

TE Bvwg Erkenntnis 2016/3/2 W114 2120454-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.03.2016

Entscheidungsdatum

02.03.2016

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §12 Abs3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §129 Abs1 Z8

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lit a

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §318 Abs1 Z7

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §322

BVergG 2006 §6

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

- [illegible]

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 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 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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 § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W114 2120454-1/21E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Bernhard DITZ als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichter Mag. Georg Konetzky als Beisitzer der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Beisitzer der Auftragnehmerseite über den Antrag der XXXX, vertreten durch XXXX vom 01.02.2016 auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 22.01.2016 im Vergabeverfahren "Digitale Luftbilder und digitale Orthophotos 2016, 2017, 2018- GZ 4955/2015" der Auftraggeber 1. Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, Schiffamtsgasse 1-3, 1020 Wien, 2. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (BMLFUW), Abteilung II/1, Stubenring 1, 1010 Wien, Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Bernhard DITZ als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichter Mag. Georg Konetzky als Beisitzer der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Beisitzer der Auftragnehmerseite über den Antrag der römisch 40, vertreten durch römisch 40 vom 01.02.2016 auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 22.01.2016 im Vergabeverfahren "Digitale Luftbilder und digitale Orthophotos 2016, 2017, 2018- GZ 4955/2015" der Auftraggeber 1. Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, Schiffamtsgasse 1-3, 1020 Wien, 2. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und

Wasserwirtschaft (BMLFUW), Abteilung II/1, Stubenring 1, 1010 Wien,

3. Land Burgenland, Amt der Burgenländischen Landesregierung, Landesamtsdirektion, Stabstelle Raumordnung, Referat GIS-Koordination, Europaplatz 1, 7000 Eisenstadt, 4. Land Kärnten, Amt der Kärntner Landesregierung, Abteilung 8 - Umwelt, Wasser und Naturschutz, Flatschacher Straße 70, 9020 Klagenfurt am Wörthersee,

5. Land Niederösterreich, Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, Abteilung Hydrologie und Geoinformation, Landhausplatz 1, Haus 13, 3109 St. Pölten, 6. Land Oberösterreich, Amt der Oberösterreichischen Landesregierung, Abteilung Geoinformation und Liegenschaft, Bahnhofplatz 1, 4021 Linz, 7. Land Salzburg, Abteilung 10 Wohnen und Raumplanung, Ref. 10/04 Geodateninfrastruktur, Fanny-von-Lehnert-Straße 1, 5020 Salzburg, 8. Land Steiermark, Amt der Steiermärkischen Landesregierung, Abteilung

17 - Landes- und Gemeindeentwicklung, Referat Statistik und

Geoinformation, GIS-Steiermark, Trauttmansdorffgasse 2, 8010 Graz,

9. Land Tirol, Amt der Tiroler Landesregierung, Abteilung Geoinformation, Herrengasse 1-3, 6020 Innsbruck und 10. Land Wien, Magistratsabteilung 41 - Stadtvermessung, Muthgasse 62, 1190 Wien, alle vertreten durch das Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, Schiffamtsgasse 1-3, 1020 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 25.02.2016, zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag der XXXX, vertreten durch XXXX vom 01.02.2016 auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 22.01.2016, wird gemäß §§ 19 Abs. 1, 129 Abs. 1 Z 8 iVm 312 Abs. 1 Z 2 BVergG abgewiesen. römisch eins. Der Antrag der römisch 40, vertreten durch XXXX vom 01.02.2016 auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 22.01.2016, wird gemäß Paragraphen 19, Absatz eins, 129, Absatz eins, Ziffer 8, in Verbindung mit 312 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG abgewiesen.

II. a) Der Antrag der XXXX, vertreten durch XXXX vom 01.02.2016 auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühr in Höhe von EUR 2.052.-- wird gemäß § 319 Abs. 1 BVergG abgewiesen. römisch zwei. a) Der Antrag der römisch 40, vertreten durch römisch 40 vom 01.02.2016 auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühr in Höhe von EUR 2.052.-- wird gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG abgewiesen.

b) Das darüber hinausgehende Begehren auf Erstattung durch die Auftraggeber im Vergabeverfahren von bezahlten Pauschalgebühren in Höhe von Euro XXXX.-- wird unter Hinweis auf den vom Bundesverwaltungsgericht an XXXX, vertreten durch XXXX gemäß §§ 318 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV zurückzuüberweisenden Betrag in Höhe von Euro XXXX.-- abgewiesen. b) Das darüber hinausgehende Begehren auf Erstattung durch die Auftraggeber im Vergabeverfahren von bezahlten Pauschalgebühren in Höhe von Euro römisch 40.-- wird unter Hinweis auf den vom Bundesverwaltungsgericht an römisch 40, vertreten durch römisch 40 gemäß Paragraphen 318, BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV zurückzuüberweisenden Betrag in Höhe von Euro römisch 40.-- abgewiesen.

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

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 01.02.2016, eingelangt beim Bundesverwaltungsgericht (BVwG) innerhalb der Amtsstunden am selben Tag, beantragte XXXX (im Weiteren: Antragstellerin oder Ast), vertreten durch XXXX, die Nichtigerklärung der ihr mit Telefax am 22.01.2016 mitgeteilten Ausscheidensentscheidung ihres Angebotes im Vergabeverfahren "Digitale Luftbilder und digitale Orthophotos 2016, 2017, 2018- GZ 4955/2015", die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der Pauschalgebühr in Höhe von EUR 6.156.-- sowie Einsichtnahme in den Vergabeakt. 1. Mit Schriftsatz vom 01.02.2016, eingelangt beim Bundesverwaltungsgericht (BVwG) innerhalb der Amtsstunden am selben Tag, beantragte XXXX (im Weiteren: Antragstellerin oder Ast), vertreten durch römisch 40, die Nichtigerklärung der ihr

mit Telefax am 22.01.2016 mitgeteilten Ausscheidensentscheidung ihres Angebotes im Vergabeverfahren "Digitale Luftbilder und digitale Orthophotos 2016, 2017, 2018- GZ 4955/2015", die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der Pauschalgebühr in Höhe von EUR 6.156.-- sowie Einsichtnahme in den Vergabeakt.

Im Wesentlichen zusammengefasst begründete die Antragstellerin ihr Begehren in Schriftsätzen vom 01.02.2016 und vom 22.02.2016 sowie in der mündlichen Verhandlung am 25.02.2016 damit, dass die Ausscheidensentscheidung nicht vergaberechtskonform sei, da sie ausschreibungskonform angeboten habe. Die Ausschreibungsunterlagen würden explizit Mehrfachbeteiligungen bei verschiedenen Angeboten zulassen. Zudem wäre eine im Vergabeverfahren eingeforderte Aufklärung durch die ASt vergaberechtskonform erteilt worden. Es bestehe keinerlei Gefahr der Beeinflussung des Wettbewerbes. Auffälligkeiten bei der Versendung ihres Angebotes und des Angebotes des Mitbewerbers XXXX, die gleichzeitig im eigenen Angebot auch als Subunternehmer ausgewiesen sei, wären aufklärbar. Es habe zwischen ihr und XXXX keine Preisabsprache stattgefunden. Ähnlichkeiten bei der Angebotserstellung wären darauf zurückzuführen, dass es zwischen der ASt und XXXX in der Vergangenheit eine intensive Zusammenarbeit gegeben hätte und dass die ASt hinsichtlich der Verwendung der deutschen Sprache unterstützend tätig gewesen sei, zumal es sich bei XXXX um ein Unternehmen mit Sitz in XXXX handle. Der ASt sei nur unzureichend Möglichkeit eingeräumt worden, die bei den Auftraggebern bestehenden Bedenken auszuräumen. Im Wesentlichen zusammengefasst begründete die Antragstellerin ihr Begehren in Schriftsätzen vom 01.02.2016 und vom 22.02.2016 sowie in der mündlichen Verhandlung am 25.02.2016 damit, dass die Ausscheidensentscheidung nicht vergaberechtskonform sei, da sie ausschreibungskonform angeboten habe. Die Ausschreibungsunterlagen würden explizit Mehrfachbeteiligungen bei verschiedenen Angeboten zulassen. Zudem wäre eine im Vergabeverfahren eingeforderte Aufklärung durch die ASt vergaberechtskonform erteilt worden. Es bestehe keinerlei Gefahr der Beeinflussung des Wettbewerbes. Auffälligkeiten bei der Versendung ihres Angebotes und des Angebotes des Mitbewerbers römisch 40, die gleichzeitig im eigenen Angebot auch als Subunternehmer ausgewiesen sei, wären aufklärbar. Es habe zwischen ihr und römisch 40 keine Preisabsprache stattgefunden. Ähnlichkeiten bei der Angebotserstellung wären darauf zurückzuführen, dass es zwischen der ASt und römisch 40 in der Vergangenheit eine intensive Zusammenarbeit gegeben hätte und dass die ASt hinsichtlich der Verwendung der deutschen Sprache unterstützend tätig gewesen sei, zumal es sich bei römisch 40 um ein Unternehmen mit Sitz in römisch 40 handle. Der ASt sei nur unzureichend Möglichkeit eingeräumt worden, die bei den Auftraggebern bestehenden Bedenken auszuräumen.

