

TE Uvs Bescheid 2009/4/28 314-007/09

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.04.2009

Norm

BVergG 2006 §20

BVergG 2006 §129 Abs1 Z8

1. BVergG 2006 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg hat durch sein Mitglied Dr Böhler über 1. den Antrag der S AG, W, und 2. den Antrag der Firma H & J GmbH, F, jeweils auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung des Landes Vorarlberg und/bzw der Marktgemeinde S, jeweils betreffend das Vergabeverfahren L 188, Montafonerstraße, km 76,40 bis km 78,20, „S, Ausbau, Teil 1“ zu Recht erkannt:

1. Gemäß den §§ 4 Abs 2 und 13 Abs 1 des Vergabenachprüfungsgesetzes werden die Anträge auf Nichtigklärung jeweils abgewiesen. 1. Gemäß den Paragraphen 4, Absatz 2 und 13 Absatz eins, des Vergabenachprüfungsgesetzes werden die Anträge auf Nichtigklärung jeweils abgewiesen.
2. Gemäß § 19 des Vergabenachprüfungsgesetzes werden die Anträge der Antragsteller auf Gebührenersatz abgewiesen. 2. Gemäß Paragraph 19, des Vergabenachprüfungsgesetzes werden die Anträge der Antragsteller auf Gebührenersatz abgewiesen.

Text

1.1. In einem am 1.4.2009 beim Unabhängigen Verwaltungssenat eingelangten Schriftsatz stellte der Antragsteller S AG den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz. Der Antrag lautet im Wesentlichen wie folgt:

„4.1 Nicht BVergG-konforme Angebote der W + M Bau GmbH Gemäß Punkt 22.1.1 und Punkt 22.2.1 Ausschreibungsunterlagen ist festgesetzt: „Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, wird der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt.“

Der Auftraggeber hätte sowohl die Angebote der W+ M Bau GmbH, als auch das Angebot der W + M Asphaltbau GmbH ausscheiden müssen.

Gemäß § 83 BVergG 2006 sowie gemäß Punkt 12 Ausschreibungsunterlagen ist die Weitergabe des gesamten Auftrags unzulässig. Enthält ein Angebot trotzdem eine 100%ige Weitergabe des Auftrags, so ist das Angebot zwingend auszuschneiden (Schramm/Öhler/Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BergG 2002, § 70 Rz 15 mwN). Wie der Auftraggeber selbst in seinem Schreiben vom 30.03.2009 festhält, liegt hinsichtlich des Abschnitts B eine 100%ige Weitergabe des Auftrags von der W + M Bau GmbH an die W + M Asphaltbau GmbH vor. Der Auftraggeber hätte daher das Angebot der W + M Bau GmbH für den Abschnitt B ausschneiden müssen. Ein ausgeschiedenes Angebot kommt aber für eine Zuschlagserteilung nicht mehr in Betracht (vgl. Punkt 22.1.1 und Punkt 22.2.1 Ausschreibungsunterlagen (Hervorhebung durch uns): „Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, wird der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt“). Gemäß Paragraph 83, BVergG 2006 sowie gemäß Punkt 12 Ausschreibungsunterlagen ist die Weitergabe des gesamten Auftrags unzulässig. Enthält ein Angebot trotzdem eine 100%ige Weitergabe des Auftrags, so ist das Angebot zwingend auszuschneiden (Schramm/Öhler/Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BergG 2002, Paragraph 70, Rz 15 mwN). Wie der Auftraggeber selbst in seinem Schreiben vom 30.03.2009 festhält, liegt hinsichtlich des Abschnitts B eine 100%ige Weitergabe des Auftrags von der W + M Bau GmbH an die W + M Asphaltbau GmbH vor. Der Auftraggeber hätte daher das Angebot der W + M Bau GmbH für den Abschnitt B ausschneiden müssen. Ein ausgeschiedenes Angebot kommt aber für eine Zuschlagserteilung nicht mehr in Betracht vergleiche Punkt 22.1.1 und Punkt 22.2.1 Ausschreibungsunterlagen (Hervorhebung durch uns): „Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, wird der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt“).

Weiters hätte der Auftraggeber auch das Angebot der W + M Bau GmbH für den Abschnitt B sowie das Angebot der W + M Asphaltbau GmbH für den Abschnitt B ausschneiden müssen, da eine Mehrfachbeteiligung eines Unternehmens vorliegt. Die W + M Asphaltbau GmbH tritt nämlich bei einer Ausschreibung einmal als Bieter und einmal als Subunternehmer auf. Dies ist rechtswidrig, da dadurch ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil vorliegt: Es kommt zu einer Einflussnahme der W + M Asphaltbau GmbH auf das Angebot der W + M Bau GmbH, was sich nicht zuletzt im auf den Cent genau (!) gleichen Angebotspreis (vor Abzug Nachlass) niederschlägt (vgl. Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BergG 2002, § 21 [Exkurs] Rz 4. Der Auftraggeber hätte dies bei einer vertieften Angebotsprüfung gemäß §§ 123ff BVergG 2006 erkennen müssen. Weiters hätte der Auftraggeber auch das Angebot der W + M Bau GmbH für den Abschnitt B sowie das Angebot der W + M Asphaltbau GmbH für den Abschnitt B ausschneiden müssen, da eine Mehrfachbeteiligung eines Unternehmens vorliegt. Die W + M Asphaltbau GmbH tritt nämlich bei einer Ausschreibung einmal als Bieter und einmal als Subunternehmer auf. Dies ist rechtswidrig, da dadurch ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil vorliegt: Es kommt zu einer Einflussnahme der W + M Asphaltbau GmbH auf das Angebot der W + M Bau GmbH, was sich nicht zuletzt im auf den Cent genau (!) gleichen Angebotspreis (vor Abzug Nachlass) niederschlägt vergleiche Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BergG 2002, Paragraph 21, [Exkurs] Rz 4. Der Auftraggeber hätte dies bei einer vertieften Angebotsprüfung gemäß Paragraphen 123 f, f, BVergG 2006 erkennen müssen.

