

# TE UVS Niederösterreich 2002/03/07 Senat-AB-02-1004

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.03.2002

## Spruch

Die vorstehend wiedergegebenen Anträge auf Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers sowie das unter Punkt 3. erfasste Begehren, dem öffentlichen Auftraggeber unter Außerachtlassung der bereits mitgeteilten Entscheidung vom 11.12.2001, die ergänzende Durchführung eines gesetzmäßigen Prüf- und Vergabeverfahrens aufzutragen, werden gemäß § 27 NÖ Vergabegesetz abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 67 a Abs. 1 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG)

§§ 17, 24, 25 sowie 26 NÖ Vergabegesetz, LGBl. Nr. 7200-2.

## Text

Die vorgenannte Bietergemeinschaft übermittelte dem Unabhängigen Verwaltungssenat im Land Niederösterreich am 21. Jänner 2002 unter einem nachstehenden Nachprüfungsantrag:

?ANTRAG AUF EINLEITUNG EINES NACHPRÜFUNGSVERFAHRENS

vor erfolgter Zuschlagserteilung

2-fach

10 Beilagen (je 1-fach)

RUBRUM

Betroffenes offenes Vergabeverfahren:

Verbandskläranlage K\*\*\*\*\* des Gemeindeverbandes

für Abwasserreinigung im südlichen Waldviertel;

zusammenhängende Gewerke:

a)

Erd- und Baumeisterarbeiten

b)

Maschinelle Ausrüstungen

Bezeichnung des Auftraggebers:

G\*\*\*\*\*

\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, A\*\*\*\*\*/Gemeindeamt K\*\*\*\*\*

Obmann: Bürgermeister H\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\*

(Telefax \*\*\*\*\*)

Ende der Zuschlagsfrist: noch offen

[siehe Ausführungen zu lit. D)2)-am Ende]

4) Schlichtungs-Vorverfahren durchgeführt, aber jeweils gescheitert:

dazu wird verwiesen auf

a) die unseren Schlichtungsantrag betreffende Schlichtungsverhandlung am 09.Jänner 2002 zur Zahl LAD1-AV- \*\*\*\*\*-02 des Amtes der NÖ.Landesregierung

[auch zum Nachweis gemäß § 25 Abs. 4) Zif. 6. des NÖ.Vergabegesetzes als Beilage ./6 angeschlossen ? die Beischaffung dieses Schlichtungsaktes wird unter einem beantragt !];

b) die dem Schlichtungsantrag der Bietergemeinschaft H\*\*\*\*\* betreffende Schlichtungsverhandlung vom 16.Jänner 2002 zur Zahl LAD1-AV-\*\*\*\*\*-02 des Amtes der NÖ.Landesregierung [deren Ergebnis laut Beilage ./7 für die Stellung dieses Nachprüfungsantrages noch abgewartet worden ist];

I.)

Meine Mandanten/Bietergemeinschaft,

Zusammenhang der beiden ausgeschriebenen Gewerke:

unter Berufung auf die jeweils erteilten Vollmachten zeige ich an, dass ich in dem im Rubrum näher bezeichneten Vergabeverfahren

die Bietergemeinschaft

a) F\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* Gesellschaft m.b.H.,

\*\*\*\* G\*\*\*\*\* Nr. \*\*\*;

b) S\*\*\*\*\* Baugesellschaft m.b.H.,

\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, M\*\*\*\*\* \*\*\*;

c) Baumeister I\*\*\*\*\* Ges.m.b.H.,

\*\*\*\* P\*\*\*\*\*, N\*\*\*\*\* \*\*\*;

d) B\*\*\*\*\* Gesellschaft für Abwassertechnik Ges.m.b.H., \*\*\*\* W\*\*\*\*\*, C\*\*\*\*\* 11;

(im folgenden insgesamt stets nur "Bietergemeinschaft" genannt)

vertrete, die sich an den eingangs zitierten offenen Gewerke-Vergabeverfahren jeweils als Bietergemeinschaft beteiligt haben [zur auch vergaberechtlich relevanten Verknüpfung dieser beiden Gewerke-Vergabeverfahren verweise ich auf die nachstehende Zif. 2)].

Nach der rechnerischen Angebotsprüfung haben meine Mandanten jeweils ein Rechenfehler-freies Angebot

-) für das Gewerk Erd- und Baumeisterarbeiten/Gesamtalternative

1

von netto öS 44.495.244,15

-) für das Gewerk Maschinelle Ausrüstung/Gesamtalternative 1

von netto öS 28.887.670,11,

sohin für das beide Gewerke umfassende Gesamtalternativangebot 1 mit einer Gesamt-Angebotssumme von nettoöS 73.382.914,26

(jeweils exklusive 20 % USt) gelegt.

Ausweislich des von der Bietergemeinschaft vom Auftraggeber-Prüfingenieur übermittelten und als Beilage ./1 diesem Schlichtungsantrag angeschlossenen Schreiben vom 11.12.2001 ist das verfahrensgegenständliche Gesamtalternativ-Angebot meiner Bietergemeinschaft-Mandanten jedenfalls in das Vergabe- und Zuschlagsverfahren einzubeziehen;

entsprechend Zif. 15.-Sonstige Angaben der vom Auftraggeber durchgeführten EU-weiten Bekanntmachung/offenes Verfahren für das Gewerk Maschinelle Ausrüstung (Beilage ./2a) ist diese Ausschreibung "im Zusammenhang zu sehen mit der zum gleichen Zeitpunkt EU-weit kundgemachten Ausschreibung für Erd- und Baumeisterarbeiten im offenen Verfahren?",

worauf korrespondierend in Zif. 15.-Sonstige Angaben der EU-weiten Bekanntmachung für das Gewerk Erd- und Baumeisterarbeiten (Beilage ./2b) gleichermaßen verwiesen wird. Zusätzlich ist noch auf die formale Rahmenbedingung E3.1.4 in der Ausschreibung für das Gewerk Maschinelle Ausrüstung (Beilage ./3) wie folgt hinzuweisen:

"Bedingen Alternativvorschläge Änderungen hinsichtlich der maschinellen Ausrüstung, so sind diese Änderungen im Alternativangebot auszuweisen. Das Alternativangebot ist in diesem Falle als Alternative zu einem Gesamtangebot über die Erd- und Baumeisterarbeiten und der Maschinellen Ausrüstung vorzulegen. Nach der im Alternativangebot auszuweisenden Gesamtsumme (=Teilsomme Erd/Baumeisterarbeiten plus Teilsomme Maschinelle Ausrüstung) ist das Alternativangebot rechtsgültig zu fertigen, und zwar gemeinsam vom Anbieter für Erd/Baumeisterarbeiten und Anbieter für Maschinelle Ausrüstung mit einer Verpflichtung beider Anbieter über solidarmäßige Haftung."

Aufgrund des von meinen Bietergemeinschaft-Mandanten abgegebenen Gesamtalternativangebotes für beide ausgeschriebenen Gewerke sind daher auch beide Gewerke in das verfahrensgegenständliche Nachprüfungsverfahren einzubeziehen;

B) Zuständigkeit des angerufenen Unabhängigen

Verwaltungssenates/UVS:

der Auftraggeber ist ein seit 18.12.1979 bescheidförmig genehmigter Gemeindeverband nach den Bestimmungen des NÖ.Gemeindeverbandsgesetzes, wobei zu den näheren Details auf NÖ.LGBl 1600/47 verwiesen wird.

Der Auftraggeber fällt daher in den persönlichen Geltungsbereich nach § 11 Abs 1) Zif 3 des NÖ.Vergabegesetzes;

aufgrund der in Abschnitt A) 2) dieses Nachprüfungsantrages dargestellten Verknüpfung der Ausschreibungen für die Gewerke Erd- und Baumeisterarbeiten sowie Maschinelle Ausrüstung sind die dafür maßgeblichen Auftraggeber-Schätzwerte entsprechend § 6 Abs 2) des NÖ.Vergabegesetzes zusammenzurechnen.

