige Senat rücksichtlich der zeitlichen Kapazitäten der Senatsmitglieder und rücksichtlich der geboten indizierten sachverständig notwendigen Ermittlungen auch nicht annähernd innerhalb von sechs Wochen ab dem 29.07.2016 im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auswahlentscheidung entscheiden würde können, dies unter Bedachtnahme auf die Parteienrechte iZm einer sachverständigen Beweisaufnahme; soweit man nicht ohnehin von einem hier zu Lasten der ASt gehenden gemäß § 321 BVergG präkludierten Nachweis- bzw Beweisverzicht mit der Rechtsfolge der gebotenen Abweisung des Nachprüfungsantrags gegen die Ausscheidensentscheidung - ohne weitere Beweisaufnahmen - auszugehen hat. Zum Zeitpunkt 29.07.2016 stand zudem fest, dass der zuständige Senat rücksichtlich der zeitlichen Kapazitäten der Senatsmitglieder und rücksichtlich der geboten indizierten sachverständig notwendigen Ermittlungen auch nicht annähernd innerhalb von sechs Wochen ab dem 29.07.2016 im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auswahlentscheidung entscheiden würde können, dies unter Bedachtnahme auf die Parteienrechte iZm einer sachverständigen Beweisaufnahme; soweit man nicht ohnehin von einem hier zu Lasten der ASt gehenden gemäß Paragraph 321, BVergG präkludierten Nachweis- bzw Beweisverzicht mit der Rechtsfolge der gebotenen Abweisung des Nachprüfungsantrags gegen die Ausscheidensentscheidung - ohne weitere Beweisaufnahmen - auszugehen hat.

1.2.1. Eine Argumentation der ASt, die MB würde als Schlüsselpersonal Mitarbeiter einer Konzerngesellschaft heranziehen und wäre daher mangels erforderlicher Gewerbeberechtigung der Konzerngesellschaft nicht geeignet, widersprach fallspezifisch insb einer auch hier grundgelegten Gewerberechtsauffassung des Bundeskanzleramts - Verfassungsdienst, soweit man nicht ohnehin davon auszugehen hatte, dass sich bei der MB betreffend die fraglichen Schlüsselpersonen erst ab Zuschlagserteilung die Frage der Gewerberechtsbefugnis stellen hätte müssen, falls diese Schlüsselpersonen insoweit nach Zuschlagserteilung nicht eine konzerninterne Dienstverhältnisadaption machen würden.

1.2.2. Die sonstigen zu Lasten der MB angezogenen Ausscheidensgründe wurden im Nachprüfungsverfahren mit der AG, der ASt und MB umfangreich erörtert und hat die AG eine minutiös und akribisch durchgeführte Angebotsprüfung der MB nachgewiesen, womit das BVwG in der Nachprüfungssache umfangreich sachverständig weiterermitteln hätte müssen, um den Standpunkt der ASt entweder zu verifizieren oder zu falsifizieren, was gerichtsnotorisch keinesfalls innerhalb von annähernd sechs weiteren Wochen ab dem 29.07.2016 möglich erschien, soweit man wie gesagt nicht ohnehin von einem hier zu Lasten der ASt gehenden gemäß § 321 BVergG präkludierten Nachweisbzw Beweisverzicht mit der Rechtsfolge der gebotenen Abweisung des Nachprüfungsantrags gegen die Ausscheidensentscheidung - ohne weitere Beweisaufnahmen - auszugehen hat. 1.2.2. Die sonstigen zu Lasten der MB angezogenen Ausscheidensgründe wurden im Nachprüfungsverfahren mit der AG, der ASt und MB umfangreich erörtert und hat die AG eine minutiös und akribisch durchgeführte Angebotsprüfung der MB nachgewiesen, womit das BVwG in der Nachprüfungssache umfangreich sachverständig weiterermitteln hätte müssen, um den Standpunkt der ASt entweder zu verifizieren oder zu falsifizieren, was gerichtsnotorisch keinesfalls innerhalb von annähernd sechs weiteren Wochen ab dem 29.07.2016 möglich erschien, soweit man wie gesagt nicht ohnehin von einem hier zu Lasten der ASt gehenden gemäß Paragraph 321, BVergG präkludierten Nachweisbzw Beweisverzicht mit der Rechtsfolge der gebotenen Abweisung des Nachprüfungsantrags gegen die Ausscheidensentscheidung - ohne weitere Beweisaufnahmen - auszugehen hat.