Überdies besteht auch eine personelle Verflechtung zwischen den beiden genannten Unternehmen, nämlich in Person des einzigen und selbständig vertretungsbefugten Geschäftsführers, Herrn DI J W, sodass auch bereits aus diesem Grund eine unzulässige Verschränkung der Bieter vorliegt, die – wie auch die anderen obgenannten Punkte – zu einem Ausscheiden aller Angebote der W + M Bau GmbH (somit für die Abschnitte A + C und für den Abschnitt B) und der W + M Asphaltbau GmbH führen muss (vgl. Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BergG 2002, § 21 [Exkurs] Rz 23). Überdies besteht auch eine personelle Verflechtung zwischen den beiden genannten Unternehmen, nämlich in Person des einzigen und selbständig vertretungsbefugten Geschäftsführers, Herrn DI J W, sodass auch bereits aus diesem Grund eine unzulässige Verschränkung der Bieter vorliegt, die – wie auch die anderen obgenannten Punkte – zu einem Ausscheiden aller Angebote der W + M Bau GmbH (somit für die Abschnitte A + C und für den Abschnitt B) und der W + M Asphaltbau GmbH führen muss vergleiche Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BergG 2002, Paragraph 21, [Exkurs] Rz 23).

Der Auftraggeber hätte die Angebote der W + M Bau GmbH und der W + M Asphaltbau GmbH, jedenfalls aber das Angebot der W + M Bau GmbH für die Abschnitte A + C und das Angebot der W + M Bau GmbH für den Abschnitt B gemäß § 129 BVergG 2006 ausschneiden und hätte die Zuschlagsentscheidung nicht zugunsten der W + M Bau GmbH, sondern hinsichtlich Abschnitt A + C zu unseren Gunsten aussprechen müssen. Die Zuschlagsentscheidung ist daher mit Rechtswidrigkeit belastet. Der Auftraggeber hätte die Angebote der W + M Bau GmbH und der W + M Asphaltbau

GmbH, jedenfalls aber das Angebot der W + M Bau GmbH für die Abschnitte A + C und das Angebot der W + M Bau GmbH für den Abschnitt B gemäß Paragraph 129, BVergG 2006 ausscheiden und hätte die Zuschlagsentscheidung nicht zugunsten der W + M Bau GmbH, sondern hinsichtlich Abschnitt A + C zu unseren Gunsten aussprechen müssen. Die Zuschlagsentscheidung ist daher mit Rechtswidrigkeit belastet.

4.2 Billigste Angebote

Selbst wenn man den in Punkt 4.1 angeführten Argumenten nicht folgen würde – wovon wir nicht ausgehen –, so ist jedenfalls die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

Der Auftraggeber gibt in seiner Zuschlagsentscheidung zugunsten der W + M Bau GmbH die Vergabesumme für Abschnitt A + C mit € 843.301,20 (inkl. USt und Nachlass von 3%) und für den Abschnitt B mit € 488.433,31 (inkl. USt und Nachlass von 3%)
gesamt € 1.331.734,51 (inkl. USt)

an.

Selbst wenn man das Angebot der W + M Bau GmbH für den Abschnitt B nicht ausscheiden würde, so wäre aber unser Angebot für den Abschnitt A + C gemeinsam mit dem Angebot der W + M Bau GmbH für den Abschnitt B die für den Auftraggeber günstigste Kombination.

Abschnitt A + C, S AG: € 702.269,52 netto

€ 842.723,42 (inkl. USt)

Abschnitt B, W + M Bau GmbH: € 419.616,25 netto

inkl. 3% Nachlass: € 407.027,76 netto

= € 488.433,31 (inkl. USt)

gesamt € 1.331.156,74 (inkl. USt)

Eine Gegenüberstellung der Summen von € 1.331.734,51 (inkl. USt) und € 1.331.156,74 (inkl. USt) zeigt deutlich, dass damit die zweitgenannte Kombination die für den Auftraggeber iSv Punkt 14 Ausschreibungsunterlagen günstigste darstellt.

Auch aus diesem Grund ist daher die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet.“

1.2. Gleichzeitig wurde beantragt, der Unabhängige Verwaltungssenat möge den Auftraggebern durch einstweilige Verfügung untersagen, den Zuschlag für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens zu erteilen.

2.1. In einem am 1.4.2009 beim Unabhängigen Verwaltungssenat eingelangten Schriftsatz stellte der Antragsteller H & J GmbH den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz. Der Antrag lautet im Wesentlichen wie folgt:

„I.

Die Antragstellerin ist dadurch in ihren Rechten verletzt, als ihr die Antragsgegnerin rechtswidrig den Zuschlag für die Ausführung der Belagsarbeiten gemäß Abschnitt B) der Ausschreibung nicht erteilen will.

1.1.

Die Kombination der beiden Angebote der W+M Bau GmbH – für Abschnitt A) und C) einerseits sowie Abschnitt B) andererseits – i.H.v. € 1.331.734,51 inkl. Umsatzsteuer oder netto € 1.109.778,76 entspricht in Summe nicht dem niedrigsten Angebotspreis.

Für die Abschnitte A) und C) ist das billigste Angebot jenes der S AG über netto € 702.269,52. Wird dieses Angebot mit dem billigsten Angebot der W+M Bau GmbH für Abschnitt B) i.H.v. € 407.027,76 addiert, ergibt sich ein Gesamtangebotspreis von € 1.109.297,28 netto oder brutto € 1.331.156,74.

Die Kombination der beiden Angebote der W+M Bau GmbH ist um € 481,48 netto oder € 577,78 brutto teurer als die Kombination des Angebotes der STRABAG AG für Abschnitt A) und C) mit jenem der W+M Bau GmbH für Abschnitt B).

Die von der Antragsgegnerin beabsichtigte Erteilung des Zuschlages der Abschnitte A) und C) an die W+M Bau GmbH steht in Widerspruch zu den Ausschreibungs- sowie gesetzlichen Bestimmungen und ist nicht zulässig.

1.2.

Da mangels niedrigstem Angebotspreis der Zuschlag sämtlicher Abschnitte an die W+M Bau GmbH nicht zulässig ist, kann der von ihr gewährte Paketnachlass von 3% auch hinsichtlich der Belagsarbeiten gemäß Abschnitt B) nicht zur Anwendung gelangen.

Im Unterschied zu den Abschnitten A) und C), für welche von der W+M Bau GmbH ein Nachlass von 2% bei der Vergabe (nur) dieser beiden gemeinsam anzubietenden Abschnitte angeboten wurde, wurde von ihr für die Belagsarbeiten gemäß Abschnitt B) im Fall der Vergabe (nur) dieses Abschnittes kein Nachlass angeboten.