Ungeachtet der sich aus Beilage ./1 ergebenden billigsten Gesamtangebotssumme von netto ca. öS 59,757 Mio, lagen die ursprünglichen Auftraggeber-Schätzwerte für beide miteinander verknüpften Gewerke-Ausschreibungen oberhalb des für Bauaufträge nach § 6 Abs 1) des NÖ.Vergabegesetzes maßgeblichen Schwellenwertes nach § 6 Abs 1) des NÖ.Vergabegesetzes maßgeblichen Schwellenwertes von netto 75,0 Mio (= netto öS 68,801.500,-), was schon und auch durch die vom Auftraggeber selbst gewählte EU-weite Ausschreibung dokumentiert wird. Da keine der beiden Gewerke-Schätzwerte bei weniger als von netto 75,0 Mio (= netto öS 68,801.500,-), was schon und auch durch die vom Auftraggeber selbst gewählte EU-weite Ausschreibung dokumentiert wird.

Da keine der beiden Gewerke-Schätzwerte bei weniger als netto 71,0 Mio (= öS 13,7603 Mio) liegt, ist auch die betragliche Anwendbarkeit des NÖ.Vergabegesetzes gegeben;

sowohl das ausgeschriebene Gewerk "Erd- und Baumeisterarbeiten" als auch das ausgeschriebene Gewerk "Maschinelle Ausrüstung" fallen unter die Legaldefinitionen der Bauaufträge nach § 2 des NÖ.Vergabegesetzes, sodass auch dessen sachlicher Anwendungsbereich gegeben ist;

die Anwendbarkeit des Nö. Vergabegesetzes ist daher in personeller, sachlicher und betraglicher Hinsicht gegeben, sodass auch die Zuständigkeit des angerufenen UVS in Niederösterreich ausgewiesen ist;

auf die beiden im Rubrum unter Ziff. 4) genannten, jeweils ohne gütliche Einigung abgeschlossenen, Schlichtungs-Vorverfahren wird nochmals hingewiesen; der Vollständigkeit halber sei den umseitigen Ziff. 1) bis 4) noch angefügt, dass sich der Auftraggeber in den jeweiligen Ausschreibungs-Abschnitten E1. hinsichtlich Ausschreibung, Angebot und Zuschlagsverfahren auf die Anwendbarkeit des Bundesvergabegesetzes

(in der geltenden Fassung) stützt, was unserer Ansicht aber nach den Ausführungen in den obigen Ziff. 1) bis 4) rechtlich unzutreffend ist.

Gleichwohl bedeutet diese Ausschreibungsklausel insbesondere für das nunmehr bereits vorliegende Zuschlagsverfahren eine vorvertragliche Selbstbindung des Auftraggebers insbesondere an § 53a

des Bundesvergabegesetzes/ BVergG 1997, aufgrund welcher Selbstbindung der Auftraggeber ersichtlich die als Beilage ./1 angeschlossene

Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung? versendet hat. Entsprechend § 6 Abs. 2) AVG kann aber die entsprechend den obigen Ziff. 1) bis 4) durch das NÖ.Vergabegesetz begründete Zuständigkeit der angerufenen NÖ.Schlichtungsstelle durch Parteienvereinbarung (hier: Ausschreibung/Angebot) nicht verändert werden,

sodaß es jedenfalls für den vergaberechtlichen Rechtsschutz bei der Anwendbarkeit des Nö.Vergabegesetzes zu verbleiben hat;

Antragslegitimation,

Interesse am Vertragsabschluß,

drohender Schaden der Bietergemeinschaft:

die Bietergemeinschaft ist am Nachweis von einschlägigen Ausführungsreferenzen interessiert und mittelfristig auch vergaberechtlich darauf angewiesen, weshalb ein unmittelbares Interesse an einer Zuschlagserteilung, an einem Vertragsabschluß und an der Auftragsdurchführung besteht.

Im Falle der Nichterteilung des Zuschlages/Auftrages droht der Bietergemeinschaft vor allem ein branchenüblicher Gewinnentgang, die Frustrierung der erheblichen, für die Angebotsausarbeitung und die Verfahrensbeteiligung aufgewendeten Kosten sowie das Fehlen von Referenzprojekten im Sinne des § 18 Abs 1) des NÖ Vergabegesetzes iVm § 60 Abs 3) Zif 2 BVergG;

zum unmittelbar drohenden Schaden insbesondere aus frustriertem Planungs- und Anbotsaufwand wird darauf

verwiesen, dass die Bietergemeinschaft zur gemeinsamen Erstellung des Haupt- und des Gesamtalternativ-Anbotes (Kosten der Ausschreibungsunterlagen, Besichtigung der Örtlichkeiten, Angebotserstellung und ? kalkulation, notwendige Beteiligung an der Angebotseröffnung, etc.) bislang Kosten und Auslagen, und zwar seitens der nachstehenden Bietergemeinschaftler in jeweils gerundeten Nettobeträgen

-) F\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* GmbH öS 95.000,--

-) S\*\*\*\*\* Baugesellschaft mbH öS 40.000,--

-) Baumeister I\*\*\*\*\* GmbH öS 15.000,--

-) B\*\*\*\*\* Gesellschaft für Abwassertechnik GmbH öS

179.200,--

insgesamt daher ca. netto öS 329.200,--

aufgewendet hat;

zum branchenüblichen Gewinnentgang wird zunächst darauf hingewiesen, daß eine Präzisierung letztlich erst nach Endabrechnung des zugeschlagenen Bauvorhabens erfolgen kann. Auch zur Wahrung diesbezüglicher Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse meiner Bietergemeinschaft-Mandanten, wird daher hinsichtlich des branchenüblichen Gewinnentganges vorläufig mit dem Wert für ?Umsatzrentabilität? operiert, wie er von der Österreichischen Nationalbank zuletzt in den ?Jahresabschlusskennzahlen österreichischer Unternehmen der Sachgütererzeugung und des Bauwesens von 1994 bis 1997? publiziert worden ist. Daraus ergibt sich für das Bauwesen ein Umsatzrentabilität-Medianwert für diese vier Kalenderjahre von durchschnittlich 1,52 %, was ? hier konkret bezogen auf die Netto-Gesamtangebotssumme meiner Bietergemeinschaft-Mandanten - einem hiemit geltend gemachten branchenüblichen Gewinnentgang von öS 1,115.420,30 entspricht; in rechtlicher Hinsicht ist noch hinzuzufügen, daß nach dem Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 23.4.1998, F-26/97-22 (WBI 1998/7, 322f.) zu den Schäden, denen die Vergabevorschriften vorzubeugen suchen, nicht bloß die reinen Vermögensschäden im Sinne des Zivilrechtes zählen, sondern davon auch jene Nachteile umfasst sind, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeiten eines Bewerbers oder Bieters liegen, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen.

Diesen Grundsatz hat auch der Wiener Vergabekontrollsenat in seiner Entscheidung vom 27.5.1997 (connex 1997/8, 33 f.) betont, wonach ein drohender Schaden schon aus dem möglichen Ausschluss von Vergabeverfahren abgeleitet werden kann;

auf der Basis des zeitlich letzten Prüfbericht-Auszuges der S\*\*\*\*\* Ziviltechniker GmbH vom 11.12.2001 (Beilage ./4) und entsprechend der Antragsbegründung im nachstehenden Abschnitt E), ergibt sich daraus ein hiermit geltend gemachter Anspruch meiner Bietergemeinschaft-Mandanten auf Bestbieter-Ermittlung und Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers;

offene Zuschlagsfrist:

nach den jeweiligen Deckblättern der Ausschreibungen der miteinander verknüpften Vergabeverfahren ist eine Frist für die geplante Zuschlagserteilung von zunächst jeweils drei Monaten ab Angebotseröffnung per 14.08.2001 vorgesehen gewesen.

Diese Anbots-Bindungsfristen sind, jedenfalls von meinen Bietergemeinschaft-Mandanten, mit Schreiben vom 16.11.2001 bis zur Vergabe an unsere Bietergemeinschaft? verlängert worden, was jedenfalls einer Verlängerung der Anbots-Bindungsfrist bis zum rechtswirksamen Abschluss des Vergabe- und Zuschlagsverfahrens entspricht; nach dem am 13.12.2001 erfolgten Erhalt des als Beilage ./1 angeschlossenen Mitteilungsschreiben des Auftraggeber-Prüfingenieurs vom 11.12.2001 haben wir mit Telefax-/EMS-Eingabe vom 18. Dezember 2001 bei der NÖ.Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge beim Amt der NÖ.Landesregierung die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens gemäß § 23 des NÖ.Vergabegesetzes beantragt, welches Schlichtungsverfahren mit da. Verfügung vom 21.12.2001 auch eingeleitet worden ist; die gesetzliche Zuschlagssperre des § 23 Abs. 4) des NÖ.Vergabegesetzes würde daher am 18.Jänner 2002 auslaufen.

