

TE Bvwg Beschluss 2014/9/8 W187 2011321-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.09.2014

Entscheidungsdatum

08.09.2014

Norm

BVergG 2006 §164

BVergG 2006 §174

BVergG 2006 §180 Abs1 Z1

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §269 Abs1 Z3

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §320

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 § 164 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

1. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 180 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

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

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

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

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 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 § 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

W187 2011321-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der Bietergemeinschaft AAAA (BBBB - CCCC - DDDD) bestehend aus 1. BBBB, 2. CCCC 3. DDDD, vertreten durch Haslinger Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH, XXXX, betreffend das Vergabeverfahren "Engineering Services for the Elaboration of a Feasibility Study (technical and environmental part) incl. Corridor and Route Selection and as an option Pre-Design" der Breitspur Planungsgesellschaft mbH, XXXX, vertreten durch Lansky, Ganzger + partner, Rechtsanwälte GmbH, XXXX, vom 29. August 2014, beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der Bietergemeinschaft AAAA (BBBB - CCCC - DDDD) bestehend aus 1. BBBB, 2. CCCC 3. DDDD, vertreten durch Haslinger Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH, römisch 40, betreffend das Vergabeverfahren "Engineering Services for the Elaboration of a Feasibility Study (technical and environmental part) incl. Corridor and Route Selection and as an option Pre-Design" der Breitspur Planungsgesellschaft mbH, römisch 40, vertreten durch Lansky, Ganzger + partner, Rechtsanwälte GmbH, römisch 40, vom 29. August 2014, beschlossen:

I. römisch eins.

Dem Antrag, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 BVergG, mit der der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen, wird stattgegeben. Der Auftraggeberin Breitspur Planungsgesellschaft mbH vertreten durch vertreten durch Lansky, Ganzger + partner, Rechtsanwälte GmbH §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Dem Antrag, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, BVergG, mit der der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen, wird stattgegeben. Der Auftraggeberin Breitspur Planungsgesellschaft mbH vertreten durch vertreten durch Lansky, Ganzger + partner, Rechtsanwälte GmbH Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 3 und 4 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

II. römisch zwei.

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

Text

BEGRÜNDUNG

I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

Am 29. August 2014 beantragte die BIEGE CCCC - BBBB - DDDD, bestehend aus 1. CCCC 2. BBBB, 3. DDDD vertreten durch Haslinger Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH, XXXX, das Bundesverwaltungsgericht möge die Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren "Engineering Services for the Elaboration of a Feasibility Study (technical and environmental part) incl. Corridor and Route Selection and as an option Pre-Design" für nichtig erklären, ein Verfahren zur Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidung einleiten, der Antragstellerin Akteneinsicht in den Vergabeakt gewähren, eine mündliche Verhandlung durchführen und der Auftraggeberin den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zH der Antragstellervertreterin bei sonstiger Exekution auferlegen. Begründend führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin Planungsleistungen ausgeschrieben hat, dies in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb für den Oberschwellenbereich. Gegenstände der Ausschreibung seien die Planungsschritte zur Korridor- und Trassenauswahl bis hin zu einem optionalen Vorprojekt. Das Ziel sei, sämtliche Unterlagen, beginnend von einer