1.2.3. Für den hier entscheidenden Einzelrichter hatte sich zum Zeitpunkt 29.07.2016 bereits der Eindruck verfestigt, dass der Nachprüfungsantrag gegen die Auswahlentscheidung weniger als 50% Erfolgsaussichten hat, da die AG minutiös geprüft hatte und der Sachverstand der prüfenden Personen bei der AG auch von der ASt nicht substantiiert bestritten worden ist. Die ASt hat auch nicht substantiiert vorgebracht, dass die AG die Vergabeunterlagen iSd § 293 StGB manipuliert hätte und ist dies auch sonst nicht hervorgekommen. 1.2.3. Für den hier entscheidenden Einzelrichter hatte sich zum Zeitpunkt 29.07.2016 bereits der Eindruck verfestigt, dass der Nachprüfungsantrag gegen die Auswahlentscheidung weniger als 50% Erfolgsaussichten hat, da die AG minutiös geprüft hatte und der Sachverstand der prüfenden Personen bei der AG auch von der ASt nicht substantiiert bestritten worden ist. Die ASt hat auch nicht substantiiert vorgebracht, dass die AG die Vergabeunterlagen iSd Paragraph 293, StGB manipuliert hätte und ist dies auch sonst nicht hervorgekommen.

1.3. Zum Zeitpunkt der Verhandlung in der eV - Sache am 29.07.2016 hatten weder der VfGH noch der VwGH einer denkmöglichen Beschwerde gegen die Abweisung des Nachprüfungsantrags gegen die Ausscheidensentscheidung aufschiebende Wirkung zuerkannt, womit in der eV - Sache von einem rechtskräftig und bestandfest bestätigtem Ausscheiden des Angebots der ASt auszugehen war.

1.4. Der Konzern der AG erwirtschaftet über das Zentralmautsystem und die damit eingehobene LKW - Maut, dies entsprechend diesbezüglichen gesetzlichen Vorgaben, rund zwei Drittel seiner jährlichen Einnahmen und setzt dadurch im öffentlichen Interesse - notorisch durch Straßenbau, diesbezügliche insb Planungsdienstleistungen bzw Sanierungsauftragsvergaben - wichtige beschäftigungs- und konjunkturpolitische Impulse, wobei die LKW - Mauteinnahmen für 2015 ausweislich des Konzern - Geschäftsberichts über 1,2 Milliarden Euro betrugen.

1.5. Rücksichtlich der in § 112 BVergG positivierten Angebotsbindung auch für die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens ist notorisch, dass insb auch der MB mit jedem Tag der Nachprüfungsverfahrensdauer Vorhaltekosten für den Fall der gemäß der angefochtenen Auswahlentscheidung zu erwartenden Rahmenvereinbarung samt nachmaliger Zuschlagserteilung entstanden.1.5. Rücksichtlich der in Paragraph 112, BVergG positivierten Angebotsbindung auch für die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens ist notorisch, dass insb auch der MB mit jedem Tag der Nachprüfungsverfahrensdauer Vorhaltekosten für den Fall der gemäß der angefochtenen Auswahlentscheidung zu erwartenden Rahmenvereinbarung samt nachmaliger Zuschlagserteilung entstanden.