Hinsichtlich des im Rubrum unter Zif. 4) lit. b) näher spezifizierten Schlichtungsantrages der Bietergemeinschaft H\*\*\*\*\* wurde nach unseren Informationen die verfahrenseinleitende Verfügung der NÖ.Schlichtungsstelle dem Auftraggeber frühestens

am 02. Jänner 2002 zugestellt, sodass die diesbezügliche gesetzliche Zuschlagssperre frühestens am 30.Jänner 2002 abläuft und daher seitens des Auftraggebers bis dato noch keine Zuschlagserteilung an irgendeinen Bieter erfolgt sein kann;

E) Sachverhalt/Antragsbegründung [nachstehend werden zunächst die

unverändert sachlich und rechtlich gültigen Ausführungen aus unserem Schlichtungsantrag vom 18.12.2001 wiederholt und dann anschließend noch um zusätzliche Ausführungen ergänzt, die auf die kontroversielle Erörterung der Themenbereiche in Schlichtungsverhandlungen vom 09.01./16.01.2002 Bezug nehmen], wobei zur Textentlastung für die Darstellung meiner Bietergemeinschaft-Mandanten die ?wir-Form? verwendet wird:

vorauszuschicken ist in diesem Zusammenhang, dass wir uns bei den nachstehenden Ausführungen auf die Ergebnisse der Angebotseröffnungen vom jeweils 14.08.2001 einerseits sowie auf die uns anforderungsgemäß zugegangenen Prüfbericht-Auszüge von Schwarz & Partner Ziviltechniker GmbH vom 05.12.2001 und vom 11.12.2001

(letzte Beilage ./4) stützen, die konkret zu unseren gelegten Angeboten erstellt worden sind.

Ferner legen wir die Kenntnis unserer eigenen Angebote sowie unsere Branchenerfahrungen bei der Interpretation der bisherigen Verfahrens- und Prüfergebnisse und der darauf gestützten Begründung

dieses Schlichtungsantrages zu Grunde;

zur Mehrfachbeteiligung des Bieters Ing. H\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\* an

verschiedenen Bietergemeinschaften:

vorab ist in vergaberechtlicher Hinsicht auf den Nachprüfungsbescheid des Bundesvergabeamtes/BVA vom 19.03.2001 (RdW 2001/4, 218 = RPA 2001/1, 24f) zu verweisen, wonach die Beteiligung eines Bieters in mehreren Bietergemeinschaften stets mit für den Auftraggeber nachteiligen Abreden verbunden ist und die Angebote solcher Bietergemeinschaften daher zwingend gemäß § 52 Abs. 1) Zif. 9 BVergG 1997 auszuschneiden sind. Zutreffend hält das BVA fest, daß durch die Beteiligung an mehreren Angebotserstellungen ein einzelner Bieter nicht nur Kenntnis vom Inhalt gesondert eingereichter Angebote erhält, die zueinander im Wettbewerb stehen sollen, sondern er könne auch die Preisgestaltung dieser Angebote durch seine eigene Preisgestaltung direkt beeinflussen und damit auch Einfluß auf die Reihung der verschiedenen Bietergemeinschafts-Angebote im Bewertungsverfahren nehmen. Diese vergaberechtlich unzulässige Einflussmöglichkeit ein und desselben Bieters auf Angebots- und Preisgestaltung mehrerer Bietergemeinschaften gilt sowohl für die Legung von Amtsprojekten als auch für die Legung von Alternativenanboten gleichermaßen. Die obzitierten, vom BVA auf der Basis des § 52 Abs. 1) Zif. 9 BVergG 1997 entwickelten Grundsätze gelten auch im Bereich des NÖ.Vergabegesetzes gleichermaßen, zumal die obzitierte BVergG-Bestimmung nach § 17 Abs. 1) des NÖ.Vergabegesetzes bei der Prüfung der Angebote sinngemäß anzuwenden ist.

Aus diesem vergaberechtlichen Grunde sind daher jedenfalls alle Angebote solcher Bietergemeinschaften zwingend vor Zuschlagserteilung aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden, an denen ein und derselbe Bieter mehrfach beteiligt ist. Dies betrifft nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung insbesondere den Bieter Ing. H\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\* aus dem Gewerk Maschinelle Ausrüstung, auf den dieser vergaberechtlicher Einwand zunächst ? allerdings ohne Anspruch auf Vollständigkeit ? konkret bezogen wird, weil an diesen Bieter (in Gemeinschaft mit A\*\*\*\*\* Bau-GmbH) ausweislich Beilage ./1 der Zuschlag für die kombinierten Gewerke Erd- und Baumeisterarbeiten sowie Maschinelle Ausrüstung vergeben werden soll.

Daß der Auftraggeber diese Ausscheidensverpflichtung nach 52 Abs. 1) Zif. 9. BVergG 1997 iVm § 17 Abs. 1) NÖ.Vergabegesetz bei der Formulierung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 11.12.2001 nicht berücksichtigt hat, macht diese rechtswidrig; ergänzend ist zunächst festzuhalten, daß uns das Erkenntnis des

Verfassungsgerichtshofes/VfGH vom 12.06.2001 zu den Geschäftszahlen B 485, 584, 685/01 (RPA 2001, 88ff) bekannt ist, mit dem der oberwähnte Nachprüfungsbescheid des BVA vom 19.03.2001 aufgehoben worden ist. Diese Aufhebung wird vom VfGH aber ausschließlich darauf gestützt, daß das BVA autonom das Ausscheiden eines mehrfach beteiligten Bieters geprüft und entschieden habe, statt diese Frage im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens dem aus der Sicht des VfGH dafür ausschließlich zuständigen EuGH vorzulegen. Eine inhaltliche Sachentscheidung hat der VfGH in seinem Erkenntnis vom 12.06.2001 aber nicht getroffen, sodaß die auch im hier vorliegenden Anlaßfall maßgebliche vergaberechtliche Frage der Mehrfachbeteiligung eines Bieters an verschiedenen Bietergemeinschaften vom VfGH nicht (vor-)entschieden worden ist; eine vertiefte Analyse des BVA-Nachprüfungsbescheides entsprechend seiner ausführlichen Publikation in RPA 2001/1, 24f zeigt, daß die vom BVA vorgenommene Ausscheidung des mehrfach beteiligten Bieters auf insgesamt vier Argumente abgestützt wird:

-) der vergaberechtliche Grundsatz des freien und lauterer Vergabewettbewerbes erfordere es, daß die Namen und die Anzahl der Bewerber bei Ausschreibungen gegenüber anderen Bewerbern geheim zu halten sind, sodaß insbesondere Auskünfte über den Inhalt der eingereichten Angebote weder Bietern noch Dritten bekanntgegeben werden dürfen,

-) der sich an mehreren Anbotslegungen beteiligende Bieter erlange nicht nur Kenntnis dieser zueinander an sich im Vergabewettbewerb eingereichten Angebote, sondern er könne durch seine eigene Preisgestaltung auch diese mehrfachen Bewerberangebote und damit deren Reihung im Bewertungsverfahren direkt beeinflussen,

-) aus diesem Grund müsse der sich mehrfach beteiligende Bieter zwingend auf den Inhalt des jeweiligen Angebotes bezogene Verhandlungen mit Bietern mehrerer konkurrierender Angebote führen [welche Verhandlungen jedenfalls über bloße Abreden im Sinne des § 52 Abs. 1) Zif. 9. BVergG 1997 noch hinausgingen], und

-) derartige wettbewerbsbeschränkende Absprachen seien stets nachteilig für den Auftraggeber, da nur durch einen gesunden Wettbewerb der sich aus den Haushaltsvorschriften ergebenden Verpflichtung Rechnung getragen werde, die zur Verfügung stehenden Mittel möglichst wirtschaftlich und sparsam zu verwenden.