Das Angebot der W+M Bau GmbH für Abschnitt B) beläuft sich ohne Nachlass auf netto € 419.616,24 oder brutto € 503.539,49. Das Angebot der Antragstellerin für Abschnitt B) beläuft sich auf netto € 414.155,83 oder brutto € 496.987,00. Die Antragstellerin hat für die Belagsarbeiten das günstigste Angebot gelegt.

Der beabsichtigte Zuschlag für die Belagsarbeiten gemäß Abschnitt B) der Ausschreibung an die W+M Bau GmbH steht in Widerspruch zu den Ausschreibungs- und gesetzlichen Bestimmungen und ist nicht zulässig. Diese Zuschlagsentscheidung ist nichtig und aufzuheben.

1.3.

Die W+M Bau GmbH sowie die W+M Asphaltbau GmbH haben für die Belagsarbeiten gemäß Abschnitt B) gesonderte Angebote abgegeben.

Beide Firmen gehören zu einer Unternehmensgruppe und sind am selben Ort domiziliert. Gesellschafter sind bei beiden Unternehmen DI J W, Ing. G W und die Familie W Privatstiftung. Geschäftsführer (handelsrechtlich) bei beiden Unternehmen ist DI J W. Aufgrund der personellen Verflechtungen der beiden Unternehmen sowie der gleichlautenden Angebotsinhalte ist von einer wettbewerbswidrigen Bieterabsprache auszugehen. Durch die Beteiligung an mehreren Angebotsstellungen erhielten die beiden Unternehmen nicht nur Kenntnis vom Inhalt des jeweils anderen Angebotes, welche zu einander im Wettbewerb stehen sollten, sondern konnten damit auch die Preisgestaltung der Angebote und somit die Reihung beeinflussen. Die Absprache ist offenkundig, zumal sich der Angebotspreis der W+M Asphaltbau GmbH auf netto € 419.616,25 beläuft. Werden von diesem Preis 3% in Abzug gebracht, entspricht er exakt dem Angebotspreis der W+M Bau GmbH über netto € 407.027,76. Es handelt sich um dieselben Angebote mit dem – vor Abzug des Paketabschlages von 3% – gleichen Angebotspreis. Eine „rein zufällige“ Gleichheit der Angebote und Angebotspreise von zwei zueinander im Wettbewerb stehenden Bietern ist bei vorliegender Konstellation denk unmöglich.

Dieses vergaberechtlich unzulässige Vorgehen wird in vorliegender Angelegenheit umso mehr verstärkt, als davon ausgegangen werden muss, dass die W+M Asphaltbau GmbH für die W+M Bau GmbH die gesamten Belagsarbeiten zu erbringen hätte, zumal deren Geschäftszweig im Gegensatz zu jenem der Bau GmbH insbesondere auf die Ausführung von Tiefbauten im Zusammenhang mit dem Straßen- und Asphaltbau abstellt. Da gemäß Pkt. 12 der Bestimmungen für das Angebot sowie § 83 BVergG die Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig ist, wäre das Angebot der W+M Bau GmbH hinsichtlich Abschnitt B) jedenfalls auszuschneiden gewesen. Dieses vergaberechtlich unzulässige Vorgehen wird in vorliegender Angelegenheit umso mehr verstärkt, als davon ausgegangen werden muss, dass die W+M Asphaltbau GmbH für die W+M Bau GmbH die gesamten Belagsarbeiten zu erbringen hätte, zumal deren Geschäftszweig im Gegensatz zu jenem der Bau GmbH insbesondere auf die Ausführung von Tiefbauten im Zusammenhang mit dem Straßen- und Asphaltbau abstellt. Da gemäß Pkt. 12 der Bestimmungen für das Angebot sowie Paragraph 83, BVergG die Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig ist, wäre das Angebot der W+M Bau GmbH hinsichtlich Abschnitt B) jedenfalls auszuschneiden gewesen.

Aber selbst dann, wenn der Auftrag hinsichtlich Abschnitt B) von der W+M Bau GmbH nicht zur Gänze an die W+M Asphaltbau GmbH weitergegeben werden sollte und von der Asphaltbau GmbH (lediglich) Subunternehmerleistungen zu erbringen wären, hätten die Angebote der W+M Unternehmensgruppe ausgeschieden werden müssen, weil ein und dieselbe Person – die Asphaltbau GmbH – bei Abschnitt B) sowohl als Subunternehmer wie auch als Bieter aufgetreten ist. Im Verhältnis zwischen Subunternehmer und Bieter handelt es sich vor allem hinsichtlich der Belagsarbeiten

gemäß Abschnitt B) um eine unzulässige Bieterabsprache, weil es zur Einflussnahme auf den Angebotsinhalt und zur Kenntnis von im Rahmen der Angebotsbewertung wesentlichen Inhalten gekommen ist, was sich bereits aus den gleichlautenden Angebotsinhalten und den Preisen für Abschnitt B) ergibt.“

2.2. Gleichzeitig wurde beantragt, der Unabhängige Verwaltungssenat möge dem Auftraggeber durch einstweilige Verfügung untersagen, den Zuschlag für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens zu erteilen.

2. Mit Bescheid vom 07.04.2009, UVS-314a-005/E5-2009 und UVS-314a-006/E5-2009, hat der Unabhängige Verwaltungssenat den in den obigen Punkten 1.2. und 2.2. erwähnten Anträgen der Antragsteller auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insoweit Folge gegeben, als dem Land Vorarlberg (hinsichtlich der Abschnitte A + B) und der Marktgemeinde S (hinsichtlich des Abschnittes C) jeweils untersagt wurde, im gegenständlichen Vergabeverfahren bis zur Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates über die ebenfalls eingebrachten Anträge der Antragsteller auf Nichtigerklärung den Zuschlag zu erteilen.

3. Der Auftraggeber hat eine Gegenschrift zu den Vorbringen nach den Punkten 1.1. und 2.1. erstattet und ist diesen darin entgegengetreten.

4. Der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger (mitbeteiligte Partei Firma W-Bau GmbH) hat mit Schriftsatz vom 09.04.2009 begründete Einwendungen erhoben.