1.6. Die AG konnte das Gericht davon überzeugen, dass zum Zeitpunkt 29.07.2016 mit jedem Tag, mit dem das Vertragsverhältnis zum derzeitigen Zentralmautsystembetreiber (Stand 29.07.2016) länger dauert, das Risiko plausibel stieg, dass die AG und damit deren Konzern einmal (teilweise) ohne Zentralmautsystembetreiber ankommen könnten, bis einmal neu vergeben werden könnte und der neue Betreiber operativ wäre. Die diesbezüglichen Tatsachengrundlagen wurden insb auch noch am 29.07.2016 von der AG gegenüber dem Gericht dargelegt, jedoch teilweise nicht mit der ASt und der MB näher erörtert, da insoweit Geheimhaltungsinteressen von Mitarbeitern des (zum Zeitpunkt 29.07.2016) derzeitigen Betreibers verletzt worden wären und das Rechtsgut des wirtschaftlichen Rufs gemäß § 1330 Abs 2 ABGB des derzeitigen Betreibers betroffen gewesen wäre.1.6. Die AG konnte das Gericht davon überzeugen, dass zum Zeitpunkt 29.07.2016 mit jedem Tag, mit dem das Vertragsverhältnis zum derzeitigen Zentralmautsystembetreiber (Stand 29.07.2016) länger dauert, das Risiko plausibel stieg, dass die AG und damit deren Konzern einmal (teilweise) ohne Zentralmautsystembetreiber ankommen könnten, bis einmal neu vergeben werden könnte und der neue Betreiber operativ wäre. Die diesbezüglichen Tatsachengrundlagen wurden insb auch noch am 29.07.2016 von der AG gegenüber dem Gericht dargelegt, jedoch teilweise nicht mit der ASt und der MB näher erörtert, da insoweit Geheimhaltungsinteressen von Mitarbeitern des (zum Zeitpunkt 29.07.2016) derzeitigen Betreibers verletzt worden wären und das Rechtsgut des wirtschaftlichen Rufs gemäß Paragraph 1330, Absatz 2, ABGB des derzeitigen Betreibers betroffen gewesen wäre.

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang bzw die sonstigen Feststellungen ergeben sich grundsätzlich aus dem Akteninhalt der Verfahren W131 2129030-1, 2 und 3 sowie den seitens der AG vorgelegten Vergabeunterlagen.

Dass die Ausscheidensgründe zu Lasten der MB nur mehr mit Sachverständigen beweisbar gewesen wären und diesbezüglich ein Verfahrensende unter Aufrechterhaltung des Verbots des Rahmenvereinbarungsabschlusses nicht annähernd in sechs Wochen ab dem 29.07.2016 möglich gewesen wäre, war unter zusätzlicher Berücksichtigung der zeitlichen Verfügbarkeit der Senatsmitglieder für das Nachprüfungsverfahren rücksichtlich des technisch und im Preisbereich komplexen Vergabesachverhalts für das Gericht evident. Die eventuelle Frage der Notwendigkeit der Beiziehung von Sachverständigen für den hochkomplexen Sachverhalt stellte sich in den Sommermonaten, in welchen notorisch noch schwieriger rasch geeignete Sachverständige gefunden werden. Die AG samt MB konnten sich idZ mit der ASt auf keinen Sachverständigen verständigen, der von der jeweils anderen Partei (mit gegenläufigen Interessen) akzeptiert worden wäre. Das umfangreiche Vergabe - Aktenmaterial hätte ab rechtskräftiger Bestellung eines Sachverständigen erheblichen Einarbeitungsaufwand benötigt. Die Gutachtenserstellung, dessen Erörterung zu den verschiedenen vorgebrachten Ausscheidensgründen und danach die Wahrung der Parteienrechte in Bezug auf ein eingeholtes Gutachten hätten insgesamt nicht annähernd in sechs Wochen durchgeführt werden können.

Dass dem Nachprüfungsantrag am 29.07.2016 weniger als 50% Erfolgsaussichten zugebilligt werden konnten, ergibt sich aus den Verhandlungsterminen sowohl in der eV - Sache als auch in der Nachprüfungssachen, zumal die ASt die fachliche Eignung der bei der AG die Angebotsprüfung vornehmenden Personen nicht substantiiert bestritten hatte und die AG insb durch den Zeugen H*** eine akribische und minutiöse Angebotsprüfung nachgewiesen hatte, die

schlüssig erschien. Auf Basis der beim Gericht vorliegenden verfahrensempirischen Kenntnisse war daher am 29.07.2016 eine Stattgabewahrscheinlichkeit bei der Anfechtung der Auswahlentscheidung von weniger als 50% zu prognostizieren.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß § 291 BVergG ist das BVwG zur Vergabekontrolle im Bundesvollzugskompetenzbereich gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG zuständig. Die Zuständigkeit des BVwG ist gegenständlich unstrittig. 3.1. Gemäß Paragraph 291, BVergG ist das BVwG zur Vergabekontrolle im Bundesvollzugskompetenzbereich gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG zuständig. Die Zuständigkeit des BVwG ist gegenständlich unstrittig.