Selbst wenn also der Bieter Ing. H\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\* für sein Gewerk ?Maschinelle Ausrüstung? bei allen von ihm mitgebildeten Bietergemeinschaften idente Preise angeboten hat, führt dies aus der obzitierten viergliedrigen Argumentation des BVA nicht heraus. Auch die Kenntnis, daß ein sich mehrfach beteiligender Bieter bei sämtlichen konkurrierenden Bietergemeinschaften für sein Teilgewerk idente Preise anbietet, führt für die davon betroffenen Bietergemeinschaften zu einem Wettbewerbsvorteil, weil sie dadurch zumindestens einen wesentlichen Bestandteil der Kalkulation der konkurrierenden Bietergemeinschaften im Detail kennen. Dazu kommt, daß der sich mehrfach beteiligende Bieter Ing. H\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\* schon vor der Angebotseröffnung notwendigerweise die Detailkalkulation der jeweiligen Baugewerk-Bietergemeinschaften kennt und auch in deren Kalkulationsüberlegungen eingebunden ist, sodaß die obzitierte viergliedrige Ausscheidens-Argumentation des BVA auch im vorliegenden Anlaßfall vollinhaltlich richtig und anwendbar ist;

wie schon in der Schlichtungsverhandlung vom 09.Jänner 2002 verweisen wir auf das unverändert dem geltenden Recht angehörende Hofdekret vom 06.Juni 1838 (JGS 1938/277-abgedruckt auf S.989/Zif. 4., in: DITTRICH/TADES, ABGB-MGA/35.Auflage-1999), dessen Bestimmungen auch auf öffentliche Ausschreibungen/Vergaben anzuwenden sind (vergleiche OGH-Erkenntnis vom 13.04.1988, SZ 61/90). Danach sind ? bezogen auf den vorliegenden Anlaßfall ? jedenfalls solche Verträge zwischen Bietergemeinschaften unwirksam und nichtig, wodurch sich jemand als Mitbieter verpflichtet, nur bis zu einem bestimmten Preis mitzubieten, was daher auch auf die vom Bieter Ing. H\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\* behauptete preislich-identen Anbotslegung bei sämtlichen Bietergemeinschaften zutrifft. In diesem Erkenntnis vom 13.04.1988 nimmt der OGH auch konkret Bezug auf die Vergabe-ÖNORM A 2050 und führt dazu aus, daß die Bestimmungen dieser ÖNORM ganz allgemein Machenschaften entgegenwirken wollen, die das Ziel der Ausschreibung, im Wege des Wettbewerbes das für den Ausschreibenden kostengünstigste Angebot zu erhalten, unterlaufen. An dieser Rechtsprechung hat der OGH auch in seinem insoweit zeitlich letzten Erkenntnis vom 10.06.1997 (SZ 70/109) unverändert festgehalten, sodaß diese zivilrechtlichen Nichtigkeitssanktionen auch im vorliegenden Anlaßfall bei den Mehrfachbeteiligungen des Bieters Ing. H\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\* eingreifen und daher zwingend zur Ausscheidung der Angebote sämtlicher davon betroffener Bietergemeinschaften führen muss; auch die vergaberechtliche Literatur führt zum selben Ergebnis, wobei für Österreich auf KROPIK, Mängel in Angeboten für

Bauleistungen und ihre Behebbarkeit/2.Auflage-2001, S. 245f, und für Deutschland auf HEIERMANN/RIEDL/RUSAM, Handkommentar zur VOB - Teile A und B/ 9.Auflage-2000, S. 837f, verwiesen wird; da es sich bei der im vorliegenden Anlaßfall über 17 Abs. 1) des NÖ.Vergabegesetzes anwendbaren Vorschrift des § 52 Abs. 1) Zif. 9. BVerG 1997 um eine vergaberechtliche Spezialbestimmung aus dem Bereich des allgemeinen Kartellrechtes handelt, ist ergänzend auch die kartellrechtliche Beurteilung von Arbeitsgemeinschaften heranzuziehen. Während Arbeitsgemeinschaften grundsätzlich eine kartellrechtlich relevante Wettbewerbsbeschränkung bilden (vergleiche zB. GUGERBAUER, Kommentar zum Kartellgesetz/ 2. Auflage-1994, S. 167f, mwN), wurde für bestimmte Sonderfälle in § 1 Zif. 1. lit. c) der z u § 17 KartG 1988 ergangenen Freistellungsverordnung BGBl. 185/1989 eine begrenzte Ausnahmeregelung geschaffen. Formen der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit sind unter anderem dann vom Kartellverbot freigestellt, wenn sie sich auf die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft zur gemeinsamen Ausführung eines bestimmten Auftrages beschränken, sodaß die Mehrfachbeteiligung eines Bieters an mehreren (Bieter- oder) Arbeitsgemeinschaften vom Kartellverbot nicht freigestellt ist und ohne rechtskräftige Genehmigung durch das Kartellgericht nach 18 Abs. 1) Zif. 1. KartG 1988 auch verboten ist;

aus all diesen vergaberechtlichen, zivilrechtlichen und kartellrechtlichen Gründen hätte der Auftraggeber daher die Angebote sämtlicher Bietergemeinschaften, an denen sich der Bieter Ing. H\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\* gleichzeitig beteiligt hat, aus dem Vergabeverfahren zwingend ausscheiden müssen. Daß der Auftraggeber diese Verpflichtung bei der Formulierung seiner Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 11.12.2001 nicht berücksichtigt hat, macht seine Entscheidung rechtswidrig;

zur fehlenden/unvollständigen Solidarhaftungs-Erklärung der Bietergemeinschaft A\*\*\*\*\* gleichfalls in vergaberechtlicher Hinsicht wird ? unter konkreter Bezugnahme auf die oben in A)2) wörtlich zitierte formale Rahmenbedingung E3.1.4 der Ausschreibung für das Gewerk Maschinelle Ausrüstung ? eingewendet, dass derartige rechtsgültig gefertigte wechselseitige Solidarhaftungen nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung bei der ausweislich Beilage ./1 zur Zuschlagserteilung vorgesehenen Bietergemeinschaft A\*\*\*\*\* bei deren Gesamtoffer mit einer Anbotssumme von öS 59,756.719,33 jedenfalls nicht vorliegen, weshalb dieses Angebot gemäß § 17 Abs. 1) des NÖ.Vergabegesetzes iVm § 52 Abs. 1) Zif. 8. BVerG 1997 als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot zwingend auszuschneiden ist. Es handelt sich dabei auch um keinen verbesserungsfähigen Anbotsmangel, weil sich alle anderen Bietergemeinschaften spätestens zum Zeitpunkt der Anbotslegung auf die Solidarhaftung verpflichten und dies auch ARGE-vertraglich sowie kalkulatorisch entsprechend berücksichtigen mussten;

eine der Bietergemeinschaft A\*\*\*\*\* nachträglich eingeräumte Möglichkeit zur diesbezüglichen ? Mängelverbesserung? ihres Angebotes würde daher zu einer Wettbewerbsverzerrung führen, die durch den Grundsatz des fairen und lauten Vergabewettbewerbes sowie den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter [§16 Abs. 1) BVerG 1997 iVm § 13 Abs. 1) NÖ.Vergabegesetz] aber bewusst hintangehalten werden soll.