5.1. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat in gegenständlicher Angelegenheit eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Folgender, im wesentlichen unbestrittener Sachverhalt steht fest:

5.2. Das Land Vorarlberg (für die Abschnitte A + B) und die Marktgemeinde S (für den Abschnitt C) haben das Vergabeverfahren „L 188, Montafonerstraße, km 76,40 - km 78,20, „S, Ausbau, Teil 1““ ausgeschrieben. Leistungsgegenstand ist eine Bauleistung und zwar Abschnitt A: Straßenbau, Abschnitt B: Belag und Abschnitt C: Erweiterung der Wasserversorgungsanlage S BA12.

In den Ausschreibungsunterlagen ist im Teil A (Bestimmungen für das Angebot) ua Folgendes festgehalten:

„12 SUBUNTERNEHMER

Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den §§ 72 und 73 BVergG 2006 besitzt. Der Bieter hat die entsprechenden Nachweise entsprechend Pkt. 8 auch für vorgesehene Subunternehmer beizubringen. Jedenfalls bekannt zu geben sind die Subunternehmer, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist unter Beilage der erforderlichen Bescheinigungen und dem Nachweis, dass der Bieter über deren Kapazitäten bzw. bei der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Auftraggeber über die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten verfügt. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den Paragraphen 72 und 73 BVergG 2006 besitzt. Der Bieter hat die entsprechenden Nachweise entsprechend Pkt. 8 auch für vorgesehene Subunternehmer beizubringen. Jedenfalls bekannt zu geben sind die Subunternehmer, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist unter Beilage der erforderlichen Bescheinigungen und dem Nachweis, dass der Bieter über deren Kapazitäten bzw. bei der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Auftraggeber über die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten verfügt.

Der Bieter hat Art und Umfang aller wesentlichen Leistungsteile anzugeben, welche er an Subunternehmer übertragen will, gleichgültig, in welchem Ausmaß ein Subunternehmer für den Bieter tätig sein soll, und die vorgesehenen Subunternehmer zu benennen (Anlage 2).

Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig.

.....

14 ZULÄSSIGKEIT VON TEILANGEBOTEN UND TEILVERGABE

Die Legung von Teilangeboten ist zulässig. Die Abschnitte A) und C) werden nur gemeinsam vergeben. Der Abschnitt B) kann getrennt angeboten und vergeben werden. Der Zuschlag erfolgt auf die für den Auftraggeber

günstigste Kombination. Ein für den Fall der Gesamtvergabe angebotener bedingter Preisnachlass (Paketrnachlass) ist zulässig. Er wird jedoch nur dann berücksichtigt, wenn er in der Kostenübersicht angegeben ist.

....

22 BEWERTUNG DER ANGEBOTE

22.1. Zuschlagskriterien für die gemeinsam anzubietenden Abschnitte A) und C)

22.1.1. Allgemeines

Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, wird der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt.

Bei gleichwertigen Angeboten erhält jener Bieter den Zuschlag, der oder dessen Subunternehmer im Verhältnis zur Gesamtarbeitnehmerzahl mehr Lehrlinge beschäftigt. Österreichische Bieter haben die Ausbildungsverhältnisse durch Bescheinigungen der zuständigen Kammern oder entsprechende andere Nachweise zu belegen. Ausländische Bieter weisen ihre Ausbildungstätigkeit durch gleichwertige Bescheinigungen ihres Herkunftslandes nach.

22.2. Zuschlagskriterien für Abschnitt B)

22.2.1. Allgemeines

Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, wird der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt.

Bei gleichwertigen Angeboten erhält jener Bieter den Zuschlag, der oder dessen Subunternehmer im Verhältnis zur Gesamtarbeitnehmerzahl mehr Lehrlinge beschäftigt. Österreichische Bieter haben die Ausbildungsverhältnisse durch Bescheinigungen der zuständigen Kammern oder entsprechende andere Nachweise zu belegen. Ausländische Bieter weisen ihre Ausbildungstätigkeit durch gleichwertige Bescheinigungen ihres Herkunftslandes nach.“

5.3. Bis zum Ende der Angebotsfrist haben zwölf Unternehmen Angebote eingereicht.

5.4. Im Angebot der mitbeteiligten Partei war in der Anlage 2 (Verzeichnis der Subunternehmen) ua angegeben, dass für die Teilleistung „Asphalt“ der Subunternehmer W Asphaltbau GmbH vorgesehen sei.

Dem Angebot der mitbeteiligten Partei war ein Begleitschreiben vom 10.3.2009 beigegeschlossen, welches wie folgt lautete:

„Unserem Angebot ist zur Klarstellung der Angebotssummen sowohl der Abschnitte ABC als Paket, wie auch die Abgabe der Leistung für Abschnitt A und C beigelegt. Bei Vergabe von Abschnitt A und C gewähren wir einen Nachlass von 2 %. Bei Vergabe der Abschnitte A, C und B gemeinsam, gewähren wir auf alle drei Abschnitte 3 % Nachlass (siehe beiliegende Kostenübersichtsblätter).“

Weiters war im Angebot der mitbeteiligten Partei die Seite 233 (Kostenübersicht) zwei Mal enthalten, da die mitbeteiligte Partei diese Seite kopiert, jeweils ausgefüllt und dem Angebot beigegeschlossen hatte. Bei der ersten Kostenübersicht wurde von der mitbeteiligten Partei neben der Überschrift „Kostenübersicht“ handschriftlich der Vermerk „A,C“ angebracht; weiters wurde ein 2%iger Nachlass eingetragen. Bei der zweiten Kostenübersicht brachte die mitbeteiligte Partei neben der Überschrift den handschriftlichen Vermerk „A,C,B“ an und gewährte einen 3%igen Nachlass; gleichzeitig wurde unter der Rubrik „Paketabschlag: Nachlass bei gemeinsamer Vergabe der Abschnitte..... %“ handschriftlich festgehalten, dass für die Abschnitte „A,C“ ein „2“iger Nachlass gewährt werde.

