

TE Bvwg Beschluss 2015/7/3 W138 2109261-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.07.2015

Entscheidungsdatum

03.07.2015

Norm

BVergG 2006 §174

BVergG 2006 §192 Abs5

BVergG 2006 §2 Z16 lita

BVergG 2006 §269

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §326

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §6

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 174 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 192 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 192 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

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

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

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

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

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

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 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 § 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. 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 § 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 § 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

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Einzelrichter im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Koralmbahn Graz - Klagenfurt Koralmtunnel (km 40.800 bis 73.800) Planung Lüftung / Kühlung Koralmtunnel G 16954 AVA-ID 34139" der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Praterstern 3, 1020 Wien, vertreten durch Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH, Vienna Twin Tower - Turm B, 20. Obergeschoss, Wienerbergstraße 11, 1100 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX , vertreten durch Dr. Claus Hofmann, Rechtsanwalt, Wattmanngasse 8, 1130 Wien, vom 25.06.2015: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Einzelrichter im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Koralmbahn Graz - Klagenfurt Koralmtunnel (km 40.800 bis 73.800) Planung Lüftung / Kühlung Koralmtunnel G 16954 AVA-ID 34139" der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Praterstern 3, 1020 Wien, vertreten durch Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH, Vienna Twin Tower - Turm B, 20. Obergeschoss, Wienerbergstraße 11, 1100 Wien, aufgrund des Antrages der römisch 40 , vertreten durch Dr. Claus Hofmann, Rechtsanwalt, Wattmanngasse 8, 1130 Wien, vom 25.06.2015:

"a) Das Bundesverwaltungsgericht möge unverzüglich zu dem im Abschnitt I. dieser Eingabe näher bezeichneten Vergabeverfahrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens eine einstweilige Verfügung erlassen, in welcher der Auftraggeberin untersagt wird, einem anderen Mitbieter dieses Vergabeverfahrens den Zuschlag zu erteilen", "a) Das Bundesverwaltungsgericht möge unverzüglich zu dem im Abschnitt römisch eins. dieser Eingabe näher bezeichneten Vergabeverfahrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens eine einstweilige Verfügung erlassen, in welcher der Auftraggeberin untersagt wird, einem anderen Mitbieter dieses Vergabeverfahrens den Zuschlag zu erteilen",

in der modifizierten Fassung vom 30.06.2015:

a) Das Bundesverwaltungsgericht möge unverzüglich das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren der Auftraggeberin mit der Bezeichnung "Koralmbahn Graz - Klagenfurt Koralmtunnel (km 40,800 bis 73.800) Planung Lüftung / Kühlung Koralmtunnel G 16954 AVA-ID 34139" bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nachprüfungsanträge der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Ausscheidung der Antragstellerin und auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin in Stufe 2, Phase 2 des gegenständlichen Vergabeverfahrens, nämlich der Phase der Prüfung der Preisangebote eine Anpassung bzw. Überarbeitung der Qualitätsangebote (Stufe 2, Phase 1) anderer Bieter zuzulassen bzw. diese dazu aufzufordern, unterbrechen

in eventu

b) Das Bundesverwaltungsgericht möge unverzüglich das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren der Auftraggeberin mit der Bezeichnung "Koralmbahn Graz - Klagenfurt Koralmtunnel (km 40,800 bis 73.800) Planung Lüftung/Kühlung Koralmtunnel G 16954 AVA-ID 34139" bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Ausscheidung der Antragstellerin unterbrechen.

In eventu

c) Das Bundesverwaltungsgericht möge unverzüglich hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens der Auftraggeberin mit der Bezeichnung "Koralmbahn Graz - Klagenfurt Koralmtunnel (km 40,800 bis 73.800) Planung Lüftung/Kühlung Koralmtunnel G 16954 AVA-ID 34139" die nächste Verhandlungsrunde insbesondere das Hearing am 02.07.2015 bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgericht über die Nachprüfungsanträge der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Ausscheidung der Antragstellerin und auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin, in Stufe 2, Phase 2 des gegenständlichen Vergabeverfahrens, nämlich der Phase der Prüfung der Preisangebote eine Anpassung bzw. Überarbeitung der Qualitätsangebote (Stufe 2, Phase 1) anderer Bieter zuzulassen bzw. diese dazu aufzufordern, aussetzen.

In eventu

d) Das Bundesverwaltungsgericht möge unverzüglich hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens der Auftraggeberin mit der Bezeichnung "Koralmbahn Graz - Klagenfurt Koralmtunnel (km 40,800 bis 73.800) Planung Lüftung/Kühlung Koralmtunnel G 16954 AVA-ID 34139" die nächste Verhandlungsrunde insbesondere das Hearing am 02.07.2015 bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Nachprüfungsantrag der

Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Ausscheidung der Antragstellerin aussetzen."

wie folgt beschlossen:

A)

Der Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren "Koralmbahn Graz - Klagenfurt Koralmtunnel (km 40,800 bis 73.800) Planung Lüftung/Kühlung Koralmtunnel G 16954 AVA-ID 34139" wird gem. § 328 Abs. 1 BVergG für die Dauer des beim Bundesverwaltungsgericht zu W138 2109261-2 geführten Nachprüfungsverfahrens angeordnet, die nächste Verhandlungsrunde insbesondere das Hearing vom 02.07.2015 bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über die Nachprüfungsanträge der Antragstellerin auf Der Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren "Koralmbahn Graz - Klagenfurt Koralmtunnel (km 40,800 bis 73.800) Planung Lüftung/Kühlung Koralmtunnel G 16954 AVA-ID 34139" wird gem. Paragraph 328, Absatz eins, BVergG für die Dauer des beim Bundesverwaltungsgericht zu W138 2109261-2 geführten Nachprüfungsverfahrens angeordnet, die nächste Verhandlungsrunde insbesondere das Hearing vom 02.07.2015 bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über die Nachprüfungsanträge der Antragstellerin auf

Nichtigerklärung der Ausscheidung der Antragstellerin und auf

Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin in Stufe 2, Phase 2 des gegenständlichen Vergabeverfahrens nämlich der Phase der Prüfung der Preisangebote eine Anpassung bzw. Überarbeitung der Qualitätsangebote (Stufe 2, Phase 1) anderer Bieter zuzulassen bzw. diese dazu aufzufordern, auszusetzen.

Das darüber hinausgehende Begehren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung der Antragstellerin im Vergabekontrollverfahren wird gem. § 329 Abs. 3 BVergG abgewiesen. Das darüber hinausgehende Begehren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung der Antragstellerin im Vergabekontrollverfahren wird gem. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 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

BEGRÜNDUNG:

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

Mit Schriftsatz vom 25.06.2015, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt beehrte die XXXX (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch Dr. Claus Hofmann, Rechtsanwalt, Wattmannsgasse 8, 1130 Wien, die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin vom gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschneiden, die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin einem anderen am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter den Zuschlag zu erteilen und insbesondere die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin in Stufe 2, Phase 2, des gegenständlichen Vergabeverfahrens, nämlich der Phase der Prüfung der Preisangebote eine Anpassung bzw. Überarbeitung der Qualitätsangebote (Stufe 2, Phase 1) anderer Bieter zuzulassen bzw. diese dazu aufzufordern und die Erlassung der im Spruch ersichtlichen einstweiligen Verfügung. Diesbezüglich wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die ÖBB Infrastruktur AG, GB Projekte neu - Ausbau Praterstern 3, 1020 Wien (im folgenden Auftraggeberin) das gegenständliche Verfahren in Ausschreibungsunterlagen mit "Koralmbahn Graz - Klagenfurt Koralmtunnel (km 40,800 bis 73.800) Planung Lüftung / Kühlung Koralmtunnel G 16954 AVA-ID 34139" bezeichnet habe. Die Auftragsvergabe der Dienstleistung erfolge nach den Bestimmungen des BVergG für den Oberschwellenbereich. Die Auftraggeberin sei für die zu vergebende Dienstleistung Sektorenauftraggeberin. Durchgeführt werde somit ein Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich. Angefochten werde die von der Auftraggeberin mittels E-Mail vom 15.06.2015 an die Antragstellerin bekanntgegebenen Entscheidung, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werde. Diesbezüglich handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Angefochten werde außerdem die Zuschlagserteilung über das ausgeschriebene Projekt. Die Anfechtung der Zuschlagserteilung sei bereits vor erfolgter Zuschlagserteilung zulässig, da aufgrund eines fehlgeleiteten E-Mails belegt sei, dass die Vergabe ausschreibungswidrig und entgegen den Vorgaben des Bundesvergabegesetzes durchgeführt worden sei. Angefochten werde ebenso die