Gemäß § 6 BVwGG iVm § 292 BVergG idFBGBl I 2016/7 entscheidet das BVwG gegenständlich in Einzelrichterbesetzung und wendet dabei abseits von Sonderverfahrensvorschriften des BVergG gemäß § 311 BVergG das Verfahrensrecht des VwGVG und subsidiär des AVG an. Gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, BVergG in der Fassung BGBl römisch eins 2016/7 entscheidet das BVwG gegenständlich in Einzelrichterbesetzung und wendet dabei abseits von Sonderverfahrensvorschriften des BVergG gemäß Paragraph 311, BVergG das Verfahrensrecht des VwGVG und subsidiär des AVG an.

A) Zur Aufhebung der erlassenen einstweiligen Verfügung vom 17.03.2016 unter gleichzeitiger Abweisung eines historisch gestellten Eventualantrags:

3.2. Die §§ 328 und 329 BVergG lauten idgF in den hier interessierenden Teilen 3.2. Die Paragraphen 328 und 329 BVergG lauten idgF in den hier interessierenden Teilen:

Einstweilige Verfügungen

Antragstellung

§ 328. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 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. Paragraph 328, (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, 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.

(2) Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers und des Antragstellers [...]

[...]

Erlassung der einstweiligen Verfügung

§ 329. (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesverwaltungsgericht 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. Paragraph 329, (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesverwaltungsgericht 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.

[...]

(4) In einer einstweiligen Verfügung ist die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die

einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

[...]

3.3. Ausweislich des § 326 BVergG ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Gesetzgeber in etwa sechs Wochen für ein Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung als zu Lasten eines vergabekontrollunterworfenen Auftraggebers oder zB insb auch zu Lasten einer in einer [Vertragspartner-] Auswahlentscheidung als ausgewählt benannten Bieterin einzukalkulierend gesehen hat. Bei einer anzunehmenden Nachprüfungsverfahrensauer von über sechs Wochen spricht bereits die gesetzliche Entscheidungsfristwertung des § 326 BVergG dem Grunde nach gegen eine eV.3.3. Ausweislich des Paragraph 326, BVergG ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Gesetzgeber in etwa sechs Wochen für ein Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung als zu Lasten eines vergabekontrollunterworfenen Auftraggebers oder zB insb auch zu Lasten einer in einer [Vertragspartner-] Auswahlentscheidung als ausgewählt benannten Bieterin einzukalkulierend gesehen hat. Bei einer anzunehmenden Nachprüfungsverfahrensauer von über sechs Wochen spricht bereits die gesetzliche Entscheidungsfristwertung des Paragraph 326, BVergG dem Grunde nach gegen eine eV.

3.3.1. Gegen die Aufrechterhaltung der eV am 29.07.2016 sprachen

erstens die Tatsache, dass das Nachprüfungsverfahren absehbar nicht innerhalb weiterer sechs Wochen finalisiert hätte werden können, sofern man nicht bereits am 29.07.2016 von einem bestandfesten Beweisverzicht (zu Lasten) der ASt auszugehen gehabt hätte;

zweitens der Umstand, dass ein besonderes öffentliches Interesse an der Sicherstellung eines LKW - Zentralmautsystems besteht, mit dem der Konzern der AG, dieser Konzern als staatliche Ausgliederung, zwei Drittel seiner Jahreseinnahmen erzielt, also maW Einnahmen iHv mehr als 1,2 MRD Euro, mit welchen in Österreich beschäftigungs- und konjunkturpolitische Akzente gesetzt werden; wobei diese öffentlichen Interessen interessensgleich mit den Interessen der AG sind;

und drittens plausible Interessen des Konzerns der AG an einer raschen Vergabe; dies wegen eines glaubhaft vorhandenen Risikos der eventuell künftig nicht mehr gegebenen Leistungsfähigkeit des derzeitigen Betreibers bestanden;

sowie viertens die MB, die ein notorisches Interesse daran hatte, dass sie nicht noch länger Vorhaltekosten hat.