Dass der Auftraggeber ungeachtet dieses nicht-verbesserungsfähigen Anbotsmangels die Bietergemeinschaft A\*\*\*\*\* zur Zuschlagsentscheidung in Aussicht nimmt, belastet diese Entscheidung des Auftraggebers daher mit Rechtswidrigkeit; wie sich aus dem Angebots-Beiblatt der Bietergemeinschaft A\*\*\*\*\* vom 03.09.2001 [das uns in betraglich anonymisierter Form seitens deren Rechtsvertreters nach der Schlichtungsverhandlung vom 09.01.2002 freundlicherweise übermittelt worden ist] ergibt, erfolgt darin lediglich ein pauschaler Querverweis auf die besonderen Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses Kapitel Lit. E3.1.4 (wobei schon dieser Querverweis unpräzise ist, weil es eine lit. E3.1.4 in der Gewerke-Ausschreibung für Erd- und Baumeisterarbeiten nicht gibt). Nach unserer Auffassung vermag aber ein derartig bloßer Querverweis ohne ausdrückliche Erklärung der Solidarhaftung dem Abschnitt D.3.1.5 der Ausschreibung für das Gewerk ?Maschinelle Ausrüstung? nicht zu genügen, weil dort vom Auftraggeber unter Zif. IV. ausdrücklich eine Verpflichtungserklärung der Leistungsgemeinschaft als Angebots-Bestandteil gefordert wird. Folgt man in diesem Zusammenhang den kritischen Ausführungen von Jabornegg/Resch, in: Schwimann, ABGB-Praxiskommentar/2.Auflage-1997, Rz 6 zu § 1203, der die ?Mißachtung? gesetzlicher Vorschriften durch die OGH-Judikatur, so erhält die vom Auftraggeber vorgegebene ausdrückliche Verpflichtungserklärung von ARGE-Bietern auf



Solidarhaftung ihren auch rechtlich klarstellenden berechtigten Anwendungsbereich. Dabei ist besonders bemerkenswert, daß das von der Bietergemeinschaft A\*\*\*\*\* am 28.09.2001 (also nach Anbotseröffnung) über Anfrage des Auftraggebers nachgereichte Bestätigungsschreiben zwar eine ARGE-Erklärung, aber keine Solidarhaftungs-Erklärung enthält [auch eine Kopie dieses Schreibens ist uns vom Rechtsvertreter dieser Arbeitsgemeinschaft freundlicherweise nach der Schlichtungsverhandlung vom 09.01.2002 zur Verfügung gestellt worden]; wie schon erwähnt, wird vom Auftraggeber in Abschnitt D.3.1.5 der Gewerke-Ausschreibung für Maschinelle Ausrüstung als integrierender Bestandteil des Angebotes unter anderem eine Verpflichtungserklärung der Leistungsgemeinschaft vorgeschrieben, die in einem Blankomuster der Ausschreibung auch angeschlossen war. Der Inhalt dieser Verpflichtungserklärung der Leistungsgemeinschaft geht aber ? gerade was die hier maßgebliche Solidarhaftungs-Erklärung von Bieter-/Arbeitsgemeinschaften betrifft ? doch wesentlich über Abschnitt E3.1.4 der Gewerk-Ausschreibung für Maschinelle Ausrüstung hinaus und erstreckt sich insbesondere auf die vollständige Erfüllung aller sich aus dem Bauvertrag und hierzu ergehenden schriftlichen oder mündlichen Nebenabmachungen ergebenden Verpflichtungen. Dieser Verpflichtungserklärung kann daher durch den bloßen Querverweis auf den obzitierten Ausschreibungs-Abschnitt E3.1.4 nicht ausschreibungskonform entsprochen werden.

Daher ist die Absichtsentscheidung des Auftraggebers, das Gesamtalternativanbot der Bietergemeinschaft A\*\*\*\*\* für die Zuschlagserteilung/Vergabe vorzusehen, gleichermaßen rechtswidrig;

zur ausschreibungswidrigen Bewertung unseres verfahrensgegenständlichen Gesamtalternativanbotes 1:

nach dem in der obigen Zif. 1) erwähnten Prüfbericht-Auszug von S\*\*\*\*\* Ziviltechniker GmbH vom 11.12.2001 entfallen - im Abschnitt mit Berücksichtigung der Folgekosten ?

unter dem Zuschlagskriterium ?Qualität? beim Gewerk Maschinelle Ausrüstung auf unser Bietergemeinschaft-Anbot Alternative 1 (nur) 34,00 Referenzpunkte von maximal möglichen 40,00 Referenzpunkten. Nach den von uns in der Bietererklärung zur Anbotslegung (laut Auszugsbeilage ./5) unter II. angegebenen Referenzen zur Bewertung des Kriteriums Qualität ist nicht ersichtlich, warum uns bei beiden Referenzprojekten (Sollenau/Niederösterreich und Varpalota/Ungarn) nicht jeweils die volle Referenz-Punkteanzahl von 20,00 zugeteilt worden ist.

Während beim Referenzprojekt Sollenau/Niederösterreich die technische Gleichwertigkeit des Qualitätskriteriums ? Längsräume? mit dem in der Ausschreibung vorgegebenen Qualitätskriterium ?Rundräume? vergaberechtlich und technisch strittig ist (und wohlverstanden unpräjudiziell allenfalls einen Abzug von 3,00 Referenzpunkten begründen könnte), fehlt beim voll ausschreibungskonformen Referenzprojekt Varpalota/Ungarn jedwede nachvollziehbare Begründung für einen Abzug von den vollen Referenzpunkten.

Insoweit folgt daher der Prüfbericht von S\*\*\*\*\* Ziviltechniker GesmbH in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nicht den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien [§ 47 Abs. 4) BVergG 1997 iVm § 17 Abs. 1) NÖ.Vergabegesetz], sodaß die darauf vom Auftraggeber gestützte Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 11.12.2001 schon aus diesem Grunde rechtswidrig ist. Gleichmaßen widerspricht eine nicht transparent nachvollziehbare und den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien nicht entsprechende Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes auch dem Bestbieterprinzip nach § 53 BVergG 1997 iVm § 17 Abs. 1) NÖ.Vergabegesetz und auch nicht § 17 Abs. 4) des NÖ.Vergabegesetzes iVm Pkt. 4.3.4 der Vergabe-ÖNORM A 2050/ Fassung 1993, was die obzitierte Auftraggeber-Entscheidung ebenfalls rechtswidrig macht;

wie sich aus dem auszugsweise angeschlossenen Anfrage-Beantwortungsschreiben der Auftraggeber-Prüfingenieure S\*\*\*\*\* Ziviltechniker Gesellschaft m.b.H. vom 27.Juli 2001 (laut Beilage ./8) ergibt, wurde das Qualitätskriterium ? Rundräume? nicht wegen einer bestimmten (besseren) Räumfunktion gewählt,

sondern als Kriterium zur Überprüfung der technischen Leistungsfähigkeit und handwerklichen Präzision der Ausrüsterfirma. Daher muß bei derartigen technischen Spezifikationen entsprechend dem gemäß § 18 Abs. 6) des NÖ.Vergabegesetzes sinngemäß anwendbaren Grundsatz des § 71 Abs. 6) BVergG 1997 ? dem Bieter

die Möglichkeit offenstehen, den Nachweis der Leistungsfähigkeit/Präzision der Ausrüsterfirma auf eine andere ? gleichwertige Art? belegen und nachweisen zu können. Dies ist durch die Detailunterlagen zum Referenzprojekt Kläranlage Sollenau auch in zumindestens gleichwertiger Art erfolgt (insbesondere wurde auch in Abschnitt III der gesonderten B\*\*\*\*\*- Bietererklärung

vom 03.09.2001 der Räum-Zulieferer T\*\*\*\*\* GmbH & Co.KG/G\*\*\*\*\* konkret genannt), sodaß der vom Auftraggeber-Prüfingenieur insoweit vorgenommene Punkteabzug von 3,0 unbegründet und vergaberechtswidrig ist;

zum gleichfalls verfahrensgegenständlichen Referenzprojekt in Varpalota/Ungarn ist noch ergänzend entsprechend Seite 75/-oben der Beilage ./6 auszuführen, daß die diesbezügliche Referenzen-Angabe von B\*\*\*\*\* hinsichtlich des ungarischen Projektes Varpalota potentiell mißverständlich formuliert erscheint. Aus einer der Referenzangabe angeschlossenen Fotografie ist aber optisch unzweideutig ersichtlich, daß dort Rundräumer eingesetzt worden sind; bei der verbalen Beschreibung des Referenz-Projektes ist allerdings tatsächlich ?Längsräumer? angeführt worden. Dem Auftraggeber-Prüfingenieur hätte diese Diskrepanz aber jedenfalls schon deshalb auffallen müssen, weil bei der Projektbeschreibung auf runde Nachklärbecken Bezug genommen worden ist, was definitionsgemäß Längsräumer ausschließt. In jedem Falle hätte es einer diesbezüglichen Aufklärungs-Nachfrage durch den Auftraggeber-Prüfingenieur bedurft, zumal durch die bereits vollständig vorliegenden Referenzunterlagen eine nachträgliche Modifikation

des Referenzumfanges ausgeschlossen war und ist.