Entscheidung der Auftraggeberin in Stufe 2, Phase 2, des Vergabeverfahrens, somit der Phase des Verfahrens, in dem die Preisangebote des Verfahrens zu prüfen seien, eine Überarbeitung der Qualitätsangebote der Stufe 2, Phase 1, welche abschließend in dieser Phase zu beurteilen wären, zuzulassen bzw. zu einer solchen Adaptierung bzw. Überarbeitung aufzufordern. Auch diese Entscheidung wäre selbstständig anfechtbar. Mit Schriftsatz vom 25.06.2015, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt beehrte die römisch 40 (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch Dr. Claus Hofmann, Rechtsanwalt, Wattmannngasse 8, 1130 Wien, die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin vom gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschneiden, die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin einem anderen am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter den Zuschlag zu erteilen und insbesondere die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin in Stufe 2, Phase 2, des gegenständlichen Vergabeverfahrens, nämlich der Phase der Prüfung der Preisangebote eine Anpassung bzw. Überarbeitung der Qualitätsangebote (Stufe 2, Phase 1) anderer Bieter zuzulassen bzw. diese dazu aufzufordern und die Erlassung der im Spruch ersichtlichen einstweiligen Verfügung. Diesbezüglich wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die ÖBB Infrastruktur AG, GB Projekte neu - Ausbau Praterstern 3, 1020 Wien (im folgenden Auftraggeberin) das gegenständliche Verfahren in Ausschreibungsunterlagen mit "Koralmbahn Graz - Klagenfurt Koralmtunnel (km 40,800 bis 73.800) Planung Lüftung / Kühlung Koralmtunnel G 16954 AVA-ID 34139" bezeichnet habe. Die Auftragsvergabe der Dienstleistung erfolge nach den Bestimmungen des BVergG für den Oberschwellenbereich. Die Auftraggeberin sei für die zu vergebende Dienstleistung Sektorenauftraggeberin. Durchgeführt werde somit ein Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich. Angefochten werde die von der Auftraggeberin mittels E-Mail vom 15.06.2015 an die Antragstellerin bekanntgegebenen Entscheidung, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werde. Diesbezüglich handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Angefochten werde außerdem die Zuschlagserteilung über das ausgeschriebene Projekt. Die Anfechtung der Zuschlagserteilung sei bereits vor erfolgter Zuschlagserteilung zulässig, da aufgrund eines fehlgeleiteten E-Mails belegt sei, dass die Vergabe ausschreibungswidrig und entgegen den Vorgaben des Bundesvergabegesetzes durchgeführt worden sei. Angefochten werde ebenso die Entscheidung der Auftraggeberin in Stufe 2, Phase 2, des Vergabeverfahrens, somit der Phase des Verfahrens, in dem die Preisangebote des Verfahrens zu prüfen seien, eine Überarbeitung der Qualitätsangebote der Stufe 2, Phase 1, welche abschließend in dieser Phase zu beurteilen wären, zuzulassen bzw. zu einer solchen Adaptierung bzw. Überarbeitung aufzufordern. Auch diese Entscheidung wäre selbstständig anfechtbar.

Bei der Antragstellerin handle es sich um ein erfahrenes Ingenieur- und Planungsunternehmen mit den Schwerpunkten Tunnelbau, Planung, Tunnelsicherheit, Entlüftung von Tunnels und Brandschutz. Die Auftraggeberin habe der Antragstellerin einen Zugangscode für die Plattform "AVA-online" zur Verfügung gestellt. Auf dieser Plattform habe die Auftraggeberin in regelmäßigen Abständen Ausschreibungen veröffentlicht. Die Ausschreibungsunterlagen würden in Punkt 6.1. festhalten, dass sämtliche Anfragen und Informationsübermittlungen an die Auftraggeberin ausschließlich über die AVA-Onlineplattform durchzuführen seien. Die Identifizierung der Wettbewerbsteilnehmer erfolge mittels elektronischer Signatur.

Die Auftraggeberin habe das Vergabeverfahren in zwei Stufen gegliedert, wobei die zweite Stufe wieder in zwei strikte getrennte separate Abschnitte gegliedert sei. In der ersten Stufe hätten die Wettbewerbsteilnehmer einen Teilnahmeantrag samt Beilagen bis zu einem Stichtag abzugeben. In Stufe 2 seien zunächst von der Auftraggeberin innerhalb einer bestimmten Frist die Unterlagen für die Erstellung des Angebotes an die eingeladenen Bieter zu versenden. In einem weiteren Schritt hätten die Teilnehmer der Ausschreibung gem. Punkt 11.2.1.2 (Seite 6) der Ausschreibungsunterlagen innerhalb einer bestimmten Frist auf Basis der versendeten Ausschreibungsunterlagen getrennt ein Qualitätsangebot und ein Preisangebot zu legen, welche ausschließlich elektronisch auf der Plattform AVA-Online einzureichen seien. Weiters habe die Auftraggeberin festgelegt, dass das Qualitäts- und Preisangebot getrennt voneinander unter Verwendung der beigegebenen Unterlagen zu erstellen sei. Die Personaleinsatzpläne seien Teil der Qualitätsangebote. Die von der Auftraggeberin beigegebenen Unterlagen seien formatierte Dokumente gewesen, welche die Bieter zu ergänzen hätten. Nach Öffnung der Qualitätsangebote erfolge eine sachliche Prüfung hinsichtlich der Vollständigkeit der Unterlagen. Hinsichtlich der Prüfung der Personaleinsatzpläne im Qualitätsangebot sei festgehalten, dass von der ausschreibenden Stelle eine Prüfung der dem Qualitätsangebot beigegebenen Personaleinsatzpläne und ein Vergleich des angebotenen Personaleinsatzes der einzelnen Bieter untereinander erfolgen würde. Für den Fall der Abweichung werde vorgehesehen, dass, um die Vergleichbarkeit wieder herzustellen, bei großen Abweichungen der Einsatzzeiten in den Angeboten der Bieter untereinander ein

Mindestpersonaleinsatzplan vorgegeben werde. Im Anschluss an die Prüfung der Qualitätsangebote habe ein Hearing stattzufinden. Strikt getrennt von der Prüfung der Qualitätsangebote in Stufe 2, Phase 1, habe nach den Ausschreibungsunterlagen in Stufe 2, Phase 2 die Öffnung der Prüfung der Preisangebote stattzufinden. Hinsichtlich der Öffnung der Preisangebote wurde vorgesehen, dass die Öffnung des Preisteiles dann möglich sei, wenn der Qualitätsteil bewertet und zuvor die Punkteanzahl der Qualitätsbewertung auf der Plattform AVA-Online eingetragen und eingefroren wäre. Nach den Ausschreibungsbedingungen der Auftraggeberin sei daher eine Prüfung des Preisangebotes vor der abschließenden Prüfung des Qualitätsangebotes definitiv unzulässig.