Darüber hinaus waren dem Angebot der mitbeteiligten Partei 5 Kurzleistungsverzeichnisse (je zwei für die Abschnitte A und C sowie eines für den Abschnitt B) mit je einem Begleitschreiben beigelegt. Im ersten Kurzleistungsverzeichnis für den Abschnitt A war ein 2%iger Nachlass eingetragen; im diesbezüglichen Begleitschreiben war im Betreff näher erläuternd wie folgt festgehalten: „ANBOT - Abschnitt A)“. Im zweiten Kurzleistungsverzeichnis für den Abschnitt A war ein 3%iger Nachlass vorgesehen; im do Begleitschreiben ist diesbezüglich im Betreff „ANBOT - Paket Abschnitt A)“ angeführt. Im ersten Kurzleistungsverzeichnis für den Abschnitt C wurde ein 2%iger Nachlass eingeräumt; hier stand im Begleitschreiben im Betreff „ANBOT - Abschnitt C)“ geschrieben. Im zweiten Kurzleistungsverzeichnis für den

Abschnitt C wurde ein 3%iger Nachlass gewährt; in diesem Begleitschreiben ist im Betreff wie folgt ausgeführt: „ANBOT - Paket Abschnitt C)“. Im Kurzleistungsverzeichnis des Abschnittes B ist ebenfalls ein 3%iger Nachlass angeführt; im Begleitschreiben hierzu ist im Betreff „ANBOT - Paket Abschnitt B)“ festgehalten.

5.5. Die mitbeteiligte Partei und die Firma W Asphaltbau GmbH gehören zu einer Unternehmensgruppe. Beide Firmen haben dieselbe Telefonnummer, dieselbe Faxnummer und dieselbe E-Mailadresse; weiters haben beide Firmen ihre Geschäftsanschrift am selben Ort.

Der handelsrechtliche Geschäftsführer sowie die Gesellschafter sind bei beiden Gesellschaften jeweils dieselben Personen; dasselbe gilt für zwei der drei (bzw vier) Prokuristen.

Das Angebot der mitbeteiligten Partei und jenes der Fa W Asphaltbau GmbH wurden jeweils von derselben Person erstellt und jeweils vom handelsrechtlichen Geschäftsführer der beiden Gesellschaften für die jeweilige Gesellschaft unterfertigt.

5.6. Am 10.03.2009 fand die Angebotsöffnung statt, wobei die Bieter anwesend waren.

Bei der Angebotsöffnung wurde hinsichtlich des Angebotes der mitbeteiligten Partei nur die „Kostenübersicht A, C, B“ verlesen, da - zufälligerweise - diese Kostenübersicht aufgeschlagen wurde. Weiters wurde das oben erwähnte Begleitschreiben vom 10.03.2009 verlesen. Eine Verlesung der „Kostenübersicht A, C“ ist nicht erfolgt; der bei der Angebotsöffnung anwesende Vertreter der mitbeteiligten Partei hat anlässlich der Angebotsöffnung nicht darauf hingewiesen, dass im Angebot der mitbeteiligten Partei zwei Kostenübersichten enthalten sind.

Die Angebotsöffnung erbrachte ua folgendes Ergebnis:

Angebot

Abschnitt

Angebotssumme in € (exkl. MwSt)

Antragsteller S

A + C

702.269,52

Mitbeteiligte Partei (Fa W Bau GmbH)

A + C

B

724.485,57

419.616,25

Fa W Asphaltbau GmbH

B

419.616,25

Antragsteller J

A + C

B

717.551,36

414.155,83

Die übrigen Angebote lagen preislich über den vorerwähnten Angeboten.

5.7. Am 24.03.2009 führten die Auftraggeber mit der mitbeteiligten Partei sowie dem Antragsteller S jeweils ein Aufklärungsgespräch durch.

5.8. Mit Schreiben vom 25.03.2009 gaben die Auftraggeber bekannt, es sei beabsichtigt, den Zuschlag für die Abschnitte A und C sowie für den Abschnitt B an die mitbeteiligte Partei zu erteilen; bei der jeweiligen Vergabesumme

sei jeweils ein Nachlass von 3 % berücksichtigt worden. Eine Kombination der beiden Angebote ergebe in Summe den niedrigsten Angebotspreis (1.331.734,51 Euro inklusive Umsatzsteuer).

6.1. Das Vergabeverfahren, das den gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zu-grundeliegt, fällt gemäß Art 14b Abs 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes. 6.1. Das Vergabeverfahren, das den gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zu-grundeliegt, fällt gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes.

Bei den Auftraggebern handelt es sich jeweils um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG). Der gegenständliche Auftrag stellt einen Bauauftrag im offenen Verfahren dar. Das gegenständliche Vorhaben ist dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Bei den Auftraggebern handelt es sich jeweils um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG). Der gegenständliche Auftrag stellt einen Bauauftrag im offenen Verfahren dar. Das gegenständliche Vorhaben ist dem Unterschwellenbereich zuzuordnen.

Der Unabhängige Verwaltungssenat ist daher für die Behandlung der gegenständlichen Nachprüfungsanträge sachlich und örtlich zuständig.

6.2. Gemäß § 4 Abs 2 Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitsklage einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. 6.2. Gemäß Paragraph 4, Absatz 2, Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitsklage einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Die Antragsteller haben glaubhaft gemacht, dass sie ein Interesse am Erhalt des gegenständlichen Auftrages haben und ihnen durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden zu entstehen droht. Die vorliegenden Nachprüfungsanträge sind daher von vornherein zulässig.

7. Gemäß § 22 Abs 2 BVerG 2006 ist ein Zuschlag in Teilen einer ausgeschriebenen Gesamtleistung ebenso wie ein bloßer Vorbehalt allfälliger Teilleistungsvergabe unzulässig. Soll die Möglichkeit für eine Vergabe in Teilen gewahrt bleiben, sind sowohl die Gesamtleistung als auch die allenfalls getrennt zur Vergabe gelangenden Teile der Leistung auszuschreiben. In diesem Fall ist dem Bieter auch die Möglichkeit einzuräumen, nur einzelne dieser Teile der Leistung anzubieten. 7. Gemäß Paragraph 22, Absatz 2, BVerG 2006 ist ein Zuschlag in Teilen einer ausgeschriebenen Gesamtleistung ebenso wie ein bloßer Vorbehalt allfälliger Teilleistungsvergabe unzulässig. Soll die Möglichkeit für eine Vergabe in Teilen gewahrt bleiben, sind sowohl die Gesamtleistung als auch die allenfalls getrennt zur Vergabe gelangenden Teile der Leistung auszuschreiben. In diesem Fall ist dem Bieter auch die Möglichkeit einzuräumen, nur einzelne dieser Teile der Leistung anzubieten.