2. Mit Schriftsatz vom 04.02.2016 gaben die Auftraggeber: 1. Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, Schiffamtsgasse 1-3, 1020 Wien, 2. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (BMLFUW), Abteilung II/1, Stubenring 1, 1010 Wien,

3. Land Burgenland, Amt der Burgenländischen Landesregierung, Landesamtsdirektion, Stabstelle Raumordnung, Referat GIS-Koordination, Europaplatz 1, 7000 Eisenstadt, 4. Land Kärnten, Amt der Kärntner Landesregierung, Abteilung 8 - Umwelt, Wasser und Naturschutz, Flatschacher Straße 70, 9020 Klagenfurt am Wörthersee,

5. Land Niederösterreich, Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, Abteilung Hydrologie und Geoinformation, Landhausplatz 1, Haus 13, 3109 St. Pölten, 6. Land Oberösterreich, Amt der Oberösterreichischen Landesregierung, Abteilung Geoinformation und Liegenschaft, Bahnhofplatz 1, 4021 Linz, 7. Land Salzburg, Abteilung 10 Wohnen und Raumplanung, Ref. 10/04 Geodateninfrastruktur, Fanny-von-Lehnert-Straße 1, 5020 Salzburg, 8. Land Steiermark, Amt der Steiermärkischen Landesregierung, Abteilung

17 - Landes- und Gemeindeentwicklung, Referat Statistik und

Geoinformation, GIS-Steiermark, Trauttmansdorffgasse 2, 8010 Graz,

9. Land Tirol, Amt der Tiroler Landesregierung, Abteilung Geoinformation, Herrengasse 1-3, 6020 Innsbruck und 10. Land Wien, Magistratsabteilung 41 - Stadtvermessung, Muthgasse 62, 1190 Wien, alle vertreten durch das Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, Schiffamtsgasse 1-3, 1020 Wien (im Weiteren: Auftraggeber oder AG) allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren und übermittelte die Unterlagen des Vergabeverfahrens.

Die Auftraggeber führten dabei im Wesentlichen zusammengefasst im Schriftsatz vom 04.02.2016 sowie in der mündlichen Verhandlung am 25.02.2016 aus, dass verschiedene Indizien dafür sprechen würden, dass es zwischen der ASt und XXXX bei der Erstellung ihrer Angebote zu Absprachen gekommen sei, die zum Nachteil der AG den Wettbewerb im gegenständlichen Vergabeverfahren beeinträchtigen würden, weswegen diese Angebote

auszuscheiden wären. So sei der Aufbau und der Inhalt der beiden Angebote über weite Strecken nahezu ident. Die Angebote seien optisch identisch gebunden und verpackt worden und wären vom ASt aus XXXX an die AG übermittelt worden. Zudem sei bei einer Prüfung der angebotenen Preise der beiden Angebote festgestellt worden, dass diese immer um ca. 2 % voneinander abweichen würden. Das lasse nur den Schluss zu, dass es zu Preisabsprachen gekommen sei. Die Auftraggeber führten dabei im Wesentlichen zusammengefasst im Schriftsatz vom 04.02.2016 sowie in der mündlichen Verhandlung am 25.02.2016 aus, dass verschiedene Indizien dafür sprächen würden, dass es zwischen der ASt und römisch 40 bei der Erstellung ihrer Angebote zu Absprachen gekommen sei, die zum Nachteil der AG den Wettbewerb im gegenständlichen Vergabeverfahren beeinträchtigen würden, weswegen diese Angebote auszuscheiden wären. So sei der Aufbau und der Inhalt der beiden Angebote über weite Strecken nahezu ident. Die Angebote seien optisch identisch gebunden und verpackt worden und wären vom ASt aus römisch 40 an die AG übermittelt worden. Zudem sei bei einer Prüfung der angebotenen Preise der beiden Angebote festgestellt worden, dass diese immer um ca. 2 % voneinander abweichen würden. Das lasse nur den Schluss zu, dass es zu Preisabsprachen gekommen sei.

Zudem habe die ASt einer geforderten Aufklärung nicht entsprochen, da sie bewusst bestimmte Auffälligkeiten wie bspw. den gemeinsamen Versand der Angebote in ihrem Aufklärungsschreiben nicht aufgeklärt habe. Daher sei ihr Angebot auch mangels vergaberechtskonformer Aufklärung auszuscheiden.

3. Mit Schriftsatz vom 09.02.2016 erhob XXXX, vertreten durch XXXX als Bieterin, die im Vergabeverfahren ebenfalls ein Angebot abgegeben hat, begründete Einwendungen. Im Wesentlichen zusammengefasst schloss sie sich den Ausführungen der AG an und wies auf verschiedene Judikatur bzw. Literatur zur Beeinträchtigung des Wettbewerbes und einem daraus sich ergebenden Ausschluss aus einem Vergabeverfahren hin. 3. Mit Schriftsatz vom 09.02.2016 erhob römisch 40, vertreten durch römisch 40 als Bieterin, die im Vergabeverfahren ebenfalls ein Angebot abgegeben hat, begründete Einwendungen. Im Wesentlichen zusammengefasst schloss sie sich den Ausführungen der AG an und wies auf verschiedene Judikatur bzw. Literatur zur Beeinträchtigung des Wettbewerbes und einem daraus sich ergebenden Ausschluss aus einem Vergabeverfahren hin.

4. Am 25.02.2016 fand eine mündliche Verhandlung vor dem BVwG statt. Dabei wurde allen Parteien Gelegenheit gegeben zu den jeweiligen Ausscheidungsgründen Stellung zu nehmen.

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

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1.1. Die Auftraggeber führen unter der Bezeichnung "Digitale Luftbilder und digitale Orthophotos 2016, 2017, 2018" ein offenes Verfahren im Oberschwabenbereich durch. Gegenstand der Ausschreibung ist der Abschluss eines Vertrages über die Durchführung von Befliegungen zur Herstellung digitaler Luftbilder mit großformatigen Luftbildsensoren, die Bestimmung der Orientierungsparameter der Luftbilder (Aerotriangulierung) und die Herstellung digitaler Orthophotos an das Angebot mit dem niedrigsten Preis.

Nur bei den Auftraggebern 1. Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, Schiffamtsgasse 1-3, 1020 Wien und 2. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (BMLFUW), Abteilung II/1, Stubenring 1, 1010 Wien, handelt es sich um zentrale öffentliche Auftraggeber gemäß Anhang V zum BVergG. Nur bei den Auftraggebern 1. Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, Schiffamtsgasse 1-3, 1020 Wien und 2. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (BMLFUW), Abteilung II/1, Stubenring 1, 1010 Wien, handelt es sich um zentrale öffentliche Auftraggeber gemäß Anhang römisch fünf zum BVergG.

Es handelt sich um eine gemeinsame Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder, wobei davon auszugehen ist, dass der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist, wie die Summe der Anteile der Länder.

1.2. Der Auftrag ist in vier Losen geteilt. Grundsätzlich kann jeder Bieter nur in einem Los zum Zug kommen. Der Zuschlagsempfänger wird wie folgt ermittelt:

1. Es wird für jedes Los, ohne die Lospräferenz zu beachten, der Billigstbieter ermittelt. Sind das 4 verschiedene Bieter in den zu vergebenden 4 Losen, ist somit jeder dieser 4 mit dem entsprechenden Los zu beauftragen.