3.3.2. Da die ASt am 28.07.2016 mit ihrem Angebot bestandfest ausgeschieden worden war, hatte sie am 29.07.2016 rechtserheblich gemäß § 329 BVergG nur mehr das Interesse, einen Widerruf und eine Neuausschreibung durchzusetzen.3.3.2. Da die ASt am 28.07.2016 mit ihrem Angebot bestandfest ausgeschieden worden war, hatte sie am 29.07.2016 rechtserheblich gemäß Paragraph 329, BVergG nur mehr das Interesse, einen Widerruf und eine Neuausschreibung durchzusetzen.

3.3.3 . Rechtlich ergab sich für die am 29.07.2016 neu anzustellende Interessensabwägung gemäß § 329 Abs 1 iVm Abs 4 BVergG daraus, dass3.3.3 . Rechtlich ergab sich für die am 29.07.2016 neu anzustellende Interessensabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 4, BVergG daraus, dass

erstens ein besonderes öffentliches Interesse an der Sicherstellung eines auch künftig uneingeschränkten und insb zeitlich lückenlosen Betriebs des LKW - Mautsystems besteht, der im Gefolge Unwägbarkeiten beim derzeitigen Betreiber des Zentralmautsystems nicht mehr unzweifelhaft abgesichert erscheint; wobei insoweit auch gleichgelagerte Interessen des AG wie die aufgezeigten öffentlichen Interessen bestehen;

dass zweitens am 29.07.2016 die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags mit unter 50% anzusetzen waren;

dass drittens, sollte der Senat nicht ohnehin jeweils von einem präkludierten Beweisverzicht der ASt auf die vorgebrachten eigenen Nachprüfungsgründe ausgehen, ein umfangreiches Beweisverfahren mit Sachverständigen

erforderlich werden würde, das den Zeitrahmen von sechs Wochen für ein Nachprüfungsverfahren bei Weitem sprengen würde.

Die denkmöglich veranschlagbaren Interessen der ASt reduzierten sich darauf, dass sie als rechtskräftig mit ihrem Angebot Ausgeschiedene allenfalls einmal einen Widerruf und eine Neuausschreibung durchsetzen könnte, was wie ausgeführt allerdings iSv EuGH Rs C-424/01 mit weniger als 50% Wahrscheinlichkeit anzusetzen war, zumal die AG eine umfangreiche und schlüssig erscheinende Angebotsprüfung nachgewiesen hat.

In einer solchen Situation war in einer Gesamtabwägung davon auszugehen, dass die Interessen der ASt an einer aufrechten eV nicht derart gewichtig sind, dass damit die gegenläufigen Interessen der AG und des Staats an einer raschen Vergabe von Leistungen auch nur annähernd aufgewogen bzw überwogen worden wären.

Seit eben seit 28.07.2016 feststand, dass die ASt, wenn überhaupt, nur mangels judizierter Beweispräklusion, nur mehr mit umfangreichen sachverständigen Ermittlungen des BVwG (iSv VwGH ZI 2007/04/0012) zu für Juristen idR hochkomplexen technischen und preislichen Unterlagen obsiegen hätte können, hatte die Interessensabwägung dahin auszufallen, dass die gegen die eV sprechenden Interessen überwogen und daher die eV unverzüglich aufzuheben war, um nicht durch ein Nachprüfungsverfahren und eine eV kausal dafür zu sein, dass allenfalls einmal die Haupteinnahmequelle des staatlichen Konzerns, dem die AG zugehört, auch nur zu einem Teil bzw entgegen einem gesetzlichen Auftrag versiegt, weil eine Vertragslücke entstünde, zumal der Konzern der AG in Österreich das höherrangige Straßennetz betreibt und dabei volkswirtschaftlich evident regelmäßig auch konjunktur- und damit beschäftigungspolitische Impulse setzt.