Auf Grund des Vorbringens der Antragsteller war zunächst zu klären, wie das Angebot der mitbeteiligten Partei hinsichtlich der (Paket-)Nachlässe zu deuten ist.

Ist der objektive Aussagewert des Angebotes unklar, ist der Gehalt des Angebotes mittels der Interpretationsregeln der §§ 914 und 915 ABGB zu ermitteln (vgl BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44). Es ist daher nicht nur auf den Wortsinn, sondern auch auf die dem Erklärungsempfänger erkennbare Absicht des Erklärenden abzustellen. Bei der Auslegung von Ausschreibungsbedingungen kommt es weiters darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen waren, wobei bei Unklarheiten vor allem dem Geschäftszweck, der redlicherweise der Erklärung zu unterstellen ist, und der Interessenslage Bedeutung zukommt (vgl OGH 20.1.2000, 6 Ob 69/99m). Es besteht keine Übung des redlichen Verkehrs dahingehend, dass Bieter im Zweifel ausschreibungskonform anbieten (vgl Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, zweite Auflage, Rz 9 zu § 2 Z 3). Ist der objektive Aussagewert des Angebotes unklar, ist der Gehalt des Angebotes mittels der Interpretationsregeln der Paragraphen 914 und 915 ABGB zu ermitteln vergleiche BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44). Es ist daher nicht nur auf den Wortsinn, sondern auch auf die dem Erklärungsempfänger erkennbare Absicht des Erklärenden abzustellen. Bei der Auslegung von Ausschreibungsbedingungen kommt es weiters darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen waren, wobei bei Unklarheiten vor allem dem Geschäftszweck, der

redlicherweise der Erklärung zu unterstellen ist, und der Interessenslage Bedeutung zukommt vergleiche OGH 20.1.2000, 6 Ob 69/99m). Es besteht keine Übung des redlichen Verkehrs dahingehend, dass Bieter im Zweifel ausschreibungskonform anbieten vergleiche Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, zweite Auflage, Rz 9 zu Paragraph 2, Ziffer 3,).

Nach Ansicht des Unabhängigen Verwaltungssenates ist das Angebot der mitbeteiligten Partei dahingehend zu verstehen, dass diese jedenfalls ein Angebot hinsichtlich der gemeinsamen Ausführung der Abschnitte A/C und B gelegt hat und hierfür einen Paketabschlag von 3% gewährte. Dies ergibt sich aus der Kostenübersicht der mitbeteiligten Partei, wonach diese für die Abschnitte „A, C, B“ gelte, aus den Kurzleistungsverzeichnissen sowie aus den sechs Begleitschreiben der mitbeteiligten Partei. Eine Zusammenschau all dieser Unterlagen ergibt zweifelsfrei, dass die mitbeteiligte Partei diesbezüglich ein Gesamtangebot gelegt hat, nur eine gemeinsame Ausführung aller drei Abschnitte angeboten hat und hierfür einen 3%igen (Paket)Nachlass gewährte. Aus Punkt 14. des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen (Zulässigkeit von Teilangeboten und Teilvergabe) ergibt sich nicht, dass die Legung eines Gesamtangebotes, somit eines Angebotes, welches nur unter der Bedingung der gemeinsamen Ausführung aller drei Abschnitte abgegeben wird, unzulässig wäre. Es geht daher auch das Vorbringen der Antragsteller, das Angebot der mitbeteiligten Partei für den Abschnitt B hätte ausgeschieden werden müssen, da eine gemäß § 83 BVergG 2006 unzulässige Weitergabe des gesamten Auftrages vorliege, ins Leere. Nach Ansicht des Unabhängigen Verwaltungssenates ist das Angebot der mitbeteiligten Partei dahingehend zu verstehen, dass diese jedenfalls ein Angebot hinsichtlich der gemeinsamen Ausführung der Abschnitte A/C und B gelegt hat und hierfür einen Paketabschlag von 3% gewährte. Dies ergibt sich aus der Kostenübersicht der mitbeteiligten Partei, wonach diese für die Abschnitte „A, C, B“ gelte, aus den Kurzleistungsverzeichnissen sowie aus den sechs Begleitschreiben der mitbeteiligten Partei. Eine Zusammenschau all dieser Unterlagen ergibt zweifelsfrei, dass die mitbeteiligte Partei diesbezüglich ein Gesamtangebot gelegt hat, nur eine gemeinsame Ausführung aller drei Abschnitte angeboten hat und hierfür einen 3%igen (Paket)Nachlass gewährte. Aus Punkt 14. des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen (Zulässigkeit von Teilangeboten und Teilvergabe) ergibt sich nicht, dass die Legung eines Gesamtangebotes, somit eines Angebotes, welches nur unter der Bedingung der gemeinsamen Ausführung aller drei Abschnitte abgegeben wird, unzulässig wäre. Es geht daher auch das Vorbringen der Antragsteller, das Angebot der mitbeteiligten Partei für den Abschnitt B hätte ausgeschieden werden müssen, da eine gemäß Paragraph 83, BVergG 2006 unzulässige Weitergabe des gesamten Auftrages vorliege, ins Leere.

Dass die mitbeteiligte Partei in der Kostenübersicht „A, C, B“ festgehalten hat, bei einer gemeinsamen Vergabe der Abschnitte würde ein 2%iger „Paketabschlag“ für die Abschnitte A und C gewährt, ist dabei nicht von Bedeutung; dies deshalb, da diese Angabe im Gesamtzusammenhang nur dahingehend verstanden werden kann, dass die mitbeteiligte Partei (nochmals) darauf hinweisen wollte, dass sie bei einer Auftragserteilung (nur) hinsichtlich der Abschnitte A und C einen 2%igen Nachlass gewährt.