2. Ist ein Bieter im Schritt 1 bei mehr als einem Los Billigstbieter, so wird nur das Angebot für das Los mit der höchsten Präferenz (= niedrigsten Zahl) berücksichtigt und beauftragt, die Angebote dieses Bieters für alle anderen Lose werden

nicht berücksichtigt.

3. Nach Elimination von Angeboten eines oder mehrerer Billigstbieter gemäß Punkt 2 wird nun wieder für alle Lose der Billigstbieter ermittelt und in weiterer Folge solange iterativ vorgegangen, bis für alle 4 Lose 4 unterschiedliche Billigstbieter vorliegen.

1.3. Punkt 3.1. der (von der AG im Rahmen der "Fragenbeantwortung und Berichtigung" geänderten) Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen - AAB lautet auszugsweise:

"Bietergemeinschaften können Angebote einreichen.

Mehrfachbeteiligungen sind nicht ausgeschlossen. Die Teilnahme eines Unternehmers an mehreren Bietergemeinschaften gleichzeitig (sei es als Bieter oder Subunternehmer) oder die Abgabe eines Angebotes eines Unternehmers als Einzelbieter und als Mitglied einer Bietergemeinschaft (sei es als Bieter oder Subunternehmer) gleichzeitig ist zulässig. Ebenso ist es zulässig, dass sich Unternehmer als Subunternehmer bei mehreren Bietern bzw. Bietergemeinschaften beteiligen.

Im Falle einer Mehrfachbeteiligung (ein Unternehmer ist bei mehr als einem Angebot als Bieter und/oder Mitglied einer Bietergemeinschaft und/oder Subunternehmer beteiligt) hat die vergebende Stelle im Rahmen einer Aufklärung von den Bietern bzw. Bietergemeinschaften den Nachweis darüber zu fordern, dass

- -Strichaufzählung
der Inhalt der abgegebenen Angebote durch das dadurch geschaffene Abhängigkeitsverhältnis nicht beeinflusst wurde und
- -Strichaufzählung
dass die Angebote unabhängig voneinander formuliert worden sind.

Damit soll festgestellt werden, ob durch diese Mehrfachbeteiligung die Gefahr der Beeinflussung des Wettbewerbes besteht.

Wenn sodann die Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs durch Mehrfachbeteiligung(en) besteht, sind die Angebote solcher Bietergemeinschaften und (Einzel-)Bieter auszuschneiden (§ 129 BVergG). "Wenn sodann die Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs durch Mehrfachbeteiligung(en) besteht, sind die Angebote solcher Bietergemeinschaften und (Einzel-)Bieter auszuschneiden (Paragraph 129, BVergG)."

1.4. Die XXXX (im Weiteren: ASt), nunmehr vertreten durch XXXX, legte am 27.11.2015 ein Angebot. Die ASt hat in ihrem Angebot als Subunternehmer das XXXX Unternehmen XXXX (im Folgenden: "XXXX") und das XXXX Unternehmen XXXX (im Folgenden "XXXX") bekannt gemacht. 1.4. Die römisch 40 (im Weiteren: ASt), nunmehr vertreten durch römisch 40, legte am 27.11.2015 ein Angebot. Die ASt hat in ihrem Angebot als Subunternehmer das römisch 40 Unternehmen römisch 40 (im Folgenden: "XXXX") und das römisch 40 Unternehmen römisch 40 (im Folgenden "XXXX") bekannt gemacht.

XXXX gab ihrerseits ein Angebot ab, wobei die ASt im Angebot der XXXX als Subunternehmer genannt wurde. römisch 40 gab ihrerseits ein Angebot ab, wobei die ASt im Angebot der römisch 40 als Subunternehmer genannt wurde.

Sowohl der Angebot der ASt als auch jenes von XXXX wurden in doppelter Ausfertigung, gebunden in identen schwarzen Spiralbindungen mit identen blauem Mappengrundblatt und identem durchsichtigem Mappendeckblatt von der ASt an die AG mit XXXX Expresszustellung in einem Paket übermittelt. Die Angebote sowie die Duplikate waren in identen braunen Kuverts verpackt. Das Paket war mit der Adresse der ASt versehen. Die braunen Kuverts können weder der ASt noch XXXX zu geordnet werden. Sowohl der Angebot der ASt als auch jenes von römisch 40 wurden in doppelter Ausfertigung, gebunden in identen schwarzen Spiralbindungen mit identen blauem Mappengrundblatt und identem durchsichtigem Mappendeckblatt von der ASt an die AG mit römisch 40 Expresszustellung in einem Paket übermittelt. Die Angebote sowie die Duplikate waren in identen braunen Kuverts verpackt. Das Paket war mit der Adresse der ASt versehen. Die braunen Kuverts können weder der ASt noch römisch 40 zu geordnet werden.

Die Angebote der ASt und von XXXX gleichen sich hinsichtlich des thematischen Angebotsaufbaus, des Inhaltsverzeichnisses und der Anordnung der Angebotsbestandteile. Einzelne Angebotsbeilagen wie bspw. Beilage ./7 sind - abgesehen von den jeweiligen Fertigungen - wortident. Als Projektleiter in beiden Angeboten wird XXXX bei der ASt ausgewiesen. Über weite Strecke befinden sich in beiden Angeboten idente Angebotsunterlagen betreffend

Qualitätssicherung. Die Angebote der ASt und von römisch 40 gleichen sich hinsichtlich des thematischen Angebotsaufbaus, des Inhaltsverzeichnisses und der Anordnung der Angebotsbestandteile. Einzelne Angebotsbeilagen wie bspw. Beilage ./7 sind - abgesehen von den jeweiligen Fertigungen - wortident. Als Projektleiter in beiden Angeboten wird römisch 40 bei der ASt ausgewiesen. Über weite Strecken befinden sich in beiden Angeboten idente Angebotsunterlagen betreffend Qualitätssicherung.

Ergebnis der von den AG angestellten Preisprüfung der Angebote der ASt und von XXXX ist, dass auch Teilpreise durchgängig ca. 2 % voneinander abweichen; es wurden Auf- bzw. Abschläge von 1% gewährt und Rundungen auf ganze 10er oder 25er Beträge vorgenommen. Ergebnis der von den AG angestellten Preisprüfung der Angebote der ASt und von römisch 40 ist, dass auch Teilpreise durchgängig ca. 2 % voneinander abweichen; es wurden Auf- bzw. Abschläge von 1% gewährt und Rundungen auf ganze 10er oder 25er Beträge vorgenommen.

1.5. Folgende Angebote wurden abgegeben:

Bieter

Los 1

Präferenz

Los 2

Präferenz

Los 3

Präferenz

Los 4

Präferenz

XXXXrömisch 40

652.700

3

664.800

4

724.700

1

723.400

2

XXXXrömisch 40

452.933

4

420.000

1

480.700

2

493.880

3

XXXXrömisch 40

583.200

2

550.840

3

594.600

4

588.760

1

XXXXrömisch 40

588.015

3

474.480

2

514.440

1

616.190

4

XXXXrömisch 40

528.395

1

517.000

3

602.789

4

574.800

2

ASt

539.080

2

527.420

4

590.300

3

562.950

1

Aus dieser Übersicht

ergibt sich, dass XXXX bei Los 2 und XXXX bei Los 3 als Bestbieter ermittelt wurden. Unter Berücksichtigung der oben wiedergegebenen Ermittlungsregelungen wäre die ASt bei Los 4 und XXXX bei Los 1 Billigstbieterin. ergibt sich, dass römisch 40 bei Los 2 und römisch 40 bei Los 3 als Bestbieter ermittelt wurden. Unter Berücksichtigung der oben wiedergegebenen Ermittlungsregelungen wäre die ASt bei Los 4 und römisch 40 bei Los 1 Billigstbieterin.