"strategischen Prüfung Verkehr", des Weiteren sämtliche technisch- und umweltrelevanten Planungsunterlagen als Grundlage für die Rechtsverfahren zu erstellen, die zu einer UVP-Genehmigung des Projektes in den Staaten Österreich und Slowakei notwendig seien. Der Zuschlag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden (Bestbieterprinzip). In der Teilnahmeantragsunterlage sei festgelegt, dass jedes Mitglied einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft nur Mitglied einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft sei dürfe, darüber hinaus sei ein Ausschlussgrund für den Fall der Mehrfachbeteiligung normiert. Die Teilnahmeantragsfrist habe am 2. Oktober 2013, 11.30 Uhr geendet, die Antragstellerin habe fristgerecht einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag gelegt und diesem alle erforderlichen Unterlagen beigeschlossen. In einem nächsten Schritt seien von der Auftraggeberin jene vier Teilnehmer ausgewählt worden, die gemäß der in erster Stufe festgelegten Kriterien am besten geeignet gewesen seien. Darunter habe sich auch die Antragstellerin befunden, die ausgewählten Bewerber seien zur Legung eines Angebotes auf Grundlage der Ausschreibungsunterlage eingeladen worden. Das abzugebende Angebot habe aus zwei separaten Teilen, nämlich einem Preisangebot sowie einem Qualitätsangebot bestehen müssen. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Die Bieter seien aufgefordert worden, bis zum 13. Jänner 2014 ein zweites letztgültiges Angebot zu legen. Danach habe die fünfmonatige Zuschlagsfrist begonnen, während dieser der Bieter an sein Angebot gebunden gewesen sei. Am 19. August 2014 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung übermittelt worden, die Auftraggeberin beabsichtige hiernach den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren dem EEEE FFFF-GGGG-GGGG, Nordbahnstraße 36, 1020 Wien, zu erteilen. Am 29. August 2014 beantragte die BIEGE CCCC - BBBB - DDDD, bestehend aus 1. CCCC 2.BBBB, 3. DDDD vertreten durch Haslinger Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH, römisch 40, das Bundesverwaltungsgericht möge die Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren "Engineering Services for the Elaboration of a Feasibility Study (technical and environmental part) incl. Corridor and Route Selection and as an option Pre-Design" für nichtig erklären, ein Verfahren zur Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidung einleiten, der Antragstellerin Akteneinsicht in den Vergabeakt gewähren, eine mündliche Verhandlung durchführen und der Auftraggeberin den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zH der Antragstellervertreterin bei sonstiger Exekution auferlegen. Begründend führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin Planungsleistungen ausgeschrieben hat, dies in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb für den Oberschwellenbereich. Gegenstände der Ausschreibung seien die Planungsschritte zur Korridor- und Trassenauswahl bis hin zu einem optionalen Vorprojekt. Das Ziel sei, sämtliche Unterlagen, beginnend von einer "strategischen Prüfung Verkehr", des Weiteren sämtliche technisch- und umweltrelevanten Planungsunterlagen als Grundlage für die Rechtsverfahren zu erstellen, die zu einer UVP-Genehmigung des Projektes in den Staaten Österreich und Slowakei notwendig seien. Der Zuschlag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden (Bestbieterprinzip). In der Teilnahmeantragsunterlage sei festgelegt, dass jedes Mitglied einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft nur Mitglied einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft sei dürfe, darüber hinaus sei ein Ausschlussgrund für den Fall der Mehrfachbeteiligung normiert. Die Teilnahmeantragsfrist habe am 2. Oktober 2013, 11.30 Uhr geendet, die Antragstellerin habe fristgerecht einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag gelegt und diesem alle erforderlichen Unterlagen beigeschlossen. In einem nächsten Schritt seien von der Auftraggeberin jene vier Teilnehmer ausgewählt worden, die gemäß der in erster Stufe festgelegten Kriterien am besten geeignet gewesen seien. Darunter habe sich auch die Antragstellerin befunden, die ausgewählten Bewerber seien zur Legung eines Angebotes auf Grundlage der Ausschreibungsunterlage eingeladen worden. Das abzugebende Angebot habe aus zwei separaten Teilen, nämlich einem Preisangebot sowie einem Qualitätsangebot bestehen müssen. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Die Bieter seien aufgefordert worden, bis zum 13. Jänner 2014 ein zweites letztgültiges Angebot zu legen. Danach habe die fünfmonatige Zuschlagsfrist begonnen, während dieser der Bieter an sein Angebot gebunden gewesen sei. Am 19. August 2014 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung übermittelt worden, die Auftraggeberin beabsichtige hiernach den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren dem EEEE FFFF-GGGG-GGGG, Nordbahnstraße 36, 1020 Wien, zu erteilen.

