

TE Verg Bescheid 2012/7/13 N/0062-BVA/04/2012-31

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.07.2012

Norm

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z8

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 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
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 04, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, sowie Dr. Angelika Schätz als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 10/2012 betreffend das Vergabeverfahren "A02, SÜD Autobahn Knoten Graz-Ost, Erweiterung zum Vollanschluss, GE Objekte G43 und G44, Lärmschutz und E-Technik VDE" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 11.6.2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 04, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, sowie Dr. Angelika Schätz als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, betreffend das Vergabeverfahren "A02,

SÜD Autobahn Knoten Graz-Ost, Erweiterung zum Vollanschluss, GE Objekte G43 und G44, Lärmschutz und E-Technik VDE" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 11.6.2012, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Angebotes der "BIGE B*** /C*** (Nettoangebotssumme Euro 9.910.056,92)" für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag wird abgewiesen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "A02, SÜD Autobahn, Knoten Graz-Ost, Erweiterung zum Vollanschluss, GE Objekte G43 und G44, Lärmschutz und E-Technik VDE" wurde im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2012/S 63- 101782 am 30.3.2012 veröffentlicht. Der gegenständliche Bauauftrag soll in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip [1.Gesamtpreis (97% - 97 Punkte) und 2. Verlängerung der Gewährleistungsfrist (3% - 3 Punkte)] im Oberschwellenbereich vergeben werden. Alternativangebote waren zugelassen.

Nach mehreren Berichtigungen wurde in den Ausschreibungsunterlagen zum Vadium unter Punkt B.5 (Projektspezifische Bestimmungen und Leistungsbeschreibung) Position 00B109 Nachfolgendes ausgeführt:

"Es ist ein Vadium in Höhe

250.000,00 EUR

gemäß beiliegendem Muster gemeinsam mit dem Angebot bzw. bei elektronischer Angebotsabgabe gesondert vorzulegen, sodass dieses in einem verschlossenen Kuvert und mit dem beigefügten Adresskleber gekennzeichnet rechtzeitig vor Ende der Angebotsfrist am Ort der Angebotsöffnung vorliegt.

Das Fehlen des Vadiumsnachweises stellt im Sinne des Paragraphen 86 BVergG einen unbehebbarer Mangel dar und führt gem. Paragraph 129 Abs. 1 Z 5 BVergG zur zwingenden Ausscheidung des Angebotes. Das Fehlen des Vadiumsnachweises stellt im Sinne des Paragraphen 86 BVergG einen unbehebbarer Mangel dar und führt gem. Paragraph 129 Absatz eins, Ziffer 5, BVergG zur zwingenden Ausscheidung des Angebotes.

Das Vadium muss eine Laufzeit von mindestens 30 Tagen über das Ende der Zuschlagsfrist hinaus aufweisen."

Zur verlängerten Zuschlagsfrist wurde unter Punkt B.5 Position 00B114 in den Ausschreibungsunterlagen darauf hingewiesen, dass diese mit 5 Monaten festgelegt wird. Das Ende der Angebotsfrist war mit 7.5.2012, 11.00 Uhr, fixiert.

Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. B*** und 2. C*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) legte ein Angebot mit einem Angebotspreis von Euro 9.910.056,92 (exkl. Ust), ohne Verlängerung der Gewährleistungsfrist. Ebenso legte die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. D*** und 2. E*** (in der Folge BG D***/E***) ein Angebot (Euro 11.346.000,00). Die A*** (in der Folge Antragsteller) legte neben einem Hauptangebot 14 Alternativangebote (Alternative 08 - Euro 9.915.565,14 - ohne Verlängerung der Gewährleistungsfrist).

Im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers schienen die Unterschriften von Herrn F*** und die von Herrn G*** für die C*** sowie Herrn AL*** für die B*** auf. Die C*** bevollmächtigte die B*** zur Vertretung der Bietergemeinschaft für die gegenständliche Ausschreibung. Dem Angebot lag auch ein Vadium der AM*** datiert mit 30.4.2012 über den Betrag von Euro 163.000,00 mit einer Gültigkeitsdauer bis zum 22.11.2012 bei. Eine weitere, mit 24.2.2012 datierte Garantieerklärung stammt von der H*** über den Betrag von Euro 87.000,-- und weist ebenfalls eine Gültigkeitsdauer bis zum 22.11.2012 auf.