1.6. Mit Schreiben vom 15.12.2015 wurde die ASt von den AG unter anderem aufgefordert, den Nachweis zu erbringen, dass die ASt das Angebot der XXXX nicht kannte und nicht kennen konnte und beide Angebote somit unabhängig formuliert wurden; weiters, dass das Angebot der ASt nicht vom Angebot der XXXX beeinflusst wurde und umgekehrt dass das Angebot der XXXX nicht vom Angebot der ASt beeinflusst wurde. Dabei wurde von den AG insbesondere auch auf Folgendes hingewiesen: 1.6. Mit Schreiben vom 15.12.2015 wurde die ASt von den AG unter anderem aufgefordert, den Nachweis zu erbringen, dass die ASt das Angebot der römisch 40 nicht kannte und nicht kennen konnte und beide Angebote somit unabhängig formuliert wurden; weiters, dass das Angebot der ASt nicht vom Angebot der römisch 40 beeinflusst wurde und umgekehrt dass das Angebot der römisch 40 nicht vom Angebot der ASt beeinflusst wurde. Dabei wurde von den AG insbesondere auch auf Folgendes hingewiesen:

"XXXX beteiligt sich mehrfach an dieser Ausschreibung. Einmal als Bieter und einmal als Subunternehmer für die Firma XXXX Das Angebot von XXXX wurde von der XXXX versendet (Absenderangabe am Paket). Auch innerhalb der Pakete waren die einzelnen Exemplare der Angebote" XXXX beteiligt sich mehrfach an dieser Ausschreibung. Einmal als Bieter und einmal als Subunternehmer für die Firma römisch 40 Das Angebot von römisch 40 wurde von der römisch 40 versendet (Absenderangabe am Paket). Auch innerhalb der Pakete waren die einzelnen Exemplare der Angebote

XXXX und XXXX ident verpackt (gleichartige braune Kuverts und idente Stempelung). Das BEV geht daher vorläufig davon aus, dass der Bieter römisch 40 und römisch 40 ident verpackt (gleichartige braune Kuverts und idente Stempelung). Das BEV geht daher vorläufig davon aus, dass der Bieter

XXXX das Angebot der XXXX alleine schon aus diesem Grund kennen musste und seinem eigenen Angebot zumindest teilweise zu Grunde gelegt hat." römisch 40 das Angebot der römisch 40 alleine schon aus diesem Grund kennen musste und seinem eigenen Angebot zumindest teilweise zu Grunde gelegt hat."

Mit Schreiben vom 22.12.2015 nahm die ASt zum Schreiben der AG vom 15.12.2015 fristgerecht Stellung.

Die ASt führte dabei aus, dass es zu keinem Zeitpunkt zu einer Preisabsprache zwischen ihr und XXXX gekommen sei. Die geringen Preisabstände rechtfertigte die ASt damit, dass sowohl XXXX als auch sie selbst in den letzten drei Jahren erfolgreich das vom BEV betreute Orthophotoprojekt 2013-2015 absolviert hätten. Dabei hätten XXXX und sie selbst im Rahmen der dabei stattgefundenen Zusammenarbeit gemeinsame Erfahrungen gemacht. Die Orthophotoproduktion könne die ASt aus kalkulatorischen Gründen nicht erbringen, sodass diese durch XXXX als Subunternehmer erbracht werden würde und dabei auch kalkulatorisch von dieser übernommen worden wäre. Die von ihren Subunternehmern zu erbringenden Leistungen wären mit einem - auch den Subunternehmern nicht bekannten - Aufschlag angeboten worden. Die ASt führte dabei aus, dass es zu keinem Zeitpunkt zu einer Preisabsprache zwischen ihr und römisch 40 gekommen sei. Die geringen Preisabstände rechtfertigte die ASt damit, dass sowohl römisch 40 als auch sie selbst in den letzten drei Jahren erfolgreich das vom BEV betreute Orthophotoprojekt 2013-2015 absolviert hätten. Dabei hätten römisch 40 und sie selbst im Rahmen der dabei stattgefundenen Zusammenarbeit gemeinsame Erfahrungen gemacht. Die Orthophotoproduktion könne die ASt aus kalkulatorischen Gründen nicht erbringen, sodass diese durch römisch 40 als Subunternehmer erbracht werden würde und dabei auch kalkulatorisch von dieser übernommen worden wäre. Die von ihren Subunternehmern zu erbringenden Leistungen wären mit einem - auch den Subunternehmern nicht bekannten - Aufschlag angeboten worden.

1.7. Am 22.01.2016 wurde der ASt mitgeteilt, dass ihr Angebot gem. § 129 Abs 1 Z 7 und 8 BVergG ausgeschrieben wurde.1.7. Am 22.01.2016 wurde der ASt mitgeteilt, dass ihr Angebot gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7 und 8 BVergG ausgeschrieben wurde.

1.8. Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der vorliegende Nachprüfungsantrag. Die ASt hat hierfür eine Pauschalgebühr in Höhe von EUR XXXX,-- entrichtet.1.8. Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der vorliegende Nachprüfungsantrag. Die ASt hat hierfür eine Pauschalgebühr in Höhe von EUR römisch 40 ,-- entrichtet.

1.9. Das Angebot von XXXX wurde zwischenzeitig rechtskräftig ausgeschrieben. XXXX hat dieses Ausscheiden nicht beim Bundesverwaltungsgericht bekämpft.1.9. Das Angebot von römisch 40 wurde zwischenzeitig rechtskräftig ausgeschrieben. römisch 40 hat dieses Ausscheiden nicht beim Bundesverwaltungsgericht bekämpft.

1.10. Im Vergabeverfahren wurde bislang weder eine Zuschlagsentscheidung getroffen, noch der Zuschlag erteilt bzw. das Vergabeverfahren widerrufen.

1.11. Am 25.02.2016 fand im Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt, in welcher von den Parteien des Vergabekontrollverfahrens Fragen des zur Entscheidung berufenen Senates des BVwG beantwortet wurden und den Parteien umfassend Gelegenheit gegeben wurde zu den einzelnen Ausscheidungsgründen ein allfälliges ergänzendes Vorbringen zu erstatten. Dabei wurde das Ermittlungsverfahren gemäß § 39 Abs. 3 AVG für geschlossen erklärt und darauf hingewiesen, dass angesichts der durchzuführenden Beratung im Senat die Entscheidung in der gegenständlichen Angelegenheit schriftlich ergehen werde.1.11. Am 25.02.2016 fand im Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt, in welcher von den Parteien des Vergabekontrollverfahrens Fragen des zur Entscheidung berufenen Senates des BVwG beantwortet wurden und den Parteien umfassend Gelegenheit gegeben wurde zu den einzelnen Ausscheidungsgründen ein allfälliges ergänzendes Vorbringen zu erstatten. Dabei wurde das Ermittlungsverfahren gemäß Paragraph 39, Absatz 3, AVG für geschlossen erklärt und darauf hingewiesen, dass angesichts der durchzuführenden Beratung im Senat die Entscheidung in der gegenständlichen Angelegenheit schriftlich ergehen werde.

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig und nachvollziehbar aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens, Stellungnahmen der Parteien, Auskünften der Auftraggeber und dem in der mündlichen Verhandlung am 25.11.2015 erstatteten Vorbringen der Verfahrensparteien. Soweit Schriftstücke von den Verfahrensparteien vorgelegt wurden, spricht deren Anschein für ihre Echtheit. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche hierüber traten im Rahmen des Vergabekontrollverfahrens nicht auf.

Dass die ASt und XXXX bereits in vergangenen Jahren hinsichtlich der Auftragsdurchführung eng miteinander zusammengearbeitet haben, wurde von der ASt selbst in ihren Stellungnahmen dargelegt und in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht bestätigt.Dass die ASt und römisch 40 bereits in vergangenen Jahren hinsichtlich der Auftragsdurchführung eng miteinander zusammengearbeitet haben, wurde von der ASt selbst in ihren Stellungnahmen dargelegt und in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht bestätigt.

Das Bundesverwaltungsgericht kommt infolge dieser engen Zusammenarbeit zur Auffassung, dass die ASt und XXXX gemeinsame Strategien hinsichtlich der Auftragsdurchführung entwickelt haben und daher auch infolge ihres Verhältnisses zueinander als Bieter und jeweiliger Subunternehmer bereits bei einer dadurch gemeinsamen Angebotserstellung ein Abhängigkeitsverhältnis besteht.Das Bundesverwaltungsgericht kommt infolge dieser engen Zusammenarbeit zur Auffassung, dass die ASt und römisch 40 gemeinsame Strategien hinsichtlich der Auftragsdurchführung entwickelt haben und daher auch infolge ihres Verhältnisses zueinander als Bieter und jeweiliger Subunternehmer bereits bei einer dadurch gemeinsamen Angebotserstellung ein Abhängigkeitsverhältnis besteht.