Es habe mehrere Indizien hinsichtlich einer Beeinträchtigung des Wettbewerbsgrundsatzes gegeben, weshalb der Auftraggeber eine wettbewerbswidrige Abrede zwischen der präsumentiven Zuschlagsempfängerin sowie der zweitgereihten Bieterin zu prüfen gehabt hätte. Mitglied der präsumentiven Zuschlagsempfängerin sei die GGGG, bei der es sich um eine Tochter der IIII a.s. handle. Mitglied der dem Vernehmen nach zweitgereihten Bietergemeinschaft sei die JJJJ IIII a.s. habe auch an der JJJJ eine kontrollierende Anteilsmehrheit. Die IIII a.s. sei aber nicht nur an den zwei

erstgereihten Bietergemeinschaften beteiligt, es lägen auch noch personelle Verflechtungen auf Geschäftsführerebene zwischen IIII a. s., GGGG. und JJJJ vor. Gemäß § 269 Abs 1 Z 6 BVergG seien Angebote von Bieter, die mit anderen Unternehmen für den Sektorenauftraggeber nachteilige gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des fairen Wettbewerbs verstoßene Abreden getroffen haben, auszuschneiden. Beteiligen sich mehrere konzernverbundene Unternehmen an einer Ausschreibung, bestehe grundsätzlich eine Vermutung, dass der Geheimwettbewerb nicht eingehalten worden ist. Hat der Auftraggeber Kenntnis von der Verbundenheit von Unternehmen erlangt, so habe er zu prüfen und zu würdigen, ob der jeweilige Inhalt der von den betreffenden Unternehmen im Rahmen des Vergabeverfahrens abgegebenen Angebote durch das gemeinsame Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden sei. In Fällen wie dem konkreten bestehe grundsätzlich eine - freilich widerlegbare - Vermutung dafür, dass der Geheimwettbewerb nicht gewahrt wurde. Für die Widerlegung der Vermutung reiche es nicht aus, dass Unternehmen durch entsprechende Erklärungen der mit der Angebotserstellung befassten Mitarbeiter versichern, Vertraulichkeit gewahrt zu haben. Erforderlich seien konkrete Ausführungen zu den strukturellen Bedingungen der Angebotserstellung, insbesondere dazu, ob und in welcher Form die Konzernmutter Einfluss auf das Ausschreibungsverhalten nimmt. Gegenständlich seien gleich mehrere Indizien für eine Beeinträchtigung des Wettbewerbsgrundsatzes vorgelegen, die eine Prüfung einer wettbewerbswidrigen Abrede zwischen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der zweitgereihten Bieterin notwendig gemacht hätten. Es seien die Angebote der beiden Unternehmen ähnlich ausgestaltet. Außerdem verfüge die GGGG. über keine hinreichenden Erfahrungen mit Projekten dieser Größe. Nach § 269 Abs 1 Z 3 BVergG seien von der Sektorenauftraggeberin Angebote auszuschneiden, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen. Da eine vertiefte Angebotsprüfung nicht stattgefunden habe, sei die Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grund rechtswidrig. Auch handle es sich bei dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um ein unterpreisiges Angebot. Im Falle, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht von einem unterpreisigen Angebot ausgehe, läge offensichtlich die Unvergleichbarkeit der Angebote vor. Dies stelle einen zwingenden Widerrufsgrund dar. Sonstige Rechtswidrigkeiten seien eine ungenügende Mindestbeteiligung der GGGG, eine unzureichende Haftpflichtversicherung, ein fehlender Nachweis zu Englischkenntnissen sowie die Mehrfachnennung von Referenzprojekten. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines fairen, transparenten und den Regeln des lautereren Wettbewerbs entsprechenden Vergabeverfahrens, Teilnahme an einem solchen Vergabeverfahren, Vergabe der Leistung nur an geeignete Bieter, vergaberechtskonforme Beurteilung der eingelangten Angebote, Ausscheiden von nicht vergaberechtskonformen bzw. ausschreibungskonformen Angeboten, Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, Erteilung des Zuschlags zu ihren Gunsten sowie Widerruf des Vergabeverfahrens verletzt. Es habe mehrere Indizien hinsichtlich einer Beeinträchtigung des Wettbewerbsgrundsatzes gegeben, weshalb der Auftraggeber eine wettbewerbswidrige Abrede zwischen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie der zweitgereihten Bieterin zu prüfen gehabt hätte. Mitglied der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei die GGGG, bei der es sich um eine Tochter der IIII a.s. handle. Mitglied der dem Vernehmen nach zweitgereihten Bietergemeinschaft sei die JJJJ IIII a.s. habe auch an der JJJJ eine kontrollierende Anteilsmehrheit. Die IIII a.s. sei aber nicht nur an den zwei erstgereihten Bietergemeinschaften beteiligt, es lägen auch noch personelle Verflechtungen auf Geschäftsführerebene zwischen IIII a. s., GGGG. und JJJJ vor. Gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG seien Angebote von Bieter, die mit anderen Unternehmen für den Sektorenauftraggeber nachteilige gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des fairen Wettbewerbs verstoßene Abreden getroffen haben, auszuschneiden. Beteiligen sich mehrere konzernverbundene Unternehmen an einer Ausschreibung, bestehe grundsätzlich eine Vermutung, dass der Geheimwettbewerb nicht eingehalten worden ist. Hat der Auftraggeber Kenntnis von der Verbundenheit von Unternehmen erlangt, so habe er zu prüfen und zu würdigen, ob der jeweilige Inhalt der von den betreffenden Unternehmen im Rahmen des Vergabeverfahrens abgegebenen Angebote durch das gemeinsame Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden sei. In Fällen wie dem konkreten bestehe grundsätzlich eine - freilich widerlegbare - Vermutung dafür, dass der Geheimwettbewerb nicht gewahrt wurde. Für die Widerlegung der Vermutung reiche es nicht aus, dass Unternehmen durch entsprechende Erklärungen der mit der Angebotserstellung befassten Mitarbeiter versichern, Vertraulichkeit gewahrt zu haben. Erforderlich seien konkrete Ausführungen zu den strukturellen Bedingungen der Angebotserstellung, insbesondere dazu, ob und in welcher Form die Konzernmutter Einfluss auf das Ausschreibungsverhalten nimmt. Gegenständlich seien gleich mehrere Indizien für eine Beeinträchtigung des Wettbewerbsgrundsatzes vorgelegen, die eine Prüfung einer wettbewerbswidrigen Abrede zwischen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der zweitgereihten Bieterin