Gegen die eV sprachen zudem wie gesagt die Interessen der MB an einer alsbaldigen Beauftragung zur Vermeidung weiterer Vorhaltenkosten.

3.3.4. Da iZm der aufgehobenen eV ursprünglich nicht über das Eventualbegehren des eV - Antrags abgesprochen worden war, war dieses insoweit gegenständlich gleichfalls abzuweisen, um vor dem Hintergrund der vorstehenden Interessensabwägung die dringlich erscheinende Auftragserteilung seitens des BVwG nicht weiter zu behindern.

3.3.5. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Verfahren gemäß § 329 Abs 4 BVergG am 21.07.2016, 22.07.2016 und 29.07.2016 vor diesem Beschluss bei dieser Vergabe mit einem technisch und auch sonst sehr umfangreichen und komplexen Sachverhalt und die Verkündung dieses Beschlusses am 29.07.2016 erfolgten verfahrensrechtlich unter gerichtlicher Bedachtnahme auf Art 6 MRK und in weiterer Folge auf die Ausführungen des EGMR in der Rechtssache Micallef gegen Malta, Urteil vom 15.10.2009, Bsw. 17056/06, zumal gegenständlich auch die civil rights der AG und der MB auf alsbaldig zulässige endgültige Vertragsabschlussmöglichkeit im Raum standen.3.3.5. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Verfahren gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG am 21.07.2016, 22.07.2016 und 29.07.2016 vor diesem Beschluss bei dieser Vergabe mit einem technisch und auch sonst sehr umfangreichen und komplexen Sachverhalt und die Verkündung dieses Beschlusses am 29.07.2016 erfolgten verfahrensrechtlich unter gerichtlicher Bedachtnahme auf Artikel 6, MRK und in weiterer Folge auf die Ausführungen des EGMR in der Rechtssache Micallef gegen Malta, Urteil vom 15.10.2009, Bsw. 17056/06, zumal gegenständlich auch die civil rights der AG und der MB auf alsbaldig zulässige endgültige Vertragsabschlussmöglichkeit im Raum standen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision

3.5. Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.3.5. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision war gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die für die gegenständliche Entscheidung gemäß § 329 Abs 1 und 4 BVergG durchgeführte Interessensabwägung auf Tatsachen beruht, die im Wege einzelfallspezifischer Tatsachenbeurteilung keine über diesen Einzelfall hinausgehende Bedeutung haben; und dementsprechend hier keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung, wie in Art 133 Abs 4 B-VG für eine Revisionszulassung verlangt, vorlagen. Die Revision war gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die für die gegenständliche Entscheidung gemäß Paragraph 329, Absatz eins und 4 BVergG durchgeführte Interessensabwägung auf Tatsachen

beruht, die im Wege einzelfallspezifischer Tatsachenbeurteilung keine über diesen Einzelfall hinausgehende Bedeutung haben; und dementsprechend hier keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung, wie in Artikel 133, Absatz 4, B-VG für eine Revisionszulassung verlangt, vorlagen.

Schlagworte

Aufhebung einer einstweiligen Verfügung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgründe, Auswahlentscheidung, Bestandsfestigkeit, Beweisverfahren, Einnahmenerzielung, einstweilige Verfügung, Entscheidungsfrist, Erfolgsaussichten, Ermittlungen, Ermittlungsverfahren, Eventualantrag, Frist, Gesamtbetrachtung, Interessenabwägung, Leistungsfähigkeit, mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentliche Interessen, Plausibilität, Provisorialverfahren, Rahmenvereinbarung, Risikoabwägung, Sachverständigenbestellung, Sachverständigengutachten, Substanziierung, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Wahrscheinlichkeit, wirtschaftliche Interessen, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W131.2129030.1.01

Zuletzt aktualisiert am

22.11.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at