Dieses Abhängigkeitsverhältnis tritt auch dadurch nach außen in Erscheinung, als in beiden Angeboten XXXX als Projektleiter ausgewiesen wird. Das bedeutet, dass zumindestXXXX als Mitarbeiter der ASt auch in seiner Eigenschaft als Projektleiter auch das Angebot von XXXX gekannt haben muss. Diesbezüglich wird insbesondere auch auf den über weite Strecken identen Aufbau der Angebote der ASt und von XXXX hingewiesen. Ob XXXX auch die angebotenen Preise und die Preiskalkulation von XXXX bereits vor Angebotsöffnung gekannt hat, kann nicht zweifelsfrei festgestellt werden. Genauso wenig kann aber auch zweifelsfrei festgestellt werden, dass er das von XXXX angebotene Preisgefüge

nicht gekannt hat. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt im Zuge der freien Beweiswürdigung jedoch zur Auffassung, dass die enge Zusammenarbeit zwischen der ASt und XXXX und insbesondere die Projektleitung in beiden Angeboten durch einen Mitarbeiter der ASt nur den Schluss zulässt, dass die ASt zumindest theoretisch möglich maßgeblich das Angebot von XXXX beeinflussen konnte und somit auch maßgeblich Einfluss auf den Wettbewerb im gegenständlichen Vergabeverfahren nehmen konnte oder hätte nehmen können. Ob es durch diese Einflussnahme bzw. Einflussnahmemöglichkeit tatsächlich zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbes im gegenständlichen Vergabeverfahren gekommen ist, lässt sich nicht zweifelsfrei feststellen. So kann nicht mit Sicherheit festgestellt werden, ob ohne diese Einflussnahmemöglichkeit von der ASt oder von XXXX andere - niedrigere - Preise angeboten worden wären. Dieses Abhängigkeitsverhältnis tritt auch dadurch nach außen in Erscheinung, als in beiden Angeboten römisch 40 als Projektleiter ausgewiesen wird. Das bedeutet, dass zumindest XXXX als Mitarbeiter der ASt auch in seiner Eigenschaft als Projektleiter auch das Angebot von römisch 40 gekannt haben muss. Diesbezüglich wird insbesondere auch auf den über weite Strecken identen Aufbau der Angebote der ASt und von römisch 40 hingewiesen. Ob römisch 40 auch die angebotenen Preise und die Preiskalkulation von römisch 40 bereits vor Angebotsöffnung gekannt hat, kann nicht zweifelsfrei festgestellt werden. Genauso wenig kann aber auch zweifelsfrei festgestellt werden, dass er das von römisch 40 angebotene Preisgefüge nicht gekannt hat. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt im Zuge der freien Beweiswürdigung jedoch zur Auffassung, dass die enge Zusammenarbeit zwischen der ASt und römisch 40 und insbesondere die Projektleitung in beiden Angeboten durch einen Mitarbeiter der ASt nur den Schluss zulässt, dass die ASt zumindest theoretisch möglich maßgeblich das Angebot von römisch 40 beeinflussen konnte und somit auch maßgeblich Einfluss auf den Wettbewerb im gegenständlichen Vergabeverfahren nehmen konnte oder hätte nehmen können. Ob es durch diese Einflussnahme bzw. Einflussnahmemöglichkeit tatsächlich zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbes im gegenständlichen Vergabeverfahren gekommen ist, lässt sich nicht zweifelsfrei feststellen. So kann nicht mit Sicherheit festgestellt werden, ob ohne diese Einflussnahmemöglichkeit von der ASt oder von römisch 40 andere - niedrigere - Preise angeboten worden wären.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

Gemäß § 345 Abs. 18 Z 2 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idF BGBl. I Nr. 7/2016, sind die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß § 345 Abs. 18 Z 1 leg. cit. beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren vom Bundesverwaltungsgericht nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. Das bedeutet, dass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren ohne Berücksichtigung der am 01.03.2016 in Kraft getretenen Novelle des BVergG und damit gemäß BVergG idF des BGBl. II Nr. 292/2014 fortzusetzen und abzuschließen ist. Gemäß Paragraph 345, Absatz 18, Ziffer 2, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 7 aus 2016,, sind die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Paragraph 345, Absatz 18, Ziffer eins, leg. cit. beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren vom Bundesverwaltungsgericht nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. Das bedeutet, dass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren ohne Berücksichtigung der am 01.03.2016 in Kraft getretenen Novelle des BVergG und damit gemäß BVergG in der Fassung des Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 292 aus 2014, fortzusetzen und abzuschließen ist.

Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahrens im Sinne des § 2 Z 8 BVergG sind sowohl in Anhang V zum BVergG genannte Auftraggeber des Bundes als auch Auftraggeber der Länder. In Anbetracht, dass in den Ausschreibungsunterlagen bzw. auch in der Ausschreibungsbekanntmachung als zuständiges Gericht für Nachprüfungsanträge das BVwG genannt wird, muss davon ausgegangen werden, dass der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist, wie die Summe der Anteile der Länder. Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahrens im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG sind sowohl in Anhang römisch fünf zum BVergG genannte Auftraggeber des Bundes als auch Auftraggeber der Länder. In Anbetracht, dass in den Ausschreibungsunterlagen bzw. auch in der Ausschreibungsbekanntmachung als zuständiges Gericht für Nachprüfungsanträge das BVwG genannt wird, muss davon ausgegangen werden, dass der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist, wie die Summe der Anteile der Länder.

Aus der Ausschreibungsbekanntmachung ist ersichtlich, dass die Auftraggeber die Vergabe von Dienstleistungen ausgeschrieben haben. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich somit gemäß § 6 BVergG um einen

Dienstleistungsauftrag (vgl. VwGH vom 26.02.2014, 2011/04/0159). Der von den Auftraggebern geschätzte Auftragswert mit EUR XXXX,-- liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs. 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Aus der Ausschreibungsbekanntmachung ist ersichtlich, dass die Auftraggeber die Vergabe von Dienstleistungen ausgeschrieben haben. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich somit gemäß Paragraph 6, BVergG um einen Dienstleistungsauftrag (vergleiche VwGH vom 26.02.2014, 2011/04/0159). Der von den Auftraggebern geschätzte Auftragswert mit EUR römisch 40 ,-- liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz 3, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Da es sich bei der Gemeinschaft der Auftraggeber nicht nur um solche handelt, die in Anhang V zum BVergG genannt sind, ist nicht von der Anwendbarkeit des § 12 Abs. 1 Z 1 BVergG sondern von der Anwendbarkeit des § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG und damit von einem relevanten Schwellenwert von EUR 207.000,-- auszugehen. Da es sich bei der Gemeinschaft der Auftraggeber nicht nur um solche handelt, die in Anhang römisch fünf zum BVergG genannt sind, ist nicht von der Anwendbarkeit des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG sondern von der Anwendbarkeit des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG und damit von einem relevanten Schwellenwert von EUR 207.000,-- auszugehen.

Unter Berücksichtigung des von den Auftraggebern geschätzten Auftragswertes beträgt dieser Betrag weniger als das Zehnfache des in § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG genannten Betrages. Unter Berücksichtigung von § 1 BVwG-PauschGebV beträgt daher die für den gegenständlichen Nachprüfungsantrag zu entrichtende Pauschalgebühr EUR 2.052,--. Die Antragstellerin hat für ihren Nachprüfungsantrag eine Pauschalgebühr in Höhe von EUR XXXX,-- entrichtet und somit die geforderte Pauschalgebühr entrichtet. Unter Berücksichtigung des von den Auftraggebern geschätzten Auftragswertes beträgt dieser Betrag weniger als das Zehnfache des in Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG genannten Betrages. Unter Berücksichtigung von Paragraph eins, BVwG-PauschGebV beträgt daher die für den gegenständlichen Nachprüfungsantrag zu entrichtende Pauschalgebühr EUR 2.052,--. Die Antragstellerin hat für ihren Nachprüfungsantrag eine Pauschalgebühr in Höhe von EUR römisch 40 ,-- entrichtet und somit die geforderte Pauschalgebühr entrichtet.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes (BVwG) zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit. f B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes (BVwG) zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera f, B-VG ist sohin gegeben.