notwendig gemacht hätten. Es seien die Angebote der beiden Unternehmen ähnlich ausgestaltet. Außerdem verfüge die GGGG über keine hinreichenden Erfahrungen mit Projekten dieser Größe. Nach Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG seien von der Sektorenauftraggeberin Angebote auszuschneiden, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen. Da eine vertiefte Angebotsprüfung nicht stattgefunden habe, sei die Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grund rechtswidrig. Auch handle es sich bei dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um ein unterpreisiges Angebot. Im Falle, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht von einem unterpreisigen Angebot ausgehe, läge offensichtlich die Unvergleichbarkeit der Angebote vor. Dies stelle einen zwingenden Widerrufsgrund dar. Sonstige Rechtswidrigkeiten seien eine ungenügende Mindestbeteiligung der GGGG, eine unzureichende Haftpflichtversicherung, ein fehlender Nachweis zu Englischkenntnissen sowie die Mehrfachnennung von Referenzprojekten. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines fairen, transparenten und den Regeln des lautereren Wettbewerbs entsprechenden Vergabeverfahrens, Teilnahme an einem solchen Vergabeverfahren, Vergabe der Leistung nur an geeignete Bieter, vergaberechtskonforme Beurteilung der eingelangten Angebote, Ausscheiden von nicht vergaberechtskonformen bzw. ausschreibungskonformen Angeboten, Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, Erteilung des Zuschlags zu ihren Gunsten sowie Widerruf des Vergabeverfahrens verletzt.