Die Antragstellerin habe am 02.06.2015 im Einklang mit den Ausschreibungsbedingungen zwei separate Angebote, ein Qualitätsangebot und ein getrenntes Preisangebot erstellt. Die Übermittlung der Angebote habe nach den Vorgaben durch die Auftraggeberin nach dem online Ausfüllen eines Formulars als letzter Schritt durch einen Upload auf der AVA-Onlineplattform durchgeführt werden müssen. Der Benutzer sei auf der AVA-Onlineplattform nicht darüber aufgeklärt worden, noch gab es einen Hinweis bei dem letzten Schritt (Upload der Angebote), dass das Qualitätsangebot zuerst und erst danach das Preisangebot per Upload hochgeladen werden solle. Aufgrund dieser missverständlichen Angaben habe die Antragstellerin zwei separate Dokumente, nämlich das ausdrücklich als Qualitätsangebot bezeichnete Qualitätsangebot und das ausdrücklich als Preisangebot bezeichnete Preisangebot in einem Uploadvorgang hochgeladen. Es sei daher ohne Öffnung der beiden Angebote ersichtlich gewesen, dass es sich beim Qualitätsangebot um ein Qualitätsangebot und beim Preisangebot um Preisangebot handle. Zusätzlich sei bei Öffnung der Dokumente das Qualitätsangebot am Deckblatt als Qualitätsangebot bezeichnet und das Preisangebot am Deckblatt als Preisangebot, sodass ohne inhaltliche Prüfung des Inhaltes der Angebote ersichtlich sei, um welche Dokumente es sich handle. Am 15.06.2015 habe die Auftraggeberin die Antragstellerin per E-Mail darüber informiert, dass die Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden werde. Begründet sei diese Entscheidung im Wesentlichen damit worden, dass die Antragstellerin ein den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen widersprechendes Angebot abgegeben habe. Die Auftraggeberin habe keine Begründung abgegeben, warum aus ihrer Sicht eine getrennte Abgabe des Qualitätsangebotes und des Preisangebotes nicht vorliegen würde. Am 16.06.2015 habe ein Mitarbeiter der Antragstellerin ein fehlgeleitetes E-Mail eines Mitbewerbers bekommen. Dieses offensichtlich irrtümlich an den Mitarbeiter der Antragstellerin gerichtete E-Mail leitete ein E-Mail eines Angestellten der Auftraggeberin weiter. Diesem E-Mail waren mehrere Beilagen angeschlossen insbesondere eine Excel-Tabelle mit dem Personalaufwand des Mitbewerbers samt Preisangebot. Das Angebot des Mitbewerbers liege um mehrere Hunderttausend Euro über dem Angebot der Antragstellerin. Ein weiterer Anhang sei ein Mindestpersonaleinsatz gewesen. Die Mindestpersonaleinsätze seien jedoch Teil des Qualitätsangebotes. Wie bereits dargestellt seien die Personaleinsatzpläne Teil des Qualitätsangebotes. Obwohl die Prüfung der Qualitätsangebote noch nicht abgeschlossen gewesen sei, sei entgegen den Ausschreibungsbedingungen bereits die Prüfung der Preisangebote vorgenommen worden. Außerdem widerspreche eine Bearbeitung der Personaleinsatzpläne mit Preisangaben den Ausschreibungsvorgaben, dass die Personaleinsatzpläne als Teil des Qualitätsangebotes vom Preisangebot zu trennen seien. Außerdem werde entgegen den zwingenden Ausschreibungsvorgaben die Abgabe des zweiten Preisangebotes nicht über die AVA-Onlineplattform vorgenommen, sondern postalisch. Bei der Überprüfung der Eigenschaften der Excel-Tabellen mit den Preisangaben sei außerdem ersichtlich, dass der Verantwortliche der Auftraggeberin für die Projektabwicklung das Dokument Personaleinsatzpläne mit Preisangaben bearbeitet habe. Die Ausschreibungsunterlagen der Auftraggeberin würden nur festlegen, dass das Qualitätsangebot und das Preisangebot getrennt zu erstellen sei. Hinsichtlich der Art und Weise der Abgabe sei bloß festgelegt, dass die Angebote auf die AVA-Onlineplattform upzuladen seien. Ob das Qualitätsangebot und das Preisangebot in einem Schritt upzuladen seien oder in zwei getrennten Schritten, sei aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich. Auch auf der AVA-Onlineplattform sei die Antragstellerin bei dem Abgabeprozess nicht darauf hingewiesen worden, dass die beiden Angebote nacheinander upzuladen wären. Da die Ausschreibungsunterlagen nur die getrennte Erstellung eines Preisangebotes und eines Qualitätsangebotes vorsehen, nicht jedoch einen chronologischen Upload beider Angebote in zwei aufeinander folgenden Schritten vorschreiben, seien die Ausschreibungsvorgaben dahingehend zu interpretieren, dass der gemeinsame Upload beider separat erstellten Angebote nach den Ausschreibungsvorgaben jedenfalls zulässig sei. Die von den Ausschreibungsunterlagen geforderte Trennung in Qualitätsangebot und Preisangebot betreffe daher ausschließlich die Erstellung des Angebotes in zwei separaten Teilen, nicht jedoch die Art und Weise der Übermittlung der Angebote. Es liege jedenfalls kein Verstoß gegen Punkt 22 der Ausschreibungsunterlagen vor, da beide Angebote getrennt abgegeben worden seien. Es würden auch keine sonstigen

Ausscheidungsgründe gem. § 269 BVergG vorliegen. Die Entscheidung der Auftraggeberin enthalte keine nähere Begründung, warum aus Sicht der Auftraggeberin keine getrennte Abgabe der Angebote vorliege. Deshalb könne die Antragstellerin nur vermuten, dass die Auftraggeberin das Angebot deshalb ausgeschieden habe, da beide Angebote gemeinsam upgeloadet worden seien. Aufgrund des vorgenannten fehlgeleiteten E-Mails sei belegbar, dass die Auftraggeberin einen anderen Mitbewerber unter Verletzung der Ausschreibungsbedingungen bevorzugt habe. Die Verletzung der Ausschreibungsbedingungen und des Vergabeverfahrens liege insbesondere darin, dass der für die Abwicklung des Projektes zuständige Mitarbeiter der Auftraggeberin nachweislich den Personaleinsatzplan eines Mitbieters bearbeitet habe und aus dem mitgeschickten Attachment, den Personaleinsatzplan mit Preisangaben, ersichtlich sei, dass entgegen den Ausschreibungsbedingungen die Preisangebote (Stufe 2, Phase 2) behandelt worden seien, obwohl die Prüfung der Qualitätsangebote noch nicht abgeschlossen wäre. Die Auftraggeberin habe bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise die Antragstellerin nicht ausscheiden dürfen und das Angebot der Antragstellerin in die nähere Auswahl für die Zuschlagserteilung hinzuziehen müssen. Durch die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens und der Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin durch den Entgang des ihr gebührenden Auftrages und dem ihr damit einhergehenden Verlustes des Deckungsbeitrags ein Schaden in Höhe von ca. € XXXX,- entstanden. Es handle sich bei dem gegenständlich ausgeschriebenen Auftrag um ein wichtiges Referenzprojekt, welches die Antragstellerin bei zukünftigen Auftragsvergaben durch öffentliche Auftraggeber vorweisen könne und dadurch ihre Chance auf Auftragserteilung für diese zukünftigen Vergaben erhöhen würde. Die Antragstellerin habe durch die Angebotsabgabe ihr Interesse am Vertragsabschluss dargelegt. Die Antragstellerin habe am 02.06.2015 im Einklang mit den Ausschreibungsbedingungen zwei separate Angebote, ein Qualitätsangebot und ein getrenntes Preisangebot erstellt. Die Übermittlung der Angebote habe nach den Vorgaben durch die Auftraggeberin nach dem online Ausfüllen eines Formulars als letzter Schritt durch einen Upload auf der AVA-Onlineplattform durchgeführt werden müssen. Der Benutzer sei auf der AVA-Onlineplattform nicht darüber aufgeklärt worden, noch gab es einen Hinweis bei dem letzten Schritt (Upload der Angebote), dass das Qualitätsangebot zuerst und erst danach das Preisangebot per Upload hochgeladen werden solle. Aufgrund dieser missverständlichen Angaben habe die Antragstellerin zwei separate Dokumente, nämlich das ausdrücklich als Qualitätsangebot bezeichnete Qualitätsangebot und das ausdrücklich als Preisangebot bezeichnete Preisangebot in einem Uploadvorgang hochgeladen. Es sei daher ohne Öffnung der beiden Angebote ersichtlich gewesen, dass es sich beim Qualitätsangebot um ein Qualitätsangebot und beim Preisangebot um Preisangebot handle. Zusätzlich sei bei Öffnung der Dokumente das Qualitätsangebot am Deckblatt als Qualitätsangebot bezeichnet und das Preisangebot am Deckblatt als Preisangebot, sodass ohne inhaltliche Prüfung des Inhaltes der Angebote ersichtlich sei, um welche Dokumente es sich handle. Am 15.06.2015 habe die Auftraggeberin die Antragstellerin per E-Mail darüber informiert, dass die Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden werde. Begründet sei diese Entscheidung im Wesentlichen damit worden, dass die Antragstellerin ein den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen widersprechendes Angebot abgegeben habe. Die Auftraggeberin habe keine Begründung abgegeben, warum aus ihrer Sicht eine getrennte Abgabe des Qualitätsangebotes und des Preisangebotes nicht vorliegen würde. Am 16.06.2015 habe ein Mitarbeiter der Antragstellerin ein fehlgeleitetes E-Mail eines Mitbewerbers bekommen. Dieses offensichtlich irrtümlich an den Mitarbeiter der Antragstellerin gerichtete E-Mail leitete ein E-Mail eines Angestellten der Auftraggeberin weiter. Diesem E-Mail waren mehrere Beilagen angeschlossen insbesondere eine Excel-Tabelle mit dem Personalaufwand des Mitbewerbers samt Preisangebot. Das Angebot des Mitbewerbers liege um mehrere Hunderttausend Euro über dem Angebot der Antragstellerin. Ein weiterer Anhang sei ein Mindestpersonaleinsatz gewesen. Die Mindestpersonaleinsätze seien jedoch Teil des Qualitätsangebotes. Wie bereits dargestellt seien die Personaleinsatzpläne Teil des Qualitätsangebotes. Obwohl die Prüfung der Qualitätsangebote noch nicht abgeschlossen gewesen sei, sei entgegen den Ausschreibungsbedingungen bereits die Prüfung der Preisangebote vorgenommen worden. Außerdem widerspreche eine Bearbeitung der Personaleinsatzpläne mit Preisangaben den Ausschreibungsvorgaben, dass die Personaleinsatzpläne als Teil des Qualitätsangebotes vom Preisangebot zu trennen seien. Außerdem werde entgegen den zwingenden Ausschreibungsvorgaben die Abgabe des zweiten Preisangebotes nicht über die AVA-Onlineplattform vorgenommen, sondern postalisch. Bei der Überprüfung der Eigenschaften der Excel-Tabellen mit den Preisangaben sei außerdem ersichtlich, dass der Verantwortliche der Auftraggeberin für die Projektabwicklung das Dokument Personaleinsatzpläne mit Preisangaben bearbeitet habe. Die Ausschreibungsunterlagen der Auftraggeberin würden nur festlegen, dass das Qualitätsangebot und das Preisangebot getrennt zu erstellen sei. Hinsichtlich der Art und Weise der Abgabe sei bloß festgelegt, dass die Angebote auf die AVA-