Die Auffassung des Auftraggebers, die mitbeteiligte Partei habe keinen Paketnachlass, sondern nur einen allgemeinen Nachlass von 3% gegeben, ist somit nicht zutreffend. Dasselbe gilt für das Vorbringen des Antragstellers H, der von der mitbeteiligten Partei angebotene Paketnachlass sei nicht zu berücksichtigen, da der Paketnachlass in der Kostenübersicht nicht an der hierfür vorgesehenen Stelle eingefügt worden sei, was Punkt 14. der Ausschreibungsbestimmungen widerspreche; diesbezüglich ist nämlich festzuhalten, dass in der vom Antragsteller genannten Ausschreibungsbestimmung kein Hinweis darauf enthalten ist, an welcher Stelle ein allfälliger Paketabschlag in der Kostenübersicht einzufügen ist.

Ob die mitbeteiligte Partei darüber hinaus auch noch ein (Teil)Angebot für die Abschnitte A und C gelegt hat, braucht schon deshalb nicht näher untersucht zu werden, da dieses Angebot auch bei Berücksichtigung eines 2%igen Nachlasses höher liegt (709.995,86 Euro) als das Angebot des Antragstellers S, das hinsichtlich der Abschnitte A und C das billigste Angebot (702.269,52 Euro) war. Im Übrigen ist diese Kostenübersicht bei der Angebotsöffnung nicht verlesen worden und stellt die Unterlassung der Verlesung einen unbehebbarer Mangel dar, sodass der Zuschlag auf dieses Angebot nicht erteilt werden könnte (VwGH 2005/04/0214).

Der Unabhängige Verwaltungssenat ist nicht der Auffassung des Antragstellers H, dass das Angebot der mitbeteiligten Partei wegen der kopierten Angebotseite 233 bzw den handschriftlichen Ergänzungen ausgeschieden werden hätte müssen. Zwar hat sich der Bieter zufolge der Bestimmung des § 106 Abs 1 BVergG 2006 beim offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten und darf der vorgeschriebene Text der

Ausschreibungsunterlagen weder geändert noch ergänzt werden; nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung vor allem für die Gleichbehandlung der Bieter entscheidend (VwGH 2000/04/0181). Im vorliegenden Fall ist aber das Angebot der mitbeteiligten Partei dahingehend auszulegen, dass sie einerseits die Abschnitte A/C und B lediglich gemeinsam bei einem Paketabschlag von 3% angeboten und andererseits für die alleinige Vergabe der Abschnitte A/C einen Nachlass von 2% gewährt hat; dieser Umstand ist auch durch die dem Angebot beigelegten Begleitschreiben und Kurzleistungsverzeichnisse entsprechend dokumentiert. Dass die mitbeteiligte Partei dadurch von den Ausschreibungsunterlagen abgewichen wäre bzw den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen geändert hätte, vermag der Unabhängige Verwaltungssenat nicht zu erkennen. Weiters war auch eine Vergleichbarkeit mit den anderen Angeboten gegeben. Insgesamt lag diesbezüglich somit kein Ausscheidungsgrund vor. Der Unabhängige Verwaltungssenat ist nicht der Auffassung des Antragstellers H, dass das Angebot der mitbeteiligten Partei wegen der kopierten Angebotseite 233 bzw den handschriftlichen Ergänzungen ausgeschieden werden hätte müssen. Zwar hat sich der Bieter zufolge der Bestimmung des Paragraph 106, Absatz eins, BVergG 2006 beim offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten und darf der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen weder geändert noch ergänzt werden; nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung vor allem für die Gleichbehandlung der Bieter entscheidend (VwGH 2000/04/0181). Im vorliegenden Fall ist aber das Angebot der mitbeteiligten Partei dahingehend auszulegen, dass sie einerseits die Abschnitte A/C und B lediglich gemeinsam bei einem Paketabschlag von 3% angeboten und andererseits für die alleinige Vergabe der Abschnitte A/C einen Nachlass von 2% gewährt hat; dieser Umstand ist auch durch die dem Angebot beigelegten Begleitschreiben und Kurzleistungsverzeichnisse entsprechend dokumentiert. Dass die mitbeteiligte Partei dadurch von den Ausschreibungsunterlagen abgewichen wäre bzw den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen geändert hätte, vermag der Unabhängige Verwaltungssenat nicht zu erkennen. Weiters war auch eine Vergleichbarkeit mit den anderen Angeboten gegeben. Insgesamt lag diesbezüglich somit kein Ausscheidungsgrund vor.

Dem Vorbringen des Antragstellers S sein Angebot für die Abschnitte A/C (702.269,52 Euro) sei gemeinsam mit dem Angebot der mitbeteiligten Partei für den Abschnitt B (407.027,76 Euro unter Berücksichtigung eines 3%igen Nachlasses) für den Auftraggeber die billigste Kombination (1.109.297,20 Euro), ist entgegenzuhalten, dass die mitbeteiligte Partei Abschnitt B gar nicht allein angeboten hat und überdies den 3%igen Nachlass für den Abschnitt B nur unter der Bedingung gewährte, dass die mitbeteiligte Partei den Zuschlag für sämtliche Abschnitte erhält (Paketabschlag von 3%).

Dem Einwand des Antragstellers H, er habe das günstigste Angebot für den Abschnitt B (414.155,83 Euro) gelegt, ist zu erwidern, dass sein Angebot in Kombination mit dem billigsten Angebot für die gemeinsam zu vergebenden Abschnitte A/C (Angebot des Antragstellers S in der Höhe von 702.269,52 Euro) teurer ist (1.116.425,30 Euro) als das Angebot der mitbeteiligten Partei für die Abschnitte A/C und B unter Berücksichtigung eines 3%igen Paketnachlasses (1.109.778,80 Euro).

8. Die Antragsteller haben schließlich vorgebracht, es liege eine rechtswidrige Mehrfachbeteiligung eines Unternehmens vor, da die W-Asphaltbau GmbH einmal als Bieter und einmal als Subunternehmer auftrete; es sei dadurch zur Einflussnahme auf den Angebotsinhalt und zur Kenntnis von ihm Rahmen der Angebotsbewertung wesentlichen Inhalten gekommen. Weiters liege zwischen der mitbeteiligten Partei und der W-Asphaltbau GmbH eine personelle Verflechtung vor, wodurch eine unzulässige Absprache stattgefunden habe.