Darüber hinaus beantragte die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch genannt. Dazu erhob sie das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass die Auftraggeberin gehindert werden müsse, unumkehrbare Tatsachen zu schaffen. In der Regel sei eine einstweilige Verfügung zu erlassen. Das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der im gegenständlichen Verfahren von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße überwiege bei weitem allfällige nachteilige Folgen einer derartigen Maßnahme für die Auftraggeberin. Der Antragstellerin drohe im Fall der Zuschlagserteilung an einen Mitbieter der Eintritt des geltend gemachten Schadens. Sie wäre zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Es seien keine Interessen der Auftraggeberin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprächen. Die Auftraggeberin hätte auch die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Erstellung ihrer Zeitpläne berücksichtigen müssen. Besondere öffentliche Interessen, die für eine Fortführung des Vergabeverfahrens seien nicht ersichtlich.

Am 3. September 2014 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte.

Am 4. September 2014 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag, dem Antrag auf Akteneinsicht und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin wegen des Ablaufs und der nicht rechtzeitigen der Bindungsfrist des Angebots und damit mangels Vorliegens eines zuschlagsfähigen Angebots das Interesse am Vertragsabschluss die Antragslegitimation fehle. Das Vorbringen der Antragstellerin lasse den Rückschluss zu, dass sie auf unzulässige Art und Weise Informationen erhalten habe und damit die berufliche Zuverlässigkeit zumindest verloren habe. Ein Ausschlussgrund des § 229 Abs 1 BVergG liege vor. Der Antragstellerin fehle die Antragslegitimation. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei mangels Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags abzuweisen. Das Vorbringen betreffend die Ausschreibung seien präkludiert. Überdies sei sie hinlänglich konkret, sodass vergleichbare Angebote möglich seien. Es liege keine Mehrfachbeteiligung vor. Beim Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin habe eine vertiefte Angebotsprüfung stattgefunden. Der Preis sei plausibel. Eine Berufung auf die Kostenschätzung der Auftraggeberin sei nicht möglich, da es eine solche nicht gegeben habe, sondern sie eine Budgetobergrenze festgelegt habe. Die Beteiligung der GGGG am Projekt sei ausreichend, die Haftpflichtversicherung und die Englischkenntnisse des Schlüsselpersonal genügen. Es lägen keine identen Referenzprojekte vor. Die Auftraggeberin beantragte daher, das Bundesverwaltungsgericht möge den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als unzulässig zurückweisen, in eventu als unbegründet abweisen, den Antrag auf Nachprüfung (einschließlich Kostenersatz) als unzulässig zurückweisen, in eventu als unbegründet abweisen. Am 4. September 2014 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag, dem Antrag auf Akteneinsicht und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin wegen des Ablaufs und der nicht rechtzeitigen der Bindungsfrist des Angebots und damit mangels Vorliegens eines zuschlagsfähigen Angebots das Interesse am Vertragsabschluss die Antragslegitimation fehle. Das Vorbringen der Antragstellerin lasse den Rückschluss zu, dass sie auf unzulässige Art und Weise Informationen erhalten habe und damit die berufliche Zuverlässigkeit zumindest