Onlineplattform upzuladen seien. Ob das Qualitätsangebot und das Preisangebot in einem Schritt upzuladen seien oder in zwei getrennten Schritten, sei aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich. Auch auf der AVA-Onlineplattform sei die Antragstellerin bei dem Abgabeprocedere nicht darauf hingewiesen worden, dass die beiden Angebote nacheinander upzuladen wären. Da die Ausschreibungsunterlagen nur die getrennte Erstellung eines Preisangebotes und eines Qualitätsangebotes vorsehen, nicht jedoch einen chronologischen Upload beider Angebote in zwei aufeinander folgenden Schritten vorschreiben, seien die Ausschreibungsvorgaben dahingehend zu interpretieren, dass der gemeinsame Upload beider separat erstellten Angebote nach den Ausschreibungsvorgaben jedenfalls zulässig sei. Die von den Ausschreibungsunterlagen geforderte Trennung in Qualitätsangebot und Preisangebot betreffe daher ausschließlich die Erstellung des Angebotes in zwei separaten Teilen, nicht jedoch die Art und Weise der Übermittlung der Angebote. Es liege jedenfalls kein Verstoß gegen Punkt 22 der Ausschreibungsunterlagen vor, da beide Angebote getrennt abgegeben worden seien. Es würden auch keine sonstigen Ausscheidungsgründe gem. Paragraph 269, BVergG vorliegen. Die Entscheidung der Auftraggeberin enthalte keine nähere Begründung, warum aus Sicht der Auftraggeberin keine getrennte Abgabe der Angebote vorliege. Deshalb könne die Antragstellerin nur vermuten, dass die Auftraggeberin das Angebot deshalb ausgeschieden habe, da beide Angebote gemeinsam upgeloadet worden seien. Aufgrund des vorgenannten fehlgeleiteten E-Mails sei belegbar, dass die Auftraggeberin einen anderen Mitbewerber unter Verletzung der Ausschreibungsbedingungen bevorzugt habe. Die Verletzung der Ausschreibungsbedingungen und des Vergabeverfahrens liege insbesondere darin, dass der für die Abwicklung des Projektes zuständige Mitarbeiter der Auftraggeberin nachweislich den Personaleinsatzplan eines Mitbieters bearbeitet habe und aus dem mitgeschickten Attachment, den Personaleinsatzplan mit Preisangaben, ersichtlich sei, dass entgegen den Ausschreibungsbedingungen die Preisangebote (Stufe 2, Phase 2) behandelt worden seien, obwohl die Prüfung der Qualitätsangebote noch nicht abgeschlossen wäre. Die Auftraggeberin habe bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise die Antragstellerin nicht ausscheiden dürfen und das Angebot der Antragstellerin in die nähere Auswahl für die Zuschlagserteilung hinzuziehen müssen. Durch die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens und der Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin durch den Entgang des ihr gebührenden Auftrages und dem ihr damit einhergehenden Verlustes des Deckungsbeitrags ein Schaden in Höhe von ca. € 40,- entstanden. Es handle sich bei dem gegenständlich ausgeschriebenen Auftrag um ein wichtiges Referenzprojekt, welches die Antragstellerin bei zukünftigen Auftragsvergaben durch öffentliche Auftraggeber vorweisen könne und dadurch ihre Chance auf Auftragserteilung für diese zukünftigen Vergaben erhöhen würde. Die Antragstellerin habe durch die Angebotsabgabe ihr Interesse am Vertragsabschluss dargelegt.

Bezüglich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurden diese Anträge wie folgt formuliert: " Das Bundesverwaltungsgericht möge unverzüglich zu den in Abschnitt I dieser Eingabe näher bezeichnetem Vergabeverfahrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens eine einstweilige Verfügung erlassen, in welcher der Auftraggeberin untersagt wird, einem anderen Mitbieter dieses Vergabeverfahrens den Zuschlag zu erteilen". Der Untersagung der Zuschlagserteilung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes stünden keine überwiegenden Interessen der Auftraggeberin oder anderer Bieter entgegen. Weder für die Auftraggeberin noch für die Mitbieter stelle die Erlassung der einstweiligen Verfügung eine unverhältnismäßige Belastung dar. Nach dem BVergG sei nur ein besonderes öffentliches Interesse bei der vorzunehmenden Interessenabwägung zu berücksichtigen. Solche besonderen Interessen würden jedoch nicht vorliegen, weshalb die vom Bundesverwaltungsgericht vorzunehmende Interessensabwägung zu Gunsten der Antragstellerin ausfallen müsse. Die vorübergehende Untersagung der Zuschlagsentscheidung stelle das gelindeste Mittel dar, mit der der verfolgte Zweck erreicht werden könne. Nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung könne verhindert werden, dass eine Zuschlagserteilung an die Antragstellerin endgültig für unmöglich und ihr Interesse am Vertragsabschluss sowie ihr Interesse an der Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes mit vergaberechtlichen Mitteln undurchsetzbar werde. Bezüglich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurden diese Anträge wie folgt formuliert: " Das Bundesverwaltungsgericht möge unverzüglich zu den in Abschnitt römisch eins dieser Eingabe näher bezeichnetem Vergabeverfahrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens eine einstweilige Verfügung erlassen, in welcher der Auftraggeberin untersagt wird, einem anderen Mitbieter dieses Vergabeverfahrens den Zuschlag zu erteilen". Der Untersagung der Zuschlagserteilung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes stünden keine überwiegenden Interessen der Auftraggeberin oder anderer Bieter entgegen. Weder für die Auftraggeberin noch für die Mitbieter stelle die Erlassung der einstweiligen Verfügung eine unverhältnismäßige Belastung dar. Nach dem BVergG sei nur ein besonderes öffentliches Interesse bei der

vorzunehmenden Interessenabwägung zu berücksichtigen. Solche besonderen Interessen würden jedoch nicht vorliegen, weshalb die vom Bundesverwaltungsgericht vorzunehmende Interessensabwägung zu Gunsten der Antragstellerin ausfallen müsse. Die vorübergehende Untersagung der Zuschlagsentscheidung stelle das gelindeste Mittel dar, mit der der verfolgte Zweck erreicht werden könne. Nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung könne verhindert werden, dass eine Zuschlagserteilung an die Antragstellerin endgültig für unmöglich und ihr Interesse am Vertragsabschluss sowie ihr Interesse an der Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes mit vergaberechtlichen Mitteln undurchsetzbar werde.