§ 320 Abs. 1 BVergG führt dazu aus, dass ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern Paragraph 320, Absatz eins, BVergG führt dazu aus, dass ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und
2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Unter Berücksichtigung dieser Bestimmung kommt der zur Entscheidung berufene Senat des BVwG zum Ergebnis, dass das BVwG zur Entscheidung in der gegenständlichen Angelegenheit zuständig ist, zumal im Vergabeverfahren bislang weder der Zuschlag erteilt wurde, noch das Vergabeverfahren widerrufen wurde. Unter Berücksichtigung des § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG handelt es sich bei der angefochtenen Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Die Antragstellerin hat durch die Abgabe eines Angebotes im Vergabeverfahren und durch die Stellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages ihr Interesse am Abschluss eines Vertrages hinsichtlich des gegenständlichen Beschaffungsvorhabens unter Beweis gestellt. Ihr droht durch ihr Ausscheiden und in weiterer Folge eine Zuschlagserteilung an Mitbewerber ein Schaden in Form des

Verlustes des Auftrages und in Form der Frustration der Kosten der damit in Zusammenhang stehenden Vorbereitungsarbeiten zu entstehen. Unter Berücksichtigung dieser Bestimmung kommt der zur Entscheidung berufene Senat des BVwG zum Ergebnis, dass das BVwG zur Entscheidung in der gegenständlichen Angelegenheit zuständig ist, zumal im Vergabeverfahren bislang weder der Zuschlag erteilt wurde, noch das Vergabeverfahren widerrufen wurde. Unter Berücksichtigung des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG handelt es sich bei der angefochtenen Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Die Antragstellerin hat durch die Abgabe eines Angebotes im Vergabeverfahren und durch die Stellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages ihr Interesse am Abschluss eines Vertrages hinsichtlich des gegenständlichen Beschaffungsvorhabens unter Beweis gestellt. Ihr droht durch ihr Ausscheiden und in weiterer Folge eine Zuschlagserteilung an Mitbewerber ein Schaden in Form des Verlustes des Auftrages und in Form der Frustration der Kosten der damit in Zusammenhang stehenden Vorbereitungsarbeiten zu entstehen.

Der Nachprüfungsantrag vom 01.02.2016 erfüllt auch alle Voraussetzungen des § 322 BVergG. Insbesondere wurde die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag in Höhe von EUR 2.052.-- rechtskonform entrichtet und der Nachprüfungsantrag unter Berücksichtigung von § 321 Abs. 1 BVergG auch rechtzeitig eingebracht. Der Nachprüfungsantrag vom 01.02.2016 erfüllt auch alle Voraussetzungen des Paragraph 322, BVergG. Insbesondere wurde die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag in Höhe von EUR 2.052.-- rechtskonform entrichtet und der Nachprüfungsantrag unter Berücksichtigung von Paragraph 321, Absatz eins, BVergG auch rechtzeitig eingebracht.

3.2. Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das BVwG durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. 3.2. Gemäß Paragraph 6, BVwGG entscheidet das BVwG durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 292 Abs 1 BVergG ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Nur einstweilige Verfügungen und verfahrensleitende Beschlüsse sind davon ausgenommen. In der verfahrensgegenständlichen Angelegenheit handelt es sich um einen Antrag auf Nichtigerklärung einer Entscheidung auf Ausscheiden eines Angebotes in einem Verfahren im Bereich der Auftragsvergabe, der gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit. f B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt. Die Entscheidung ist daher durch einen Senat des BVwG zu treffen. Der Senat besteht gemäß § 292 Abs 2 BVergG aus einem Mitglied als Vorsitzendem und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern müssen jeweils einer aus dem Kreis der Auftraggeber und der Andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören. Die Angelegenheit wurde gemäß der Geschäftsverteilung des BVwG der Gerichtsabteilung W114 zur Erledigung zugewiesen. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Nur einstweilige Verfügungen und verfahrensleitende Beschlüsse sind davon ausgenommen. In der verfahrensgegenständlichen Angelegenheit handelt es sich um einen Antrag auf Nichtigerklärung einer Entscheidung auf Ausscheiden eines Angebotes in einem Verfahren im Bereich der Auftragsvergabe, der gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera f, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt. Die Entscheidung ist daher durch einen Senat des BVwG zu treffen. Der Senat besteht gemäß Paragraph 292, Absatz 2, BVergG aus einem Mitglied als Vorsitzendem und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern müssen jeweils einer aus dem Kreis der Auftraggeber und der Andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören. Die Angelegenheit wurde gemäß der Geschäftsverteilung des BVwG der Gerichtsabteilung W114 zur Erledigung zugewiesen.

3.3. Gemäß § 28 Abs 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. 3.3. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

3.4. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2013/122, geregelt (§ 1 VwGVG). Gemäß § 58 Abs 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. 3.4. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl römisch eins 2013/122, geregelt (Paragraph eins, VwGVG). Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem, dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren, angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, Bundesgesetzblatt 194 aus 1961,, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, Bundesgesetzblatt 173 aus 1950,, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt 29 aus 1984,, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem, dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren, angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 311 BVergG sind in Verfahren vor dem BVwG neben dem BVergG die Bestimmungen des VwGVG und des AVG anzuwenden. Gemäß Paragraph 311, BVergG sind in Verfahren vor dem BVwG neben dem BVergG die Bestimmungen des VwGVG und des AVG anzuwenden.

3.5. Zu Spruchpunkt I:

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem im BVergG vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sind Vergabeverfahren nach einem im BVergG vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen.

§ 129 Abs. 1 Z 8 BVergG haben die Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bieter auszuscheiden, die mit anderen Unternehmern für die Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG haben die Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bieter auszuscheiden, die mit anderen Unternehmern für die Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben.

Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen waren in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH (EuGH vom 19.05.2009, Rs C-538-07, Assitur Srl. oder EuGH vom 23.12.2009, Rs. C-376/08, Serraton Srl.) Mehrfachbeteiligungen einzelner Unternehmer an mehreren Angeboten zulässig (vgl dazu Hauck/Oder in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4(2015) Rz 209 ff). Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen waren in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH (EuGH vom 19.05.2009, Rs C-538-07, Assitur Srl. oder EuGH vom 23.12.2009, Rs. C-376/08, Serraton Srl.) Mehrfachbeteiligungen einzelner Unternehmer an mehreren Angeboten zulässig vergleiche dazu Hauck/Oder in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4(2015) Rz 209 ff).

Diese prinzipielle Zulässigkeit findet jedoch ihre Grenzen an den Binnenmarktfreiheiten und den damit verbundenen Grundsätzen des Vergabeverfahrens, wie sie in § 19 Abs. 1 BVergG festgelegt sind (vgl. dazu Hauck/Oder in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4(2015) Rz 209 ff). Diese prinzipielle Zulässigkeit findet jedoch ihre Grenzen an den Binnenmarktfreiheiten und den damit verbundenen Grundsätzen des Vergabeverfahrens, wie sie in Paragraph 19, Absatz eins, BVergG festgelegt sind vergleiche dazu Hauck/Oder in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4(2015) Rz 209 ff).