Auf der Basis dieser Ausführungen erweisen sich daher die vom Auftraggeber-Prüfingenieur vorgenommenen Qualitätsabzüge bei den beiden Referenzprojekten Sollenau/Niederösterreich und Varpalota/Ungarn als nicht-ausschreibungskonform und daher als vergaberechtswidrig;

zur konkret bestrittenen Plausibilität der Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes der Bietergemeinschaft A\*\*\*\*\*:

entsprechend Ausschreibungs-Abschnitt D.3.1.34 für das Gewerk Erd- und Baumeisterarbeiten hat der Auftraggeber/Prüfingenieur für das Vergabeverfahren ein strenges Prüffregime wie folgt eingerichtet, das hinsichtlich der verfahrensrechtlich relevanten Plausibilität von Einzel- und Gesamtpreisen noch über den anwendbaren Prüffleitfaden hinausgeht: Im Zuge der Angebotsprüfung werden auch nicht mit ?W? gekennzeichnete Positionen vertieft geprüft. Bei nicht plausiblen Preis führt auch eine nicht mit ?W? gekennzeichnete Position zum Ausscheiden des Angebotes.

Sowohl angesichts der nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung dokumentierten ungewöhnlich großen Preisunterschieden zwischen den einzelnen Bieter-Angeboten als auch angesichts des unverändert nicht nachvollziehbaren Preisabstandes zwischen der ausweislich Beilage ./1 als Zuschlagsempfänger vorgesehenen Bietergemeinschaft A\*\*\*\*\* und unserem Gesamtalternativanbot, bestehen konkrete auf Branchenerfahrungen gestützte Anhaltspunkte dafür, daß das zur Zuschlagserteilung vorgesehene Bestbot sowohl hinsichtlich des Gesamtpreises als auch hinsichtlich der einzelnen LV-Positionen preislich nicht plausibel kalkuliert und zusammengesetzt ist, sodaß es entsprechend den oberwähnten strengen Prüffregime gemäß § 52 Abs. 1) Ziff. 3. und 8. BVergG 1997 iVm § 17 Abs. 1) des NÖ.Vergabegesetzes zwingend auszuschneiden ist; angesichts der sehr kursorischen Erklärung des Auftraggeber-Prüfingenieurs auf Seite ? 4-/zweiter Absatz der Beilage ./6 werden die vermutlich nicht ausschreibungs- und/oder vergabekonform kalkulierten LV-Positionen wie folgt präzisiert [wobei zur Vermeidung von Mißverständnissen darauf verwiesen wird, daß meine Mandanten selbst die beiden Gewerke-Ausschreibungen im Detail geprüft, kalkuliert und ausgepreist haben, über langjährige einschlägige Branchenerfahrung verfügen sowie schon aus diesem Grunde und wegen in der Vergangenheit mehrfach durchgeführter Vergabekontrollverfahren die typischerweise kalkulatorisch sensiblen LV-Positionen daher mit hinreichender Wahrscheinlichkeit identifizieren können]:

b1) aus dem Gewerk Erd- und Baumeisterarbeiten:

- ) LV-Pos. 01020251A-Baustraße n.AN o.Vlies ges.,
- ) LV-Pos. 01020251B-Baustraße n.AN m.Vlies ges.,
- ) LV-Pos. 01030205A-MU.lief.angedeckt,
- ) LV-Pos. 01030310G-AP SW Künaush.kom.BKL.6+7 sprg,

- ) LV-Pos. 01030303F-Aufp.Bgr.aus.geb.Bokl.6+7 sprg,
- ) LV-Pos. 01035101E-Bruchschotter b.60mm GK,
- ) LV-Pos. 01300501C-Baustraße Wahl AN/Transport,
- ) LV-Pos. 01300501D-Baustraße Wahl AN/Entsorgung;

b2) aus dem Gewerk Maschinelle Ausrüstung:

- ) LV-Pos. 01.02.01A-Wirbeljet/Treibstrahlpumpe 40 l/s,
  - ) LV-Pos. 01.02.01B-Wirbeljet/Treibstrahlpumpe 50 l/s, -) LV-Pos. 05.01.01A-Schwimmender Oberflächenbelüfter.
- Daher erscheint die Bekanntgabe der beabsichtigten Zuschlagserteilung auf das Gesamtalternativangebot der Bietergemeinschaft A\*\*\*\*\* auch aus diesem Grunde vergaberechtswidrig;

G) Begehren:

Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zur Feststellung und Nichtigklärung von rechtswidrigen Entscheidungen des Auftraggebers, die im Widerspruch zu Bestimmungen des NÖ.Vergabegesetzes (in Verbindung mit den ausschreibungskonform anwendbaren materiellen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 1997) oder der dazu erlassenen Verordnungen stehen und für den Ausgang des Vergabeverfahren von wesentlichem Einfluß sind, wie folgt:

die entsprechend Beilage ./1 mitgeteilte Entscheidung des im Rubrum spezifizierten Auftraggebers vom 11.Dezember 2001, die Erd- und Baumeisterarbeiten sowie die maschinelle Ausrüstung für das im Rubrum näher spezifizierte Bauvorhaben an die Bietergemeinschaft A\*\*\*\*\* mit deren Gesamtalternativanbot über öS 59,756.719,33 als Bestbieter zu vergeben,

wird für rechtswidrig und nichtig erklärt;

die Entscheidung des Auftraggebers, daß das in Zif. 1) genannte Bietergemeinschafts-Anbot entgegen § 52 Abs. 1) Zif. 3. und/oder Zif. 8. und/oder Zif. 9. BVergG 1997 iVm § 17 Abs. 1) des NÖ.Vergabegesetzes für die Zuschlagsentscheidung/-erteilung vorgesehen ist, wird für rechtswidrig und nichtig erklärt; dem Auftraggeber wird ? unter Außerachtlassung der entsprechend Beilage ./1 mitgeteilten Entscheidung vom 11.Dezember 2001 - die ergänzende Durchführung eines gesetzmäßigen Prüf- und Vergabeverfahrens aufgetragen;

Dieser Antrag wurde der Antragsgegnerin, dem Gemeindeverband für Abwasserreinigung im südl. Waldviertel, vertreten durch die Rechtsanwälte GmbH D\*\*\*\*\*, zur Kenntnis gebracht und erstattete die Antragsgegnerin nachstehende Stellungnahme vom 6.2.2002.

? I. Zum Antrag auf Nichtigklärung von (angeblich) rechtswidrigen

Entscheidungen des Antragsgegners

1. Gemäß § 24 Abs 2 NÖVergG ist der UVS zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das NÖVergG und die dazu ergangenen Verordnungen bis zur Zuschlagserteilung zuständig,

? zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (§ 26 NÖVergG); und

? zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle des Auftraggebers (§ 27 NÖVergG).

2. Gemäß § 27 Abs 1 NÖVergG hat der UVS eine im Zuge des Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung des Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie

? im Widerspruch zu den Bestimmungen des NÖVergG oder der dazu erlassenen Verordnung steht; und  
? für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Erweist sich daher eine Entscheidung des Auftraggebers als rechtskonform oder ist sie für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht wesentlich, besteht für den UVS kein Anlass zur Nichtigerklärung der Entscheidung.

3. Der Nachprüfungsantrag bezieht sich offenbar auf die Entscheidungen des Antragsgegners, die Zuschlagsentscheidung (wie mit Schreiben vom 11.12.2001 den Antragstellern mitgeteilt und in der Stellungnahme vom 23.1.2002 wiedergegeben) für das Gesamtalternativangebot der Bietergemeinschaft ALPINEMAYREDER/G\*\*\*\*\* zu treffen und das Angebot dieser Bietergemeinschaft nicht auszuschneiden.