Im Firmenbuch sind für die C*** (FN 372344s) mit der Geschäftsanschrift I***, als handelsrechtliche, jeweils allein vertretungsbefugte Geschäftsführer Herr F*** und Herr J*** ausgewiesen (Stand 28.2.2012). Alleiniger Gesellschafter ist die K*** (FN 60998d), ebenfalls mit der Geschäftsanschrift I***. Im KSV-Auskunfts-Unternehmensprofil der C***

(Stand 25.4.2012) ist unter der Rubrik "nahestehendes Unternehmen und sonstige Beteiligung" die E*** (FN 365097h), L***, genannt.

Im Firmenbuch ist für die E*** (FN 300996t) als alleiniger vertretungsbefugter Geschäftsführer neben Herrn M*** und Herrn N***, Herr J*** angeführt. Alleiniger Gesellschafter der E***, die Mitglied der BG D***/E*** ist, ist die O*** (FN 307241a), zu deren selbständig vertretungsbefugtes Vorstandsmitglied Herr J*** zählt. Im Angebot der BG D***/E*** wurde Herr P*** von der D*** als bevollmächtigter Vertreter der BG D***/E*** zur Abwicklung des Vergabeverfahrens und des Vertrages genannt.

Am 7.5.2012 bzw. 8.5.2012 wurde der präsumtive Zuschlagsempfänger zur Vorlage verschiedener Unterlage u.a auch der K4-, K7- und der K3-Blätter bzw K5-Blätter aufgefordert. Diesen Aufforderungen kam der präsumtive Zuschlagsempfänger fristgerecht nach.

Im Zuge der Prüfung der Angebote forderte der Auftraggeber den präsumtiven Zuschlagsempfänger weiters am 14.5.2012 unter Hinweis auf § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG idgF auf, bis zum 21.5.2012 den Sachverhalt zur "unzulässigen Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die Mehrfachbeteiligung der C*** und E***" aufzuklären. Dabei wurde insbesondere angeführt, dass die C*** ein verbundenes Unternehmen der E*** sei und auf Geschäftsführerebene durch Herrn J*** als alleiniger vertretungsberechtigter geschäftsführender Gesellschafter der C*** und als alleiniger vertretungsberechtigter Geschäftsführer der E*** eine Personalidentität vorliege. Herr J*** kenne damit beide Angebote und könne bei der Angebotserstellung Einfluss nehmen. Im Zuge der Prüfung der Angebote forderte der Auftraggeber den präsumtiven Zuschlagsempfänger weiters am 14.5.2012 unter Hinweis auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG idgF auf, bis zum 21.5.2012 den Sachverhalt zur "unzulässigen Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die Mehrfachbeteiligung der C*** und E***" aufzuklären. Dabei wurde insbesondere angeführt, dass die C*** ein verbundenes Unternehmen der E*** sei und auf Geschäftsführerebene durch Herrn J*** als alleiniger vertretungsberechtigter geschäftsführender Gesellschafter der C*** und als alleiniger vertretungsberechtigter Geschäftsführer der E*** eine Personalidentität vorliege. Herr J*** kenne damit beide Angebote und könne bei der Angebotserstellung Einfluss nehmen.

Ebenso wurde die BG D***/E*** am 14.5.2012 zur Aufklärung zur Frage der Mehrfachbeteiligung der C*** und der E*** an der gegenständlichen Ausschreibung bis längstens 21.5.2012 aufgefordert.

Mit Schreiben vom 16.5.2012 wies die BG D***/E*** die Wettbewerbsbeeinträchtigung durch eine Mehrfachbeteiligung zurück. Über das Angebot der C*** in einer anderen Bietergemeinschaft sei nichts bekannt gewesen. Es werde auch auf die eidesstattliche Erklärung von Herrn J*** verwiesen, woraus hervorgehe, vom Angebot der C*** keine Kenntnis gehabt zu haben.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger führte mit Schreiben vom 21.5.2012 Nachfolgendes aus:

".....