Dadurch, dass die ASt das Angebot von XXXX infolge einer gemeinsamen engen Zusammenarbeit bei der Erbringung der ausgeschriebenen Dienstleistungen in vergangenen Jahren und durch die auch von XXXX in ihrem eigenen Angebot akzeptierte Projektleitung durch einen Mitarbeiter der ASt maßgeblich beeinflusst hat bzw. zumindest beeinflussen konnte, liegt nach Auffassung des zur Entscheidung berufenen Senates unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH (EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, Brücke über den Störebelt oder EuGH vom

19.05.2009, Rs C-538-07, Assitur Srl. oder EuGH vom 23.12.2009, Rs. C-376/08, Serratoni Srl.) und des VwGH (VwGH vom 18.06.2012, 2010/04/0011 oder VwGH vom 31.01.2013, 2010/04/0070) bei einer gleichzeitig einander konkurrenzierenden Angebotslegung durch die Antragstellerin und XXXX zumindest eine mögliche Beeinflussung des lautereren und fairen Wettbewerbes vor. Ob tatsächlich die Angebotserstellung von XXXX durch die Antragstellerin oder die Angebotserstellung der Antragstellerin durch XXXX maßgeblich beeinflusst wurde, kann vom Bundesverwaltungsgericht zweifelsfrei im Rahmen des Vergabekontrollverfahrens nicht festgestellt werden, zumal es dafür einer Angebotslegung durch die Antragstellerin und von XXXX ohne Vorliegen des festgestellten Abhängigkeitsverhältnisses bedürfte. Dadurch, dass die AST das Angebot von römisch 40 infolge einer gemeinsamen engen Zusammenarbeit bei der Erbringung der ausgeschriebenen Dienstleistungen in vergangenen Jahren und durch die auch von römisch 40 in ihrem eigenen Angebot akzeptierte Projektleitung durch einen Mitarbeiter der AST maßgeblich beeinflusst hat bzw. zumindest beeinflussen konnte, liegt nach Auffassung des zur Entscheidung berufenen Senates unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH (EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, Brücke über den Störebelt oder EuGH vom 19.05.2009, Rs C-538-07, Assitur Srl. oder EuGH vom 23.12.2009, Rs. C-376/08, Serratoni Srl.) und des VwGH (VwGH vom 18.06.2012, 2010/04/0011 oder VwGH vom 31.01.2013, 2010/04/0070) bei einer gleichzeitig einander konkurrenzierenden Angebotslegung durch die Antragstellerin und römisch 40 zumindest eine mögliche Beeinflussung des lautereren und fairen Wettbewerbes vor. Ob tatsächlich die Angebotserstellung von römisch 40 durch die Antragstellerin oder die Angebotserstellung der Antragstellerin durch römisch 40 maßgeblich beeinflusst wurde, kann vom Bundesverwaltungsgericht zweifelsfrei im Rahmen des Vergabekontrollverfahrens nicht festgestellt werden, zumal es dafür einer Angebotslegung durch die Antragstellerin und von römisch 40 ohne Vorliegen des festgestellten Abhängigkeitsverhältnisses bedürfte.

Die Ausschreibungsbedingungen sehen diesbezüglich vor, dass die diesbezügliche Nachweispflicht hinsichtlich der Nichtbeeinflussung vom jeweiligen Bieter zu erbringen ist.

Die Auftraggeber haben sowohl der Antragstellerin als auch XXXX unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Rechtsprechung des VwGH und des EuGH (VwGH vom 21.03.2011, 2008/04/0083 oder VwGH vom 18.06.2012, 2010/04/0011; EuGH vom 19.05.2009, Rs C-538-07, Assitur Srl. oder EuGH vom 23.12.2009, Rs. C-376/08, Serratoni Srl.) die Möglichkeit geboten, darzulegen, dass das jeweilige andere Unternehmen tatsächlich keine Kenntnis über den Inhalt des jeweils anderen Angebotes hatte und die Preisgestaltung des jeweils anderen Angebotes tatsächlich nicht beeinflussen konnte. Die Auftraggeber haben sowohl der Antragstellerin als auch römisch 40 unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Rechtsprechung des VwGH und des EuGH (VwGH vom 21.03.2011, 2008/04/0083 oder VwGH vom 18.06.2012, 2010/04/0011; EuGH vom 19.05.2009, Rs C-538-07, Assitur Srl. oder EuGH vom 23.12.2009, Rs. C-376/08, Serratoni Srl.) die Möglichkeit geboten, darzulegen, dass das jeweilige andere Unternehmen tatsächlich keine Kenntnis über den Inhalt des jeweils anderen Angebotes hatte und die Preisgestaltung des jeweils anderen Angebotes tatsächlich nicht beeinflussen konnte.

Dieser - in den Ausschreibungsunterlagen bestandsfest festgelegt - dem jeweiligen Bieter auferlegten Nachweispflicht hat die Antragstellerin in ihrer Aufklärung vom 22.12.2015 versucht nachzukommen. Der entsprechende Nachweis gelang der Antragstellerin jedoch nicht. Die Auftraggeber kamen - für das Bundesverwaltungsgericht nachvollziehbar - zur Auffassung, dass ein den Wettbewerb beeinflussendes Abhängigkeitsverhältnis zwischen XXXX und der Antragstellerin vorliegt. Dafür ausschlaggebend waren insbesondere der Inhalt und die Aufbereitung der Angebote der AST und von XXXX sowie die gemeinsame Angebotsübermittlung durch die Antragstellerin. Auch die Preisgestaltungen der beiden Angebote, die auch bei Detailpreisen eine auffällige Differenz in der Höhe von ca. 2 % aufweist, untermauern nachvollziehbar diese Annahme. Auch die Tatsache dass in beiden Angeboten ein und dieselbe Person als Projektleiter bestimmt ist, spricht gegen die Annahme, dass die beiden Angebote so unabhängig voneinander erstellt wurden, dass es dabei zu keiner den Wettbewerb beeinflussenden Angebotslegung durch die beiden Bieter gekommen sein könnte. Dieser - in den Ausschreibungsunterlagen bestandsfest festgelegt - dem jeweiligen Bieter auferlegten Nachweispflicht hat die Antragstellerin in ihrer Aufklärung vom 22.12.2015 versucht nachzukommen. Der entsprechende Nachweis gelang der Antragstellerin jedoch nicht. Die Auftraggeber kamen - für das Bundesverwaltungsgericht nachvollziehbar - zur Auffassung, dass ein den Wettbewerb beeinflussendes Abhängigkeitsverhältnis zwischen römisch 40 und der Antragstellerin vorliegt. Dafür ausschlaggebend waren insbesondere der Inhalt und die Aufbereitung der Angebote der AST und von römisch 40 sowie die gemeinsame Angebotsübermittlung durch die Antragstellerin. Auch die Preisgestaltungen der beiden Angebote, die auch bei

Detailpreisen eine auffällige Differenz in der Höhe von ca. 2 % aufweist, untermauern nachvollziehbar diese Annahme. Auch die Tatsache dass in beiden Angeboten ein und dieselbe Person als Projektleiter bestimmt ist, spricht gegen die Annahme, dass die beiden Angebote so unabhängig voneinander erstellt wurden, dass es dabei zu keiner den Wettbewerb beeinflussenden Angebotslegung durch die beiden Bieter gekommen sein könnte.

Auch im Zuge des vor dem Bundesverwaltungsgericht durchgeführten Vergabekontrollverfahren und insbesondere in der durchgeführten mündlichen Verhandlung vermochte die Antragstellerin nicht zu überzeugen, dass kein den Wettbewerb beeinflussendes Abhängigkeitsverhältnis zwischen der Antragstellerin und XXXX vorliegt. Auch im Zuge des vor dem Bundesverwaltungsgericht durchgeführten Vergabekontrollverfahren und insbesondere in der durchgeführten mündlichen Verhandlung vermochte die Antragstellerin nicht zu überzeugen, dass kein den Wettbewerb beeinflussendes Abhängigkeitsverhältnis zwischen der Antragstellerin und römisch 40 vorliegt.

Gemäß den Ausschreibungsbedingungen sollte bei jedem der vier ausgeschriebenen Lose immer ein anderer Bieter den Zuschlag erhalten. Dadurch, dass zwischen der Antragstellerin und XXXX in der gegenständlichen Angelegenheit ein derart enges Abhängigkeitsverhältnis besteht, würde es, ohne dem von den Auftraggebern vorgenommenen Ausscheiden der Angebote der ASt und von XXXX - unter der Projektleitung eines Mitarbeiters der ASt - dazu kommen, dass diese beiden Unternehmen nicht nur bei einem, sondern bei zwei Losen der ausgeschriebenen Dienstleistung zum Zug kommen würden. Bereits darin lässt sich deutlich die Verzerrung des Wettbewerbes erkennen. Gemäß den Ausschreibungsbedingungen sollte bei jedem der vier ausgeschriebenen Lose immer ein anderer Bieter den Zuschlag erhalten. Dadurch, dass zwischen der Antragstellerin und römisch 40 in der gegenständlichen Angelegenheit ein derart enges Abhängigkeitsverhältnis besteht, würde es, ohne dem von den Auftraggebern vorgenommenen Ausscheiden der Angebote der ASt und von römisch 40 - unter der Projektleitung eines Mitarbeiters der ASt - dazu kommen, dass diese beiden Unternehmen nicht nur bei einem, sondern bei zwei Losen der ausgeschriebenen Dienstleistung zum Zug kommen würden. Bereits darin lässt sich deutlich die Verzerrung des Wettbewerbes erkennen.