4. Zur Begründung ihres Antrages behaupten die Antragsteller, das Angebot des Bestbieters Bietergemeinschaft ALPINE-MAYREDER / G\*\*\*\*\* wäre auszuschneiden gewesen

weil I\*\*\*\*\* Stahl- und Anlagenbau ("G\*\*\*\*\*") sich an mehreren Bietergemeinschaften beteiligte; weil die Bietergemeinschaft A\*\*\*\*\* eine "Solidarhaftungs-Erklärung" nicht abgegeben hätte; und weil das Angebot der Bietergemeinschaft A\*\*\*\*\* eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufwiese.

Diese Argumente treffen - wie im folgenden im Detail ausgeführt wird - aus nachstehenden Gründen nicht zu:

a) Eine differenzierte Betrachtung der von den Antragstellern bemühten, bislang vereinzelt gebliebenen Entscheidung des Bundesvergabeamts ("BVA") vom 19.3.2001, N-12/01, N-16/01, N-17/01, "Chipcard 1", ergibt, dass gerade der Entscheidung Chipcard 1 ein spezifischer Sachverhalt einer "Mehrfachbeteiligung" eines Unternehmers bei der Angebotserstellung und bei den Verhandlungen mit dem Auftraggeber zugrunde lag, sodass ein allgemeiner Grundsatz, "Mehrfachbeteiligung" eines Unternehmers an mehreren Bietergemeinschaften hätte zum Ausscheiden sämtlicher betroffener Angebote zu führen, aus der Entscheidung nicht ableitbar und im Lichte jüngster Judikatur des Verfassungsgerichtshofs zudem unzulässig ist (Näheres dazu siehe Pkt II).

b) Die Behauptung, der Bestbieter Bietergemeinschaft A\*\*\*\*\* hätte sich nicht zur solidarischen Leistungserbringung verpflichtet, entbehrt schon nach einem Blick in das Angebotsschreiben jeglicher tatsächlicher Grundlage. Aber auch die von den Antragstellern vorgenommene Unterscheidung zwischen "ARGE-Erklärung" und "Solidarhaftungs-Erklärung" findet keine Grundlage im Gesetz und indiziert - zusammen mit der Berufung auf § 17 Abs 1 NÖVergG iVm § 52 Abs 2 Z 8 BVergG anstelle von § 17 Abs 1 NÖVergG iVm § 52 Abs 2 Z 10 BVergG - Unkenntnis der vergaberechtlichen Definition der Arbeitsgemeinschaft gemäß § 13 NÖVergG iVm § 15 Z 7 BVergG und des notwendigen Inhalts der Erklärung gemäß § 13 Abs 1 NÖVergG iVm § 17 Satz 3 BVergG (Näheres dazu siehe Pkt III).

c) Die Antragsteller bezeichnen den Preisunterschied des Bestanbotes zu ihrem Angebot als "ungewöhnlich groß", die Zusammensetzung des Gesamtpreises könne daher nicht plausibel sein. Bloß daraus, dass ein Angebotspreis niedriger ist als der Preis eines anderen Angebotes, ist aber nicht ableitbar, dass der niedrigere Preis nicht plausibel zusammengesetzt ist. Dass auch die Antragsteller ihre Behauptung nicht zu substantiieren vermögen, zeigt sich aus der Liste von willkürlich aufgezählten Positionen des Leistungsverzeichnisses, die die Antragsteller als "kalkulatorisch sensibel" einstufen, weshalb offenbar nach Ansicht der Antragsteller jeder Bieter, der ein günstigeres Angebot als die Antragsteller abgegeben hat, diese LV-Positionen "vermutlich nicht ausschreibungs- und/oder vergabekonform kalkuliert" hätte. Diese Argumentation ist haltlos (Näheres dazu siehe Pkt IV).

5. Selbstverständlich geht es den Antragstellern darum, den Zuschlag zu erhalten. Da die Antragsteller nicht Bestbieter

sind, fordern sie einerseits das Ausscheiden des Bestbieters und sämtlicher Angebote, an denen G\*\*\*\*\* "beteiligt" ist. Andererseits fordern die Antragsteller aber auch eine Neubewertung ihres Angebotes, die zeige, dass das Angebot der Antragsteller das Bestanbot wäre.

Das Angebot der Antragsteller wäre aber selbst dann nicht das Bestanbot, wenn der Antragsgegner - wozu er nicht verpflichtet ist - sämtliche Angebote, an denen G\*\*\*\*\* "beteiligt" ist, nicht in die Bewertung miteinbezöge, und auch dann nicht, wenn der Antragsgegner darüber hinaus - was sachlich nicht gerechtfertigt ist - die von den Antragstellern geforderten drei Punkte für das Referenzprojekt Varpalota vergäbe (Näheres dazu siehe Pkt V).

Zum Beweis des gesamten Vorbringens, das der Antragsgegner in diesem Schriftsatz erstattet, beantrag der Antragsgegner die Einvernahme des Obmanns des Antragsgegners H\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* und des Obmann-Stellvertreters H\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\*, p.A. des Antragsgegners, als Vertreter des Antragsgegners und von DI Dr G\*\*\*\*\* H\*\*\*\*\* und DI B\*\*\*\*\* F\*\*\*\*\*, p.A. S\*\*\*\*\* & Partner Ziviltechnikergesellschaft mbH, \*\*\*\* S\*\*\*\*\*, J\*\*\*\*\* \*\*, als Zeugen. Der Antragsgegner wird die genannten Personen zur Verhandlung stellig machen.

## II. Zur behaupteten Rechtswidrigkeit der "Mehrfachbeteiligung" G\*\*\*\*\* an verschiedenen Bietergemeinschaften

1. Die Antragsteller behaupten die Rechtswidrigkeit der Beteiligung G\*\*\*\*\* an mehreren Bietergemeinschaften und begründen dies in erster Linie mit der Entscheidung des BVA vom 19.3.2001, N-12/01, N-16/01, N-17/01, "Chipcard 1". Zunächst ist fest zu halten, dass die Annahme der Antragsteller, wonach die "vom BVA [ .. ] entwickelten Grundsätze [..] auch im Bereich des NÖ Vergabegesetzes gleichermaßen [gelten]", verfehlt ist; das BVA ist keine Rechtssetzungsorgan, schon gar nicht außerhalb seines Kompetenzbereichs. Entscheidungen des BVA binden den UVS selbstverständlich nicht; Präjudizwirkung entfalten im österreichischen Recht - und auch dies nur eingeschränkt auf das Bedürfnis der Rechtssicherheit - nur Entscheidungen der Höchstgerichte.

2. Die Antragsteller stützen ihre Argumentation offenbar hauptsächlich auf den nichtamtlichen Leitsatz der Entscheidung Chipcard I, wie er von deren Glossatoren Schrammlöhler in RdW 4/2001, 218, formuliert ist (gerade diese Glossatoren weisen übrigens auf die in der deutschen Lehre und Judikatur übliche Berücksichtigung des Einzelfalls hin). Bei diesem "Leitsatz" handelt es sich aber um eine bloße Schlagzeile, die in dieser Allgemeinheit der Entscheidung nicht zu entnehmen ist:

Im Fall Chipcard 1 handelte es sich um ein Verhandlungsverfahren. Der "mehrfachbeteiligte" Bieter war an drei Bietergemeinschaften beteiligt und wirkte an der Erstellung sämtlicher Angebote mit, an denen er beteiligt war, wobei er sich für alle Angebotserstellungen desselben Mitarbeiters bediente. Dieser führte auch für alle drei Bietergemeinschaften im Zuge des Verhandlungsverfahrens technische Gespräche mit dem Auftraggeber. Dabei erhielt er Zugang zu Informationen technischer Art aus allen drei Angeboten, insbesondere auch zum jeweiligen Lösungskonzept.

3. Das BVA legte dar, das Ausscheiden von Angeboten gemäß § 52 Abs 1 BVergG diene dem Ziel,

"einen sauberen Wettbewerb zu sichern und Bieter von einer Vergabe auszuschließen, die ihre Offerte unter Bedingungen erstellt haben, die sie in eine gegenüber anderen Bietern günstigere (und damit wettbewerbsverfälschende) Ausgangsposition gebracht haben.