verloren habe. Ein Ausschlussgrund des Paragraph 229, Absatz eins, BVergG liege vor. Der Antragstellerin fehle die Antragslegitimation. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei mangels Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags abzuweisen. Das Vorbringen betreffend die Ausschreibung seien präkludiert. Überdies sei sie hinlänglich konkret, sodass vergleichbare Angebote möglich seien. Es liege keine Mehrfachbeteiligung vor. Beim Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin habe eine vertiefte Angebotsprüfung stattgefunden. Der Preis sei plausibel. Eine Berufung auf die Kostenschätzung der Auftraggeberin sei nicht möglich, da es eine solche nicht gegeben habe, sondern sie eine Budgetobergrenze festgelegt habe. Die Beteiligung der GGGG am Projekt sei ausreichend, die Haftpflichtversicherung und die Englischkenntnisse des Schlüsselpersonal genügen. Es lägen keine identen Referenzprojekte vor. Die Auftraggeberin beantragte daher, das Bundesverwaltungsgericht möge den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als unzulässig zurückweisen, in eventu als unbegründet abweisen, den Antrag auf Nachprüfung (einschließlich Kostenersatz) als unzulässig zurückweisen, in eventu als unbegründet abweisen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogenrömisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

Die Breitspur Planungsgesellschaft mbH ist eine Tochtergesellschaft von viewr nationalen Eisenbahngesellschaften, nämlich ÖBB (Österreich), ŽSR (Slowakei), UZ (Ukraine) und RZD (Russland) mit Sitz in Wien. Ihre Tätigkeit ist die Planung einer Breitspureisenbahn vom Großraum Wien/Bratislava bis Wladiwostok, Peking und Shanghai. (www.breitspur.com)

Sie führt unter der Bezeichnung "Engineering Services for the Elaboration of a Feasibility Study (technical and environmental part) incl. Corridor and Route Selection and as an option Pre-Design" ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip durch. Der CPV-Code ist 71300000-1 - Dienstleistung von Ingenieurbüros. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert beträgt mehr als € 400.000 ohne USt. Aufgrund der zu erwartenden internationalen Zusammensetzung der teilnehmenden Konsortien konnte die Auftraggeberin keine seriöse Kostenschätzung vornehmen. Sie veröffentlichte eine Bekanntmachung am 31. August 2013 im Supplement zum Amtsblatt der EU und am 4. September 2013 in der Wiener Zeitung. Sie lud am 11. November 2013 die ausgewählten Bewerber zur Angebotsabgabe ein. Sie öffnete die 1. Qualitätsangebote am 9. Dezember 2013. Sie forderte die Bieter am 20. Dezember 2013 auf, ein 2. Qualitätsangebot zu legen. Sie öffnete die 2. Qualitätsangebote am 14. Jänner 2013. Am 15. Jänner 2014 führte sie ein Hearing durch. Sie öffnete die 1. und 2. Preisangebote am 7. Februar 2014. Am 27. März 2014 führte sie das Verhandlungsgespräch mit dem Bestbieter durch. Sie traf am 14. August 2014 die Zuschlagsentscheidung und teilte am 19. August 2014 den Bieter die Zuschlagsentscheidung mit. Die vier billigsten Angebote legten das Consortium "KKKK" (LLLL - JJJJ - MMMM) bestehend aus JJJJ und MMMM, Österreich, mit einer Angebotssumme von €

6.335.050 ohne USt, das EEEE FFFF-GGGG-GGGG bestehend aus OOOO,GGGGund PPPP, Österreich, mit einer Angebotssumme von €

5.988.195,91 ohne USt, AAAA (BBBB - CCCC - DDDD) bestehend aus BBBB, CCCC und DDDD, Österreich, mit einer Angebotssumme von €

10.974.407,37 ohne USt sowie Consortium QQQQ RRRR/ SSSS, mit einer Angebotssumme von € 9.156.743,40 ohne USt. (Auskunft der Auftraggeberin).