Würde man in der gegenständlichen Angelegenheit eine derartige Angebotskonstellation zulassen, könnte das im Extremfall bedeuten, dass sich alle potentiellen Bieter als Subunternehmer eines Bieters um den Auftrag bemühen könnten und durch ihre Markt- bzw. Angebotsmacht einem Auftraggeber jeden ihnen genehmen Angebotspreis aufoktroyieren könnten.

Zusammenfassend kommt daher der zur Entscheidung berufene Senat des Bundesverwaltungsgerichtes in der gegenständlichen Angelegenheit zum Ergebnis, dass die Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren unter Hinweis auf § 19 Abs. 1 sowie Zusammenfassend kommt daher der zur Entscheidung berufene Senat des Bundesverwaltungsgerichtes in der gegenständlichen Angelegenheit zum Ergebnis, dass die Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren unter Hinweis auf Paragraph 19, Absatz eins, sowie

§ 129 Abs. 1 Z 8 BVergG von den Auftraggebern vergaberechtskonform ausgeschieden wurde. Durch ihr Abhängigkeitsverhältnis, das einerseits aus einer engen Zusammenarbeit in vergangenen Jahren herrührt, und insbesondere in der Projektleitung in beiden Angeboten durch einen Mitarbeiter der ASt gipfelt, liegt bei der von der Antragstellerin und XXXX gewählten Angebotslegung durch die Antragstellerin und XXXX ein Verstoß gegen den freien und lauten Wettbewerb iSd § 19 Abs. 1 BVergG vor, der dazu führt, dass unter Berücksichtigung von § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG beide Angebote im anhängigen Vergabeverfahren vergaberechtskonform ausgeschieden wurden. Es gelang der Antragstellerin in ihrer Aufklärung vom 22.12.2015 auch nicht - wie in den Ausschreibungsunterlagen bestandsfest festgelegt worden ist - nachzuweisen, dass die beiden Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden sind. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG von den Auftraggebern vergaberechtskonform ausgeschieden wurde. Durch ihr Abhängigkeitsverhältnis, das einerseits aus einer engen Zusammenarbeit in vergangenen Jahren herrührt, und insbesondere in der Projektleitung in beiden Angeboten durch einen Mitarbeiter der ASt gipfelt, liegt bei der von der Antragstellerin und römisch 40 gewählten Angebotslegung durch die Antragstellerin und römisch 40 ein Verstoß gegen den freien und lauten Wettbewerb iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG vor, der dazu führt, dass unter Berücksichtigung von Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG beide Angebote im anhängigen Vergabeverfahren vergaberechtskonform ausgeschieden wurden. Es gelang der Antragstellerin in ihrer Aufklärung vom 22.12.2015 auch nicht - wie in den Ausschreibungsunterlagen bestandsfest festgelegt worden ist - nachzuweisen, dass die beiden Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden sind.

Für die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung vom 22.01.2016 reicht es aus, wenn die Antragstellerin bloß

einen einzigen Ausscheidungsgrund verwirklicht hat (vgl. VwGH vom 28.05.2008, 2007/04/0232). Daher war auf das weitere Vorbringen hinsichtlich des von den Auftraggebern geltend gemachten Ausscheidungsgrund gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG nicht weiter einzugehen. Für die Rechtmäßigkeit der Ausscheidungsentscheidung vom 22.01.2016 reicht es aus, wenn die Antragstellerin bloß einen einzigen Ausscheidungsgrund verwirklicht hat (vergleiche VwGH vom 28.05.2008, 2007/04/0232). Daher war auf das weitere Vorbringen hinsichtlich des von den Auftraggebern geltend gemachten Ausscheidungsgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG nicht weiter einzugehen.

3.6. Zu Spruchpunkt II.3.6. Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

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

Die Antragstellerin hat mit ihrem Begehren nicht obsiegt.

Sie hat im Vergabekontrollverfahren, offensichtlich ausgehend davon, dass bei der Berechnung der zu entrichtenden Pauschalgebühr von einer Anwendbarkeit des § 12 Abs. 1 Z 1 BVergG iVm §§ 1 und 2 Abs. 1 BVwG-PauschGebV auszugehen ist, einen Betrag in Höhe von EUR XXXX.-- entrichtet. Tatsächlich gelangt in der gegenständlichen Angelegenheit jedoch nicht § 12 Abs. 1 Z 1 BVergG sondern § 12 Abs. 1 Z 2 leg. cit. zur Anwendung, da es sich bei den Auftraggebern nicht ausschließlich um in Anhang V genannte zentrale öffentliche Auftraggeber handelt und die Länder in dieser Aufzählung nicht genannt sind. Darüber hinaus liegt der von den Auftraggebern im Vergabeverfahren geschätzte Auftragswert unter dem Zehnfachen des in § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG angeführten Betrages, wonach die Regelung des § 2 Abs. 1 BVwG-PauschGebV ebenfalls nicht greift und für den Nachprüfungsantrag von der Antragstellerin anstelle der einbezahlten EUR XXXX.-- gemäß § 1 BVwG-PauschGebV lediglich EUR 2.052.-- zu entrichten waren. Sie hat im Vergabekontrollverfahren, offensichtlich ausgehend davon, dass bei der Berechnung der zu entrichtenden Pauschalgebühr von einer Anwendbarkeit des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Paragraphen eins und 2 Absatz eins, BVwG-PauschGebV auszugehen ist, einen Betrag in Höhe von EUR römisch 40 .-- entrichtet. Tatsächlich gelangt in der gegenständlichen Angelegenheit jedoch nicht Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG sondern Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, leg. cit. zur Anwendung, da es sich bei den Auftraggebern nicht ausschließlich um in Anhang römisch fünf genannte zentrale öffentliche Auftraggeber handelt und die Länder in dieser Aufzählung nicht genannt sind. Darüber hinaus liegt der von den Auftraggebern im Vergabeverfahren geschätzte Auftragswert unter dem Zehnfachen des in Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG angeführten Betrages, wonach die Regelung des Paragraph 2, Absatz eins, BVwG-PauschGebV ebenfalls nicht greift und für den Nachprüfungsantrag von der Antragstellerin anstelle der einbezahlten EUR römisch 40 .-- gemäß Paragraph eins, BVwG-PauschGebV lediglich EUR 2.052.-- zu entrichten waren.

Das Bundesverwaltungsgericht weist darauf hin, dass unter Hinweis auf § 318 Abs. 1 Abs. 7 letzter Satz BVergG die Zahlstelle das BVwG bereits angewiesen wurde, den Mehrbetrag in Höhe von EUR XXXX.-- an die Antragstellerin zu Händen deren Rechtsvertretung zurückzuüberweisen. Daher war auch das Kostenersatzbegehren betreffend des Betrages in Höhe von EUR XXXX.-- abzuweisen. Das Bundesverwaltungsgericht weist darauf hin, dass unter Hinweis auf Paragraph 318, Absatz eins, Absatz 7, letzter Satz BVergG die Zahlstelle das BVwG bereits angewiesen wurde, den Mehrbetrag in Höhe von EUR römisch 40 .-- an die Antragstellerin zu Händen deren Rechtsvertretung zurückzuüberweisen. Daher war auch das Kostenersatzbegehren betreffend des Betrages in Höhe von EUR römisch 40 .-- abzuweisen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG 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 Verwaltungsgerichtshofes (siehe dazu die im Erkenntnis wiedergegebene Rechtsprechung des

VwGH) ab; noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG 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 Verwaltungsgerichtshofes (siehe dazu die im Erkenntnis wiedergegebene Rechtsprechung des VwGH) ab; noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Abhängigkeitsverhältnis, Ausscheiden eines Angebotes,
Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Dienstleistungsauftrag,
fairer Wettbewerb, Kalkulation, Nachprüfungsantrag,
Nachprüfungsverfahren, Nachweismangel, Nichtigerklärung
Auftraggeberentscheidung, öffentlicher Auftraggeber,
Pauschalgebührenersatz, Preisabsprache, Vergabeverfahren,
Wettbewerbsrelevanz

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W114.2120454.1.00

Zuletzt aktualisiert am

17.03.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at