Zunächst ist auszuführen, dass eine Mehrfachbeteiligung der C*** als auch der E*** in vorgenanntem Vergabeverfahren nicht vorliegt, haben doch beide vorgenannten Unternehmen jeweils nur ein Angebot als Mitglied verschiedener Bietergemeinschaften abgegeben. Vor Angebotsabgabe hatte keine der beiden betroffenen Bietergemeinschaften voneinander Kenntnis: So hatte weder die BIEGE B*** und C***, I***, Kenntnis von der Angebotslegung durch die BIEGE B*** und E***, L***, noch umgekehrt die BIEGE D*** und E*** von der Angebotslegung durch uns. Schon deshalb ist die uns vorgeworfene gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abrede gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 ungerechtfertigt. Bestätigt wird dies durch die von uns - aufforderungsgemäß - abgegebene Bietererklärung gemäß Punkt B.6.1 („dass seinem Angebot nur seine eigenen Preisermittlungen zugrunde liegen, dass weder mit anderen Bietern für die Ausschreibenden nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abrede über Preisbildungen oder Ausfallsentschädigungen getroffen wurden, noch Preisbildungen oder Kartellabreden vorliegen.“). Zunächst ist auszuführen, dass eine Mehrfachbeteiligung der C*** als auch der E*** in vorgenanntem Vergabeverfahren nicht vorliegt, haben doch beide vorgenannten Unternehmen jeweils nur ein Angebot als Mitglied verschiedener Bietergemeinschaften abgegeben. Vor Angebotsabgabe hatte keine der beiden betroffenen Bietergemeinschaften voneinander Kenntnis: So hatte weder die BIEGE B*** und C***, I***, Kenntnis von der Angebotslegung durch die BIEGE B*** und E***, L***, noch umgekehrt die BIEGE D*** und E*** von der Angebotslegung durch uns. Schon

deshalb ist die uns vorgeworfene gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abrede gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 ungerechtfertigt. Bestätigt wird dies durch die von uns - aufforderungsgemäß - abgegebene Bietererklärung gemäß Punkt B.6.1 („dass seinem Angebot nur seine eigenen Preisermittlungen zugrunde liegen, dass weder mit anderen Bietern für die Ausschreibenden nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abrede über Preisbildungen oder Ausfallsentschädigungen getroffen wurden, noch Preisbildungen oder Kartellabreden vorliegen.“).

Es ist aber richtig, dass Herr J*** sowohl Geschäftsführer der C*** als auch der E*** ist. Absolut unrichtig ist jedoch Ihre Vermutung, dass Herr J*** auf das Angebot der C*** in irgendeiner Form Einfluss genommen hat, weil Herr J*** in die Angebotsgestaltung nicht eingebunden war, zumal ihm als Geschäftsführer der C*** auch die Ausarbeitung von Angeboten (naturgemäß) nicht obliegt. Wie Sie dem Angebot unserer Bietergemeinschaft entnehmen können, hat Herr J*** für die C*** das Angebot nicht gefertigt, sodass er tatsächlich von dem Inhalt des Angebots unserer Bietergemeinschaft keinerlei Kenntnis erlangt hat. In diesem Zusammenhang ist auch darauf zu verweisen, dass die Firma E*** als auch die Fa. C*** an unterschiedlichen Standorten ihren Firmensitz haben und ihre Tätigkeit entfalten, sodass auch aus diesem Grund die wechselseitige Kenntnisnahme von Angebotsinhalten der jeweils anderen Gesellschaft auszuschließen ist. Es ist daher auch der von Ihnen gezogene Schluss, dass von einer Kenntnis des Angebotsinhalts beider Angebote von Herrn J*** ausgegangen werden muss, für unsere Bietergemeinschaft nicht nachvollziehbar. Es trifft daher auch nicht zu, dass das Angebot unserer Bietergemeinschaft in Teilbereichen in keinem tatsächlichen Wettbewerb gestanden wäre, sodass eine Ausscheidung unseres Angebots jedenfalls nicht im Einklang mit den Bestimmungen des BVergG 2006 stünde.