Am 26.06.2015 erteilte das Bundesverwaltungsgericht der Antragstellerin einen Verbesserungsauftrag.

Am 30.06.2015 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren und brachte zur beantragten einstweiligen Verfügung im Wesentlichen vor, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes der Antragstellerin von vorn herein kein rechtliches Interesse iSd § 328 Abs. 1 BVergG an der beantragten einstweiligen Verfügung zukomme und diese zur Sicherung ihrer Rechte nicht notwendig wäre. Nach der Rechtsprechung seien zudem auch die Erfolgsaussichten über den Hauptantrag im Rahmen des Provisorialverfahrens zu berücksichtigen. Nach dem eigenen Vorbringen der Antragstellerin sei evident, dass dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin keine Erfolgsaussicht zukommen könne, da ihr Angebot aufgrund der bestandfesten Festlegungen der Ausschreibung zwingend auszuschneiden sei. Bei Angebotsöffnung der elektronisch abgegebenen Qualitätsangebote am 02.06.2015 sei daher das Preisangebot der Antragstellerin unmittelbar aus dem von ihr signierten Angebotshauptteil ersichtlich gewesen. Die Preisangebote sämtlicher übrigen Bieter seien hingegen ausschreibungskonform getrennt abgegeben worden und seien nach wie vor ungeöffnet und der Antragstellerin nicht bekannt. Die Auftraggeberin spreche sich daher gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung aus. Am 30.06.2015 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren und brachte zur beantragten einstweiligen Verfügung im Wesentlichen vor, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes der Antragstellerin von vorn herein kein rechtliches Interesse iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG an der beantragten einstweiligen Verfügung zukomme und diese zur Sicherung ihrer Rechte nicht notwendig wäre. Nach der Rechtsprechung seien zudem auch die Erfolgsaussichten über den Hauptantrag im Rahmen des Provisorialverfahrens zu berücksichtigen. Nach dem eigenen Vorbringen der Antragstellerin sei evident, dass dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin keine Erfolgsaussicht zukommen könne, da ihr Angebot aufgrund der bestandfesten Festlegungen der Ausschreibung zwingend auszuschneiden sei. Bei Angebotsöffnung der elektronisch abgegebenen Qualitätsangebote am 02.06.2015 sei daher das Preisangebot der Antragstellerin unmittelbar aus dem von ihr signierten Angebotshauptteil ersichtlich gewesen. Die Preisangebote sämtlicher übrigen Bieter seien hingegen ausschreibungskonform getrennt abgegeben worden und seien nach wie vor ungeöffnet und der Antragstellerin nicht bekannt. Die Auftraggeberin spreche sich daher gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung aus.

Fristgerecht kam die Antragstellerin dem Verbesserungsauftrag mit Schriftsatz vom 30.06.2015 nach, worin sie weiters ausführte, dass betreffend das gegenständliche Vergabeverfahren insbesondere die Entscheidung der Auftraggeberin in Stufe 2, Phase 2, des Vergabeverfahrens, somit der Phase des Verfahrens, in dem die Preisangebote des Verfahrens zu prüfen seien, eine Überarbeitung der Qualitätsangebote der Stufe 2, Phase 1, welche abschließend in dieser Phase zu beurteilen wären, zuzulassen bzw. zu einer solchen Adaptierung bzw. Überarbeitung aufzufordern, angefochten werde. Es handle sich bei dieser Entscheidung um eine gesondert anfechtbare Entscheidung, nämlich einer "sonstigen Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist iSd § 2 Z 16 lit. a sublit. dd Bundesvergabegesetz. Der faktische Ablauf wird so dargestellt, dass ein Mitarbeiter der Auftraggeberin am 16.06.2015 ein E-Mail an die Sekretärin des Instituts für Verbrennungskraftmaschinen und Thermodynamik an der TU Graz geschickt habe, wobei er die Uni -Emailadresse verwendete. An diesem E-Mail seien mehrere Attachements angehängt gewesen. Insbesondere ein Schreiben eines Mitarbeiters der Auftraggeberin vom gleichen Tag mit der Aufforderung der Legung eines zweiten Preisangebotes (inkl. Deadline zum Datum des Hearings). Eines der mitgeschickten Unterlagen sei auch eine alte Excel-Tabelle des Mitbewerbers gewesen, welche das Qualitäts- und Preisangebot vermenge und nachweislich vom Projektleiter der Auftraggeberin bearbeitet worden sei. Die Sekretärin des Instituts für Verbrennungskraftmaschinen und Thermodynamik an der TU Graz leitete dieses E-Mail an eine weitere Uni-Emailadresse weiter. Bei dieser Person handle es sich um den Geschäftsführer des vermutlichen Mitbewerbers, die Forschungsgesellschaft für Verbrennungskraftmaschinen und Thermodynamik mbH, welche auch unter dem Kürzel FVT mit Geschäftsverkehr auftrete. XXXX sei bis vor wenigen Monaten ein Dienstnehmer der Antragstellerin gewesen.

Er arbeite nun offensichtlich für den Mitbewerber. Der Geschäftsführer des Mitbewerbers habe das E-Mail des Mitarbeiters der Auftraggeberin an den ehemaligen Mitarbeiter der Antragstellerin zur Bearbeitung weitergeleitet und habe dabei irrtümlich die alte E-Mailadresse der Antragstellerin verwendet. So habe die Antragstellerin von dem Schriftverkehr zwischen der Auftraggeberin und dem Mitbieter erfahren. § 2 Z 16 lit. a BVergG spreche von nach außen in Erscheinung tretenden Entscheidungen. Die im BVergG genannten sonstigen Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist müssten daher solche Festlegungen sein, die nach außen hin in Erscheinung treten würden. Maßgebliches Kriterium sei daher, dass die Entscheidung nach außen in Entscheidung trete. § 2 Z 16 lit. a BVergG verlange jedoch nicht, dass sich die bekämpften Festlegungen an den Antragsteller als Adressat oder als alleinigen Adressat richten müsse. Die Entscheidung der Auftraggeberin, dass ein zweites Preisangebot erstellt werden müsse, treten nach außen in Erscheinung, da sowohl das E-Mail vom 16.06.2015 an den Geschäftsführer des Mitbewerbers gerichtet sei, als auch diesem E-Mail ein Schreiben beigelegt sei, in dem an den Mitbewerber Anweisungen erteilt würden. Der Entscheidungscharakter manifestiere sich darin, dass die Auftraggeberin Anweisungen treffe, insbesondere Deadlines setze, sowie den Tag und den Ort des Hearings festlege. Es liege daher eindeutig eine nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung vor. Es wäre aufgrund des fehlgeleitenden E-Mails belegbar, dass die Auftraggeberin einen anderen Mitwerber unter Verletzung der Ausschreibungsbedingungen bevorzugt habe. Dadurch dass die Auftraggeberin ihren E-Mailverkehr an eine E-Mailadresse der TU Graz gerichtet habe und sie gewusst habe, dass Universitätsadresse und Bieterkreis identisch seien, habe die Auftraggeberin rechtswidrig gehandelt, da sie entgegen Punkt 9 der Ausschreibungsbedingungen wusste oder zumindest wissen hätte müssen, dass ein Mitbewerber staatlich bezahltes Universitätspersonal und Ressourcen der TU Graz benutzen würde um in Gestalt der Forschungsgesellschaft für Verbrennungskraftmaschinen und Thermodynamik GmbH in dem gegenständlichen Vergabeverfahren teilzunehmen. Nach den Vorgaben in der Ausschreibung seien sämtliche Angebote ausschließlich elektronisch auf der Plattform AVA-online einzureichen. In dem Brief vom 16.06.2015 des Mitarbeiters der Auftraggeberin an den Mitbewerber werde der Bieter angewiesen, das zweite Preisangebot ausschließlich schriftlich an eine Grazer Adresse der ÖBB Infrastruktur AG zu schicken. Darin liege ein Verstoß gegen die elektronische Eingabepflicht nach den Ausschreibungsbedingungen. Fristgerecht kam die Antragstellerin dem Verbesserungsauftrag mit Schriftsatz vom 30.06.2015 nach, worin sie weiters ausführte, dass betreffend das gegenständliche Vergabeverfahren insbesondere die Entscheidung der Auftraggeberin in Stufe 2, Phase 2, des Vergabeverfahrens, somit der Phase des Verfahrens, in dem die Preisangebote des Verfahrens zu prüfen seien, eine Überarbeitung der Qualitätsangebote der Stufe 2, Phase 1, welche abschließend in dieser Phase zu beurteilen wären, zuzulassen bzw. zu einer solchen Adaptierung bzw. Überarbeitung aufzufordern, angefochten werde. Es handle sich bei dieser Entscheidung um eine gesondert anfechtbare Entscheidung, nämlich einer "sonstigen Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, Bundesvergabegesetz. Der faktische Ablauf wird so dargestellt, dass ein Mitarbeiter der Auftraggeberin am 16.06.2015 ein E-Mail an die Sekretärin des Instituts für Verbrennungskraftmaschinen und Thermodynamik an der TU Graz geschickt habe, wobei er die Uni -Emailadresse verwendete. An diesem E-Mail seien mehrere Attachements angehängt gewesen. Insbesondere ein Schreiben eines Mitarbeiters der Auftraggeberin vom gleichen Tag mit der Aufforderung der Legung eines zweiten Preisangebotes (inkl. Deadline zum Datum des Hearings). Eines der mitgeschickten Unterlagen sei auch eine alte Excel-Tabelle des Mitbewerbers gewesen, welche das Qualitäts- und Preisangebot vermenge und nachweislich vom Projektleiter der Auftraggeberin bearbeitet worden sei. Die Sekretärin des Instituts für Verbrennungskraftmaschinen und Thermodynamik an der TU Graz leitete dieses E-Mail an eine weitere Uni-Emailadresse weiter. Bei dieser Person handle es sich um den Geschäftsführer des vermutlichen Mitbewerbers, die Forschungsgesellschaft für Verbrennungskraftmaschinen und Thermodynamik mbH, welche auch unter dem Kürzel FVT mit Geschäftsverkehr auftrete. römisch 40 sei bis vor wenigen Monaten ein Dienstnehmer der Antragstellerin gewesen. Er arbeite nun offensichtlich für den Mitbewerber. Der Geschäftsführer des Mitbewerbers habe das E-Mail des Mitarbeiters der Auftraggeberin an den ehemaligen Mitarbeiter der Antragstellerin zur Bearbeitung weitergeleitet und habe dabei irrtümlich die alte E-Mailadresse der Antragstellerin verwendet. So habe die Antragstellerin von dem Schriftverkehr zwischen der Auftraggeberin und dem Mitbieter erfahren. Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG spreche von nach außen in Erscheinung tretenden Entscheidungen. Die im BVergG genannten sonstigen Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist müssten daher solche Festlegungen sein, die nach außen hin in Erscheinung treten würden. Maßgebliches Kriterium sei daher, dass die Entscheidung nach außen in Entscheidung trete. Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG verlange jedoch nicht, dass sich die bekämpften