Die Auftraggeberin hat das Vergabeverfahren weder widerrufen noch den Zuschlag erteilt (Stellungnahme der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €

18.468. (Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die

herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht 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. Einstweilige Verfügungen und verfahrensleitende Beschlüsse sind davon ausgenommen. Die Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen. Gemäß Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Einstweilige Verfügungen und verfahrensleitende Beschlüsse sind davon ausgenommen. Die Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. 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, leg.cit.). 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 Bundesverwaltungsgericht neben dem BVergG die Bestimmungen des VwGVG und des AVG anzuwenden. Gemäß Paragraph 311, BVergG sind in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht neben dem BVergG die Bestimmungen des VwGVG und des AVG anzuwenden.

Gemäß § 28 Abs 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß § 31 Abs 1 VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist. 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. Gemäß Paragraph 31, Absatz eins, VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist.

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 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 hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 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 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 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 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigkeitsklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigkeitsklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs 4 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Zu A) - Einstweilige Verfügung

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Breitspur Planungsgesellschaft mbH. Sie ist eine Gesellschaft nach österreichischem Recht und hat ihren Sitz in Österreich. Ihre Eigentümer sind die staatlichen Eisenbahngesellschaften aus Österreich, Slowakei, Ukraine und Russland zu je 25%. Ihr Unternehmensgegenstand ist die Planung einer Eisenbahnstrecke. Sie ist daher öffentliche Auftraggeberin (zur ÖBB zB BVA 4. 10. 2013, N/0088-BVA/10/2013-40). Sie übt daher eine Sektorentätigkeit gemäß § 69 Abs 1 BVergG aus und ist damit öffentliche Sektorenauftraggeberin gemäß § 164 BVergG (st Rspr, zB BVA 4. 10. 2013, N/0088-BVA/10/2013-40). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß §§ 174 iVm 6 iVm Anh III Z 12 BVergG um einen prioritären Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 180 Abs 1 Z 1 BVergG, sodass gemäß § 180 Abs 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Breitspur Planungsgesellschaft mbH. Sie ist eine Gesellschaft nach österreichischem Recht und

hat ihren Sitz in Österreich. Ihre Eigentümer sind die staatlichen Eisenbahngesellschaften aus Österreich, Slowakei, Ukraine und Russland zu je 25%. Ihr Unternehmensgegenstand ist die Planung einer Eisenbahnstrecke. Sie ist daher öffentliche Auftraggeberin (zur ÖBB zB BVA 4. 10. 2013, N/0088-BVA/10/2013-40). Sie übt daher eine Sektorentätigkeit gemäß Paragraph 69, Absatz eins, BVergG aus und ist damit öffentliche Sektorenauftraggeberin gemäß Paragraph 164, BVergG (st Rspr, zB BVA 4. 10. 2013, N/0088-BVA/10/2013-40). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraphen 174, in Verbindung mit 6 in Verbindung mit Anh römisch drei Ziffer 12, BVergG um einen prioritären Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG, sodass gemäß Paragraph 180, Absatz eins, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Da die Auftraggeberin zumindest eine Sektorentätigkeit ausübt und ihren in Sitz in Österreich hat, ist sie als Sektorenauftraggeberin iSd BVergG anzusehen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG ist sohin gegeben. Da die Auftraggeberin zumindest eine Sektorentätigkeit ausübt und ihren in Sitz in Österreich hat, ist sie als Sektorenauftraggeberin iSd BVergG anzusehen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts 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 d, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher vorläufig davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher vorläufig davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Durchführung von Verhandlungen beabsichtigt ist, ohne die Antragstellerin einzubeziehen. Es kann aus der Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie daher an einem sodann rechtmäßigen Verfahren erfolgreich teilnehmen wird können, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Mit der vorliegenden einstweiligen Verfügung müssen daher - bei Nichtüberwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG - Maßnahmen getroffen werden, die eine spätere den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechende Teilnahme am Vergabeverfahren über die ausgeschriebenen Leistungen und eine Zuschlagserteilung ermöglicht. Zur wirksamen Sicherung dieser möglicherweise bestehenden Ansprüche muss daher das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten werden, der eine allfällige spätere Teilnahme und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG sowie auch im Hinblick auf