Tritt ein Unternehmen bei einer Ausschreibung einmal als Bieter und einmal als Subunternehmer in einem anderen Angebot auf, ist dies dann rechtswidrig, wenn ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil vorliegt; eine solche Wettbewerbswidrigkeit kann dann vorliegen, wenn es zur Einflussnahme auf den Angebotsinhalt des Bieters durch den mehrfachbeteiligten (Sub)Unternehmer kommt (vgl Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel BVergG 2006, zweite Auflage, Rz 4 zu § 20 [Exkurs]). Tritt ein Unternehmen bei einer Ausschreibung einmal als Bieter und einmal als Subunternehmer in einem anderen Angebot auf, ist dies dann rechtswidrig, wenn ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil vorliegt; eine solche Wettbewerbswidrigkeit kann dann vorliegen, wenn es zur Einflussnahme auf den Angebotsinhalt des Bieters durch den mehrfachbeteiligten (Sub)Unternehmer kommt vergleiche Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel BVergG 2006, zweite Auflage, Rz 4 zu Paragraph 20, [Exkurs]).

Weiters besteht bei einer personellen Verflechtung grundsätzlich die Gefahr, dass auf Grund der personellen

Verschränkung jedes der beiden an einer Ausschreibung sich beteiligten Unternehmen über das Angebot der jeweils anderen Gesellschaft Bescheid weiß und damit die Wettbewerbsstellung der Angebote beeinflussen kann (vgl Schramm/Öhler, a.a.O., Rz 25). Weiters besteht bei einer personellen Verflechtung grundsätzlich die Gefahr, dass auf Grund der personellen Verschränkung jedes der beiden an einer Ausschreibung sich beteiligten Unternehmen über das Angebot der jeweils anderen Gesellschaft Bescheid weiß und damit die Wettbewerbsstellung der Angebote beeinflussen kann vergleiche Schramm/Öhler, a.a.O., Rz 25).

Der Unabhängige Verwaltungssenat vermag nicht zu erkennen, dass im gegenständlichen Fall ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil vorgelegen ist. Zunächst ist hier festzuhalten, dass der Abschnitt B im Falle einer Auftragsvergabe an die mitbeteiligte Partei von der W-Asphaltbau GmbH (als Subunternehmen) ausgeführt würde. Es besteht somit keine Gefahr, dass mehrere Bieter ihre Angebotspreise absprechen oder aufeinander abstimmen (vgl Gölles, Mehrfachbeteiligung eines Bieters - Ausschluss oder nicht? ZVB 2005/77, C.1.g.). Der Unabhängige Verwaltungssenat vermag nicht zu erkennen, dass im gegenständlichen Fall ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil vorgelegen ist. Zunächst ist hier festzuhalten, dass der Abschnitt B im Falle einer Auftragsvergabe an die mitbeteiligte Partei von der W-Asphaltbau GmbH (als Subunternehmen) ausgeführt würde. Es besteht somit keine Gefahr, dass mehrere Bieter ihre Angebotspreise absprechen oder aufeinander abstimmen vergleiche Gölles, Mehrfachbeteiligung eines Bieters - Ausschluss oder nicht? ZVB 2005/77, C.1.g.).

Dazu kommt, dass eine überaus enge gesellschaftsrechtliche Verflechtung zwischen der mitbeteiligten Partei und der W-Asphaltbau GmbH besteht und die Angebote beider Firmen von derselben Person, die jeweils handelsrechtliche Geschäftsführerin der beiden Gesellschaften ist, unterschrieben sind. Es war im zugrundeliegenden Verfahren gar nicht strittig, dass die beiden Bieter vom jeweiligen Angebotspreis der anderen Gesellschaft (jeweils 419.616,25 Euro) Kenntnis hatten. Die vorliegende Konstellation wäre somit mit einem Fall vergleichbar, in welchem ein Bieter zwei idente Angebote abgeben würde; dies könnte aber unter dem Aspekt des „freien und lauten Wettbewerbs“ (gemäß § 19 Abs 1 BVergG 2006) nicht als wettbewerbswidrig angesehen werden (vgl Gölles, a.a.O., C.2.). Dazu kommt, dass eine überaus enge gesellschaftsrechtliche Verflechtung zwischen der mitbeteiligten Partei und der W-Asphaltbau GmbH besteht und die Angebote beider Firmen von derselben Person, die jeweils handelsrechtliche Geschäftsführerin der beiden Gesellschaften ist, unterschrieben sind. Es war im zugrundeliegenden Verfahren gar nicht strittig, dass die beiden Bieter vom jeweiligen Angebotspreis der anderen Gesellschaft (jeweils 419.616,25 Euro) Kenntnis hatten. Die vorliegende Konstellation wäre somit mit einem Fall vergleichbar, in welchem ein Bieter zwei idente Angebote abgeben würde; dies könnte aber unter dem Aspekt des „freien und lauten Wettbewerbs“ (gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006) nicht als wettbewerbswidrig angesehen werden vergleiche Gölles, a.a.O., C.2.).

1. 9.Ziffer 9

Gemäß § 13 Abs 1 des Vergabenachprüfungsgesetzes hat der Unabhängige Verwaltungssenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers auf Antrag mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie
Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, des Vergabenachprüfungsgesetzes hat der Unabhängige Verwaltungssenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers auf Antrag mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie

1. a)Litera a

im Widerspruch zu Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes oder der hierzu erlassenen Verordnungen steht und

2. b)Litera b

für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Zwar haben die Auftraggeber angenommen, dass die mitbeteiligte Partei in ihrem Angebot einen „allgemeinen“ Nachlass von 3% gewährt hat; tatsächlich ist jedoch davon auszugehen, dass die mitbeteiligte Partei einen „Paketnachlass“ von 3% eingeräumt hat. Ungeachtet dessen steht die Entscheidung der Auftraggeber, den gegenständlichen Zuschlag hinsichtlich aller drei Abschnitte dem Angebot der mitbeteiligten Partei erteilen zu wollen, aufgrund der unter den obigen Punkten getroffenen Ausführungen letztlich nicht im Widerspruch zu den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes. Die Anträge, die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeber für nichtig zu erklären, waren daher abzuweisen. Bei diesem Ergebnis war auch den Anträgen der Antragsteller auf Ersatz der entrichteten Gebühren keine Folge zu geben.

Schlagworte

Mehrfachbeteiligung, Doppelmandat

Zuletzt aktualisiert am

11.04.2018

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at