Festlegungen an den Antragsteller als Adressat oder als alleinigen Adressat richten müsse. Die Entscheidung der Auftraggeberin, dass ein zweites Preisangebot erstellt werden müsse, treten nach außen in Erscheinung, da sowohl das E-Mail vom 16.06.2015 an den Geschäftsführer des Mitbewerbers gerichtet sei, als auch diesem E-Mail ein Schreiben beigelegt sei, in dem an den Mitbewerber Anweisungen erteilt würden. Der Entscheidungscharakter manifestiere sich darin, dass die Auftraggeberin Anweisungen treffe, insbesondere Deadlines setze, sowie den Tag und den Ort des Hearings festlege. Es liege daher eindeutig eine nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung vor. Es wäre aufgrund des fehlgeleitenden E-Mails belegbar, dass die Auftraggeberin einen anderen Mitwerber unter Verletzung der Ausschreibungsbedingungen bevorzugt habe. Dadurch dass die Auftraggeberin ihren E-Mailverkehr an eine E-Mailadresse der TU Graz gerichtet habe und sie gewusst habe, dass Universitätsadresse und Bieterkreis identisch seien, habe die Auftraggeberin rechtswidrig gehandelt, da sie entgegen Punkt 9 der Ausschreibungsbedingungen wusste oder zumindest wissen hätte müssen, dass ein Mitbewerber staatlich bezahltes Universitätspersonal und Ressourcen der TU Graz benutzen würde um in Gestalt der Forschungsgesellschaft für Verbrennungskraftmaschinen und Thermodynamik GmbH in dem gegenständlichen Vergabeverfahren teilzunehmen. Nach den Vorgaben in der Ausschreibung seien sämtliche Angebote ausschließlich elektronisch auf der Plattform AVA-online einzureichen. In dem Brief vom 16.06.2015 des Mitarbeiters der Auftraggeberin an den Mitbewerber werde der Bieter angewiesen, das zweite Preisangebot ausschließlich schriftlich an eine Grazer Adresse der ÖBB Infrastruktur AG zu schicken. Darin liege ein Verstoß gegen die elektronische Eingabepflicht nach den Ausschreibungsbedingungen.

Nach der Ausschreibung seien erst die Qualitätsangebote abschließend zu beurteilen, bevor die Preisangebote bewertet werden dürften. Wesentlicher Teil der Qualitätsangebote seien die Personaleinsatzpläne ohne Preisangabe. Das fehlgeleitete E-Mail des Mitbewerbers an einen Mitarbeiter der Antragstellerin beinhalte als Attachment eine Excel Tabelle mit der Bezeichnung Teil J Personaleinsatzplan ÖBB. Diese Excel Tabelle enthalte eine genaue Auflistung der notwendigen Arbeitsstunden samt vollständigen Preisangaben mit Angabe des Gesamtpreises des Bieters. Aus diesem Schreiben gehe eindeutig hervor, dass die Prüfung der Qualitätsangebote nicht abgeschlossen wäre und trotzdem die Prüfung der Preisangebote begonnen worden sei. Die Auftraggeberin habe der Antragstellerin vorgeworfen, dass eine objektive Überprüfung des Qualitätsangebotes nicht möglich wäre, da es mit dem Preisangebot eingereicht worden sei. In der praktischen Durchführung des Vergabeverfahrens praktiziere die Auftraggeberin genau jene Vermengung von Prüfung der Qualitätsangebote mit der Prüfung der Preisangebote, die sie als Grund für das Ausscheiden der Antragstellerin anführe. Dies sei ein klarer Verstoß gegen die in der Ausschreibung geforderte Trennung der Prüfung von Qualitätsangeboten und Preisangeboten.

Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge die Entscheidung der Auftraggeberin einem anderen am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter den Zuschlag zu erteilen, für nichtig zu erklären, wird ohne Anspruchsverzicht auf einen späteren Nachprüfungsantrag der Zuschlagsentscheidung zurückgezogen. Die übrigen Anträge bleiben aufrecht.

Bezüglich der Modifikation des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass das Bundesverwaltungsgericht bei der Beurteilung des gelindesten Mittels berücksichtigen möge, dass die nächste Verhandlungsrunde für den 02.07.2015 anberaumt sei. Die Aussetzung der nächsten Verhandlungsrunde stelle jedenfalls das gelindeste Mittel dar, mit der der verfolgte Zweck erreicht werden könne. Nur durch die Aussetzung der nächsten Verhandlungsrunde könne verhindert werden, dass eine Zuschlagserteilung an die Antragstellerin endgültig verunmöglicht und ihr Interesse am Vertragsabschluss sowie ihr Interesse an der Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes mit vergaberechtlichen Mitteln undurchsetzbar werde. Im gegenständlichen Fall hätte die Auftraggeberin, da dem Antrag auf Nachprüfung keine aufschiebende Wirkung zukomme, die Möglichkeit am 02.07. die nächste und letzte Verhandlungsrunde abzuhalten und einem konkurrierenden Mitbieter nach Ablauf der Stillhaltefrist den Zuschlag zu erteilen. In diesem Fall würde die Antragstellerin ihre Chance auf Erhalt des Zuschlags in einem vergaberechtskonformen Verfahren und damit auf Beteiligung an einem fairen Wettbewerb endgültig verlieren.

Mit ergänzender Stellungnahme vom 02.07.2015 führte die Auftraggeberin im Wesentlichen aus, die Antragstellerin habe in ihrem ursprünglichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 25.06.2015 lediglich den Antrag gestellt, "für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens eine einstweilige Verfügung zu erlassen, in welcher der Auftraggeberin untersagt wird, einem anderen Mitbieter dieses Vergabeverfahrens den Zuschlag zu erteilen."