die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Durchführung von Verhandlungen beabsichtigt ist, ohne die Antragstellerin einzubeziehen. Es kann aus der Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie daher an einem sodann rechtmäßigen Verfahren erfolgreich teilnehmen wird können, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Mit der vorliegenden einstweiligen Verfügung müssen daher - bei Nichtüberwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG - Maßnahmen getroffen werden, die eine spätere den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechende Teilnahme am Vergabeverfahren über die ausgeschriebenen Leistungen und eine Zuschlagserteilung ermöglicht. Zur wirksamen Sicherung dieser möglicherweise bestehenden Ansprüche muss daher das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten werden, der eine allfällige spätere Teilnahme und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen im Wesentlichen in der Abwendung des drohenden Schadens und damit im Erhalt des Auftrags.

Die Auftraggeberin brachte gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung vor, dass mangels bindendem Angebots das Interesse am Vertragsabschluss fehle und der Antragstellerin die berufliche Zuverlässigkeit fehle.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12). Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12).

Öffentliche Interessen, die eine sofortige Vergabe des Auftrags erforderlich machen würden, sind nicht ersichtlich.

Eine Zuschlagserteilung ist gemäß § 274 zweiter Satz BVergG auch nach Ablauf der Zuschlagsfrist möglich, wenn auch der Zuschlagsempfänger in diesem Fall den Zuschlag ausdrücklich annehmen muss (VwGH 27. 9. 2000, 2000/04/0052), sodass der Antragstellerin das Interesse am Vertragsabschluss insofern nicht verloren gegangen ist, weil sie weiterhin den Zuschlag erhalten kann. Eine Zuschlagserteilung ist gemäß Paragraph 274, zweiter Satz BVergG auch nach Ablauf der Zuschlagsfrist möglich, wenn auch der Zuschlagsempfänger in diesem Fall den Zuschlag ausdrücklich annehmen muss (VwGH 27. 9. 2000, 2000/04/0052), sodass der Antragstellerin das Interesse am Vertragsabschluss insofern nicht verloren gegangen ist, weil sie weiterhin den Zuschlag erhalten kann.

Feststellungen über die berufliche Zuverlässigkeit, die einen Schluss auf deren Wegfall wegen einer unerlaubten Informationsbeschaffung zulassen, sind derzeit weder aus den Schriftsätzen noch aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens erkennbar. Es ist daher vorerst von der Antragslegitimation der Antragstellerin auszugehen.

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der

eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin am Vergabeverfahren ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung an das EEEE FFFF-GGGG-HHHH ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird (zB BVwG 10. 1. 2014, W187 2000170-1/11; BVA 17. 5. 2011, N/0036-BVA/10/2011-EV23).

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 begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichts 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. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVwG 10. 1. 2014, W187 2000170-1/11; BVA 9. 9. 2011, N/0084-BVA/10/2011-EV14; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054). 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 begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichts 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. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVwG 10. 1. 2014, W187 2000170-1/11; BVA 9. 9. 2011, N/0084-BVA/10/2011-EV14; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054).

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 (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

Antragslegimitation, Dienstleistungsauftrag, drohende Schädigung, einstweilige Verfügung, Entscheidungsfrist, fairer Wettbewerb,

Frist, Interessensabwägung, Kalkulation, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachteil, öffentlicher Auftraggeber, öffentliches Interesse, Plausibilität, Provisorialverfahren, Schaden, Umweltverträglichkeitsprüfung, unmittelbar drohende Schädigung, Untersagung, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Vergleichbarkeit der Angebote, vertiefte Angebotsprüfung, Vertraulichkeit, Wettbewerb, Wettbewerbsrelevanz, Widerruf, Widerrufsgrund, Zuschlagsverbot, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, Zuverlässigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W187.2011321.1.00

Zuletzt aktualisiert am

08.10.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at