Durch die Beteiligung an mehreren Angebotserstellungen erhält ein Bieter nicht nur Kenntnis vom Inhalt gesondert eingereichter Angebote, die zueinander im Wettbewerb stehen sollen, er kann auch die Preisgestaltung dieser Angebote - durch seine eigene Preisgestaltung - und damit deren Reihum im Bewertungsverfahren direkt beeinflussen. Daraus ergibt sich weiters, dass dieser Bieter zwingend auf den Inhalt des jeweiligen Angebots bezogene

Verhandlungen mit Bietern mehrerer konkurrierender

Angebote führen muss." (Hervorhebungen nicht im Original)

4. Das BVA legte diesen Ausführungen den oben geschilderten, vom

BVA festgestellten Sachverhalt zugrunde. Ausgangspunkt und Maßstab der Überlegungen des BVA war ohne jeden

Zweifel der Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbs im Vergabeverfahren im Sinne des § 16 Abs 1 BVergG (im Anwendungsbereich des NÖVergG:

§ 13 Abs 1 NÖVergG iVm § 16 Abs 1 BVergG). Für den Sachverhalt des Falls Chipcard 1 ist die Entscheidung des BVA wohl zutreffend; aus dieser Einzelentscheidung einen allgemeinen Grundsatz für alle Verfahrensarten und alle Fälle abzuleiten, in denen ein Unternehmer seine Leistungen mehreren Bietern zur Verfügung stellt, ist aber bei weitem überschießend.

Ein kategorischer Ausschluss der Angebote solcher Bietergemeinschaften ist sohin unzulässig. Vielmehr ist - auch und gerade nach der Entscheidung Chipcard I - zu prüfen, ob

? der "mehrfachbeteiligte" Unternehmer tatsächlich Kenntnis über den Inhalt der jeweils eingereichten Angebote hatte;

? der "mehrfachbeteiligte" Unternehmer die Preisgestaltung des Angebots tatsächlich beeinflussen konnte oder der Bietergemeinschaft bloß seine Leistung zu "seinem" Preis zur Verfügung stellt;

? der "mehrfachbeteiligte" Unternehmer mit den jeweiligen Mitgliedern der Bietergemeinschaften auf den Inhalt des jeweiligen Angebots bezogene Verhandlungen geführt hat;

und

? Gespräche, falls solche geführt wurden, für den Auftraggeber nachteilig, gegen die guten Sitten oder den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden zum Inhalt hatten.

5. Eine Verpflichtung, alle Angebote von Bietergemeinschaften, an

denen ein Unternehmer "mehrfachbeteiligt" ist, kategorisch auszuschneiden, wenn nur dieser Tatbestand erfüllt ist, ohne auch zu prüfen, ob es dadurch tatsächlich zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung gekommen ist, ist unzulässig. Das ergibt sich ausdrücklich aus dem (zeitlich später als die BVA-Entscheidung Chipcard I ergangenen) Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs ("VfGH") vom 20.6.2001, B 1560/00, "Fischer-Deponie":

In den Entscheidungsgründen betont der VfGH den Zusammenhalt der Bestimmung über die Beteiligung eines Bieters an den Vorarbeiten für eine Ausschreibung (§ 16 Abs 4 BVergG) mit der Grundsatzbestimmung des § 16 Abs 1 BVergG, nach der Aufträge nur entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben sind. Denselben Zusammenhalt mit § 16 Abs 1 BVergG misst der VfGH auch den Ausscheidenstatbeständen des § 52 BVergG zu:

"Wenn in § 52 Abs 1 BVergG vorgesehen ist, dass mit Mängeln behaftete i~

Angebote von Bietern auszuschneiden sind, dient dies ebenso der Gewährleistung eines lauterer Wettbewerbs wie die Torschrift, dass Bieter, die wettbewerbswidrig agieren bzw deren Offerte unter wettbewerbsverfälschenden Ausgangspositionen gestellt wurden, vom Vergabeverfahren auszuschließen sind."

Zum Problem der Beteiligung an den Vorarbeiten sprach der VfGH daher dezidiert aus:

"Angesichts dessen erachtet der Verfassungsgerichtshof die vom BVA im hier bekämpften Bescheid undifferenziert vertretene Auslegung des § 16 Abs 4 BVergG dahin, dass § 16 Abs 4 BVergG 'nicht darauf abstellt, ob die Beteiligung von an Vorarbeiten beteiligten Unternehmern den Wettbewerbsbewerb gefährdet, sondern kategorisch deren Ausschluss vom Wettbewerb anordnet; als qualifiziert verfehlt.'" (Hervorhebungen nicht im Original)

Ein Ausscheiden, so der VfGH, hat nur dann Platz zu greifen, wenn es tatsächlich zu einem Wettbewerbsvorteil gekommen ist. Dazu sind - im Nachprüfungsverfahren durch den UVS -entsprechende Ermittlungen durchzuführen. Da der VfGH den Bezug zu § 16 Abs 1 BVergG auch für § 52 Abs 1 BVergG herstellt, gelten diese vom VfGH aufgestellten

Grundsätze für alle in § 52 BVergG enthaltenen Ausscheidenstatbestände.

6. Zu einem differenzierenden Ergebnis kommt übrigens auch das BVA 2.10.2001, N-80/01-19, in der Frage der Mehrfachbeteiligung von Subunternehmern, die das BVA nur dann als bedenklich bezeichnet, wenn der Auftraggeber wettbewerbswidriges Verhalten konkret nachweisen kann. Zumindest in Fällen, in denen ein Unternehmer sich zwar als Mitglied an einer Bietergemeinschaft beteiligt, seine Rolle darin aber im wesentlichen auf die eines gleichsam "aufgewerteten" Subunternehmers beschränkt ist, könnte an eine Anwendung dieses amtlichen Leitsatzes gedacht werden.

7. Für den konkreten Fall der "Mehrfachbeteiligung" des Unternehmers G\*\*\*\*\* an mehreren Bietergemeinschaften führt die Prüfung des Sachverhalts dazu, dass die Angebote der Bietergemeinschaften, an denen G\*\*\*\*\* beteiligt war, nicht deshalb auszuschneiden waren:

? Nach den nachvollziehbaren Angaben G\*\*\*\*\* hatte dieser über seinen eigenen Leistungsteil (maschinelle Ausrüstung) hinaus keinerlei Einfluss auf die Gestaltung der Angebote. G\*\*\*\*\* war daher an der Angebotserstellung (vgl. Chipcard I) nicht beteiligt.

? G\*\*\*\*\* hatte auch keinen Einfluss auf die Preisgestaltung:

Allen Angeboten, an denen G\*\*\*\*\* sich mit derselben Leistung beteiligte, liegt derselbe Preis dieser Leistungen G\*\*\*\*\*S zugrunde.

? Außer über die Teilnahme an der Bietergemeinschaft hat G\*\*\*\*\* daher auch nicht auf den Inhalt des jeweiligen Angebots bezogene Verhandlungen geführt.

Auch ein Wettbewerbsvorteil der jeweils übrigen Mitglieder der betroffenen Bietergemeinschaften liegt entgegen der Behauptung der Antragsteller nicht vor: G\*\*\*\*\* war in die Detail-Kalkulationen der Bietergemeinschaften nicht eingebunden, sondern brachte jeweils nur seinen Leistungsteil in die Bietergemeinschaft ein. Darüber hinausgehenden Einblick in die Kalkulationsüberlegungen hatte G\*\*\*\*\* nicht. Die jeweiligen Konsorten konnten auch ausgehend vom Preis für Leistungen G\*\*\*\*\*S nicht die Angebotsbewertung beeinflussen, weil sie - G\*\*\*\*\* nahm an der Angebotserstellung nicht weiter teil - die übrigen Positionen der Angebote der konkurrierenden Bietergemeinschaften nicht kannten. Zudem hätte der Antragsgegner bei der vertieften Angebotsprüfung eine wettbewerbsverzerrende Quersubventionierung von LV-Positionen aufgedeckt.

Verhandlungen mit dem Auftraggeber fanden nicht statt, sodass auch nicht auf diese Weise eine wechselseitige Beeinflussung der Angebote möglich war.

Die Beteiligung G\*\*\*\*\*S war nicht nachteilig für den Antragsgegner, weil es dadurch weder zu einer Verringerung der Zahl der eingereichten Angebote (im Gegenteil!)

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenat UVS, <http://www.wien.gv.at/uvsv/index.html>