In Ihrem nunmehrigen ausdrücklich als Modifikation des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezeichneten Antrag stelle die Antragstellerin nun teilweise eventualiter erstmals Anträge auf Erlassung von

einstweiligen Verfügungen, die wesentlich weiter gehen als die Untersagung der Zuschlagserteilung. Konkret werde nunmehr die Aussetzung der nächsten Verhandlungsrunde insbesondere dem Hearing sowie die Unterbrechung des Vergabeverfahrens durch Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt. Es handle sich nicht um eine Einschränkung des Antrages auf einstweilige Verfügung im Sinne eines gelindesten Mittels, sondern um eine Ausdehnung. Während bei der Untersagung der Zuschlagserteilung nur der letzte Akt eines Vergabeverfahrens untersagt werde, solle mit der nunmehr beantragten einstweiligen Verfügung de facto jede weitere Handlung im Vergabeverfahren untersagt werden. Die Antragstellerin könne ihre ursprünglich gestellten Anträge nur einschränken, aber nicht ausdehnen. Es handle sich damit um neue Anträge auf einstweilige Verfügung, die nicht fristgerecht gemäß § 328 iVm § 321 BVergG gestellt würden und daher verfristet wären. Da die elektronische Übermittlung der Bekanntmachung über die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin vom gegenständlichen Vergabeverfahren am 15.06.2015 erfolgt sei, hätten Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen bis 25.06.2015 gestellt werden müssen. Ohne fristgerecht gestellten Antrag auf Erlassung der nunmehr begehrten einstweiligen Verfügung, könne das Bundesverwaltungsgericht vorläufige Maßnahmen aber nur im Rahmen des fristgerecht gestellten Antrages oder weniger als begehrt als gelinderes Mittel erlassen. Über die begehrte vorläufige Maßnahme hinausgehende strengere Maßnahmen dürfe das Bundesverwaltungsgericht nicht ergreifen. In Ihrem nunmehrigen ausdrücklich als Modifikation des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezeichneten Antrag stelle die Antragstellerin nun teilweise eventualiter erstmals Anträge auf Erlassung von einstweiligen Verfügungen, die wesentlich weiter gehen als die Untersagung der Zuschlagserteilung. Konkret werde nunmehr die Aussetzung der nächsten Verhandlungsrunde insbesondere dem Hearing sowie die Unterbrechung des Vergabeverfahrens durch Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt. Es handle sich nicht um eine Einschränkung des Antrages auf einstweilige Verfügung im Sinne eines gelindesten Mittels, sondern um eine Ausdehnung. Während bei der Untersagung der Zuschlagserteilung nur der letzte Akt eines Vergabeverfahrens untersagt werde, solle mit der nunmehr beantragten einstweiligen Verfügung de facto jede weitere Handlung im Vergabeverfahren untersagt werden. Die Antragstellerin könne ihre ursprünglich gestellten Anträge nur einschränken, aber nicht ausdehnen. Es handle sich damit um neue Anträge auf einstweilige Verfügung, die nicht fristgerecht gemäß Paragraph 328, in Verbindung mit Paragraph 321, BVergG gestellt würden und daher verfristet wären. Da die elektronische Übermittlung der Bekanntmachung über die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin vom gegenständlichen Vergabeverfahren am 15.06.2015 erfolgt sei, hätten Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen bis 25.06.2015 gestellt werden müssen. Ohne fristgerecht gestellten Antrag auf Erlassung der nunmehr begehrten einstweiligen Verfügung, könne das Bundesverwaltungsgericht vorläufige Maßnahmen aber nur im Rahmen des fristgerecht gestellten Antrages oder weniger als begehrt als gelinderes Mittel erlassen. Über die begehrte vorläufige Maßnahme hinausgehende strengere Maßnahmen dürfe das Bundesverwaltungsgericht nicht ergreifen.

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

1. Sachverhalt:

Die Auftraggeberin hat in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 192 Abs. 5 BVergG einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 174 iVm § 6 BVergG ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat sich durch die Abgabe des Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt. Mit E-Mail vom 15.06.2015 ist der Antragstellerin bekanntgegeben worden, dass ihr Angebot aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden wird. Die Antragstellerin hat am 25.06.2015 den verfahrenseinleitenden Schriftsatz eingebracht und insbesondere einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 15.06.2015, sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem begehrt wurde, der Auftraggeberin zu untersagen einem anderen Mitbieter dieses Vergabeverfahrens den Zuschlag zu erteilen gestellt. Der Nachprüfungsantrag am 25.06.2015 ist fristgerecht eingelangt. Am 26.06.2015 richtete das Bundesverwaltungsgericht an die Antragstellerin einen Verbesserungsauftrag welchem diese fristgerecht mit Schriftsatz vom 30.06.2015 nachkam. In diesem Schriftsatz wurde der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung, wie aus dem Spruch des Beschlusses ersichtlich, modifiziert. Die Pauschalgebühren wurden in der gesetzlich vorgeschriebenen Höhe entrichtet. Im Vergabeverfahren wurde ein Zuschlag bislang nicht erteilt. Das Vergabeverfahren wurde auch nicht widerrufen. Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den von den Verfahrensparteien vorgelegten Schriftsätzen. Deren inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Die Auftraggeberin hat in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß Paragraph 192, Absatz 5, BVergG einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 174, in Verbindung mit Paragraph 6, BVergG ausgeschrieben. Die

Antragstellerin hat sich durch die Abgabe des Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt. Mit E-Mail vom 15.06.2015 ist der Antragstellerin bekanntgegeben worden, dass ihr Angebot aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden wird. Die Antragstellerin hat am 25.06.2015 den verfahrenseinleitenden Schriftsatz eingebracht und insbesondere einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 15.06.2015, sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem begehrt wurde, der Auftraggeberin zu untersagen einem anderen Mitbieter dieses Vergabeverfahrens den Zuschlag zu erteilen gestellt. Der Nachprüfungsantrag am 25.06.2015 ist fristgerecht eingelangt. Am 26.06.2015 richtete das Bundesverwaltungsgericht an die Antragstellerin einen Verbesserungsauftrag welchem diese fristgerecht mit Schriftsatz vom 30.06.2015 nachkam. In diesem Schriftsatz wurde der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung, wie aus dem Spruch des Beschlusses ersichtlich, modifiziert. Die Pauschalgebühren wurden in der gesetzlich vorgeschriebenen Höhe entrichtet. Im Vergabeverfahren wurde ein Zuschlag bislang nicht erteilt. Das Vergabeverfahren wurde auch nicht widerrufen. Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den von den Verfahrensparteien vorgelegten Schriftsätzen. Deren inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel.

2. Zulässigkeit des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Vergabeverfahren in einem Stadium vor Zuschlagsentscheidung befindet. Es wurden gesondert anfechtbare Entscheidungen - das Ausscheiden eines Angebotes sowie eine sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG - angefochten. Unter Berücksichtigung von § 321 Abs. 1 BVergG ist das Nachprüfungsbegehren rechtzeitig und erfüllt alle anderen in § 328 Abs. 2 BVergG enthaltenen Voraussetzungen. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG liegt ebenfalls nicht vor. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Vergabeverfahren in einem Stadium vor Zuschlagsentscheidung befindet. Es wurden gesondert anfechtbare Entscheidungen - das Ausscheiden eines Angebotes sowie eine sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, BVergG - angefochten. Unter Berücksichtigung von Paragraph 321, Absatz eins, BVergG ist das Nachprüfungsbegehren rechtzeitig und erfüllt alle anderen in Paragraph 328, Absatz 2, BVergG enthaltenen Voraussetzungen. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG liegt ebenfalls nicht vor.

3. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 hat das Bundesverwaltungsgericht 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. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesverwaltungsgericht 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.

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 hat das Bundesverwaltungsgericht vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesverwaltungsgericht vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle

möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren ist die Untersagung der Führung weiterer Verhandlungsrunden und Hearings das gelindeste Mittel. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren ist die Untersagung der Führung weiterer Verhandlungsrunden und Hearings das gelindeste Mittel.

Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und der Auftraggeberin, eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens sowie des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01) erscheint ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung für die bewilligte Dauer nicht gegeben. Im Übrigen hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens einzukalkulieren.

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs. 4 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies mit 6 Wochen begrenzt ist (§ 326 BVergG). Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 4, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies mit 6 Wochen begrenzt ist (Paragraph 326, BVergG). Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren sollen mit den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern weitere Verhandlungen und Hearings geführt werden, allenfalls weitere Aufforderungen zur Legung weiterer Angebote erfolgen, sodass die Verhandlungen mit den verbliebenen Bietern abgeschlossen werden oder dass die verbliebenen Bietern zur Legung eines LAFO eingeladen werden. Nachdem die Ausscheidensentscheidung des Angebotes der Antragstellerin durch die Auftraggeberin erlassen wurde, würden allfällige weitere Verhandlungen, eine weitere Aufforderung zur Legung eines Angebotes oder des LAFO ohne Information der Antragstellerin erfolgen. Derartige Auftraggeberentscheidungen wären der Antragstellerin nicht mehr bekanntzumachen. Diese

Auftraggeberentscheidungen könnten auch nicht erfolgreich durch einen allfälligen Nachprüfungsantrag angefochten werden. Damit würden unumkehrbare Tatsachen geschaffen werden, die dazu führen würden, dass sich die Antragstellerin auch im Falle, dass sie mit ihrem Nachprüfungsbegehren im gegenständlichen Hauptverfahren vor dem BVwG zur Gänze durchdringen sollte, verwehrt sein würde, sich erfolgreich am Vergabeverfahren zu beteiligen und den Zuschlag im Vergabeverfahren zu erhalten. Daher war durch das Bundesverwaltungsgericht dem Provisorialbegehren der Antragstellerin insofern stattzugeben, als damit die Schaffung von unumkehrbaren Tatsachen zum Nachteil der Wettbewerbsposition der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren vermieden wird.

Damit unterscheidet sich die gegenständliche Angelegenheit grundlegend von einem Vergabekontrollverfahren, in welchem in einem offenen (siehe von der Auftraggeberin in der 1. Stellungnahme zitierten Beschlüsse des BVwG) oder nicht offenen Verfahren unmittelbar vor Erlassung einer Zuschlagsentscheidung Angebote von auszuscheidenden Angeboten ausgeschieden wurden und gleichzeitig von einem ausgeschiedenen Nachprüfungsnehmer mit seinem Nichtigerklärungsbegehren der Ausscheidensentscheidung ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit dem die Untersagung der Zuschlagserteilung beantragt wird, gestellt wird. In diesem Fall wäre nämlich dem ausgeschiedenen Bieter die Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben, die dieser mittels gesonderten Nachprüfungsantrags anfechten könnte (vgl. bspw. BVwG vom 19.05.2015, W138 2107225-1/2E oder BVwG vom 22.05.2015, W149 2107188-1/2E). Damit unterscheidet sich die gegenständliche Angelegenheit grundlegend von einem Vergabekontrollverfahren, in welchem in einem offenen (siehe von der Auftraggeberin in der 1. Stellungnahme zitierten Beschlüsse des BVwG) oder nicht offenen Verfahren unmittelbar vor Erlassung einer Zuschlagsentscheidung Angebote von auszuscheidenden Angeboten ausgeschieden wurden und gleichzeitig von einem ausgeschiedenen Nachprüfungsnehmer mit seinem Nichtigerklärungsbegehren der Ausscheidensentscheidung ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit dem die Untersagung der Zuschlagserteilung beantragt wird, gestellt wird. In diesem Fall wäre nämlich dem ausgeschiedenen Bieter die Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben, die dieser mittels gesonderten Nachprüfungsantrags anfechten könnte vergleiche bspw. BVwG vom 19.05.2015, W138 2107225-1/2E oder BVwG vom 22.05.2015, W149 2107188-1/2E).

Sofern von der Antragstellerin die Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens im Rahmen der einstweiligen Verfügung beantragt wurde, ist dieses Begehren im Hinblick auf

§ 329 Abs. 3 BVergG als überschießend und nicht als gelindestes Mittel zu qualifizieren. Würde diesem Begehren stattgegeben werden, wäre es beispielsweise der Auftraggeberin auch untersagt zum Vorteil der Antragstellerin beispielsweise die angefochtene Ausscheidensentscheidung zurückzunehmen (vgl. BVwG vom 30.06.2015 W114 2108953-1/2E). Paragraph 329, Absatz 3, BVergG als überschießend und nicht als gelindestes Mittel zu qualifizieren. Würde diesem Begehren stattgegeben werden, wäre es beispielsweise der Auftraggeberin auch untersagt zum Vorteil der Antragstellerin beispielsweise die angefochtene Ausscheidensentscheidung zurückzunehmen vergleiche BVwG vom 30.06.2015 W114 2108953-1/2E).

Da dem Begehren der Antragstellerin auf Untersagung der Führung weiterer Verhandlungsrunden entsprochen wurde, kann im gegenständlichen Vergabeverfahren auch der Abschluss des Vergabeverfahrens und damit auch kein Zuschlag erfolgen.

Darauf hinzuweisen ist, dass Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen an keine Frist gebunden sind, wenn, wie gegenständlich, der bezugnehmende Nachprüfungsantrag fristgerecht gestellt wurde. Die Antragstellerin hat daher den Antrag auf einstweilige Verfügung vom 25.06.2015 in rechtlich nicht zu beanstandender Weise mit dem Schriftsatz vom 30.06.2015 modifiziert. Eine Verfristung kann in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation nicht eingetreten sein. Die von der Auftraggeberin in ihrer 2. Stellungnahme angeführten Entscheidungen des VwGH und des BVA sind von der Sachverhaltskonstellation her mit dem gegenständlich zu beurteilenden Sachverhalt nicht vergleichbar oder einschlägig. Wie sich aus § 321 iVm. § 328 BVergG ersehen lässt, ist nur der Nachprüfungsantrag fristgebunden, nicht jedoch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wenn der Nachprüfungsantrag fristgerecht gestellt wurde. Auch wird im gegenständlichen Fall durch das Gericht ein Antrag nicht umgedeutet. Darauf hinzuweisen ist, dass Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen an keine Frist gebunden sind, wenn, wie gegenständlich, der bezugnehmende Nachprüfungsantrag fristgerecht gestellt wurde. Die Antragstellerin hat daher den Antrag auf einstweilige Verfügung vom 25.06.2015 in rechtlich nicht zu beanstandender Weise mit dem Schriftsatz vom 30.06.2015 modifiziert. Eine Verfristung kann in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation nicht eingetreten sein. Die von der Auftraggeberin in ihrer 2. Stellungnahme angeführten Entscheidungen des VwGH und des BVA sind von

der Sachverhaltskonstellation her mit dem gegenständlich zu beurteilenden Sachverhalt nicht vergleichbar oder einschlägig. Wie sich aus Paragraph 321, in Verbindung mit Paragraph 328, BVergG ersehen lässt, ist nur der Nachprüfungsantrag fristgebunden, nicht jedoch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wenn der Nachprüfungsantrag fristgerecht gestellt wurde. Auch wird im gegenständlichen Fall durch das Gericht ein Antrag nicht umgedeutet.

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

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 (vgl. dazu VwGH 6. 11. 2002, 2002/04/0138; 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 vergleiche dazu VwGH 6. 11. 2002, 2002/04/0138;

30. 6. 2004, 2004/04/0028; 1. 2. 2005, 2005/04/0004; 29. 6. 2005, 2005/04/0024; 1. 3. 2007, 2005/04/0239; 27. 6. 2007, 2005/04/0254;

29. 2. 2008, 2008/04/0019; 14. 1. 2009, 2008/04/0143; 14. 4. 2011, 2008/04/0065; 29. 9. 2011, 2011/04/0153) 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

Angebotsabgabe, Antragslegimitation, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Aussetzung, Bestandsfestigkeit, Dauer der Maßnahme, Dienstleistungsauftrag, einstweilige Verfügung, elektronische Zustelladresse, Entscheidungsfrist, fairer Wettbewerb, Frist, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Interessenabwägung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung, Auftraggeberentscheidung, öffentliches Interesse, Provisorialverfahren, rechtliches Interesse, Referenzprojekt, Schaden, Übermittlung, Unterbrechung, Untersagung, Untersagung der Zuschlagserteilung, Verfristung, Vergabeverfahren, Verhandlung, Verhandlungsverbot, Verhandlungsverfahren, Wettbewerb, Zuschlagsverbot

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W138.2109261.1.00

Zuletzt aktualisiert am

08.09.2015

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