Hervorzuheben gilt auch, dass nach den Ausschreibungsbedingungen die uns nun vorgeworfene ‚Mehrfachbeteiligung‘ nicht ausgeschlossen war. Sie widerspricht auch nicht automatisch § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006. Auch wenn die Personenidentität von Herrn J*** bei der E*** und der C*** - Ihrer Auffassung nach - den Anschein einer unzulässigen Absprache gibt, rechtfertigt dieser bloße Anschein ‚das Ausscheiden zweier nicht identer Bietergemeinschaften‘ nicht. Hier weisen wir auf die eidesstattlich abgegebene Erklärung gemäß Punkt B.6.1 hin, wonach eine derartige Abrede nicht vorliegt. Hervorzuheben gilt auch, dass nach den Ausschreibungsbedingungen die uns nun vorgeworfene ‚Mehrfachbeteiligung‘ nicht ausgeschlossen war. Sie widerspricht auch nicht automatisch Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006. Auch wenn die Personenidentität von Herrn J*** bei der E*** und der C*** - Ihrer Auffassung nach - den Anschein einer unzulässigen Absprache gibt, rechtfertigt dieser bloße Anschein ‚das Ausscheiden zweier nicht identer Bietergemeinschaften‘ nicht. Hier weisen wir auf die eidesstattlich abgegebene Erklärung gemäß Punkt B.6.1 hin, wonach eine derartige Abrede nicht vorliegt.

Im Übrigen erlauben wir uns in diesem Zusammenhang auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs zu verweisen, wonach selbst dann, wenn ein Mitglied einer Bietergemeinschaft konkurrierende Angebote eingereicht hätte, eine Ausscheidung des Angebots aus diesem Umstand allein nicht zulässig ist (EuGH vom 23.12.2009, Rs C-376/08 Rz 40).

Zur Untermauerung unserer Sichtweise erlauben wir uns eine eidesstattliche Erklärung von Herrn J*** beizuschließen, in welcher dieser bestätigt, dass er an der Erstellung des Angebotes unserer Bietergemeinschaft nicht mitgewirkt hat und insbesondere auch nicht den Angebotspreis unserer Bietergemeinschaft kannte. Erst nach Angebotsöffnung wurde ihm von Vertretern der Firma E*** das Ergebnis der Angebotsöffnung bekanntgegeben.

....."

Diesen Ausführungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers lag eine mit 16.5.2012 datierte, eidesstattliche Erklärung von Herrn J*** bei, in der von ihm bestätigt wurde, weder bei der Angebotserstellung der Bietergemeinschaft B*** und C*** noch bei der Erstellung des Angebotes der BG D***/E*** eingebunden gewesen zu sein. Erst nach der Angebotsöffnung habe er von Mitarbeitern der E*** über das Angebotsergebnis erfahren und Kenntnis davon erlangt, dass die C*** ebenfalls in einer Bietergemeinschaft angeboten habe.

Im Zuge des Aufklärungsgesprächs zwischen dem Auftraggeber und dem präsumtiven Zuschlagsempfänger am 25.5.2012, an dem für die C*** Herr Q***, Herr R*** und Herr F*** teilnahmen, wurden umfangreich Kalkulationsfragen erörtert und gab der präsumtive Zuschlagsempfänger als Asphaltmischgutquelle die S*** an.

An Hand der nachgereichten Unterlagen erfolgte durch die vom Auftraggeber beauftragte T*** eine detaillierte Preisanalyse beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Überprüft wurden auch die wesentlichen Positionen und eine ABC-Analyse und Mehr-/Mindermengenanalyse durchgeführt. Es wurden die Angebotspreise

gegenübergestellt und verglichen. Ein solcher Vergleich wurde u.a beim präsumtiven Zuschlagsempfänger und dem Antragsteller durchgeführt.

Am 1.6.2012 erfolgte die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit 97 Punkten. Der an 2. Stelle gereichte Antragsteller erreichte mit seinem Alternativangebot 08 insgesamt 96,95 Punkte.

Mit Schriftsatz vom 11.6.2012 brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid vom 15.6.2012, ZI N/0062-BVA/04/2012-EV7, stattgegeben wurde, ein. Weiters wurden der Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 BVergG idgF und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt. Mit Schriftsatz vom 11.6.2012 brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid vom 15.6.2012, ZI N/0062-BVA/04/2012-EV7, stattgegeben wurde, ein. Weiters wurden der Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, BVergG idgF und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die C*** gesellschaftsrechtlich mit der E*** verflochten sei. Die O*** sei nämlich als Muttergesellschaft alleinige Gesellschafterin der E***, welche zu 49,5 % an der K*** beteiligt sei. Diese sei wiederum alleinige Gesellschafterin der C***. Die C*** sei kraft ihrer 35%-igen Beteiligung an der U*** mittelbar an der V*** beteiligt.

Herr J*** sei sowohl Vorstandsmitglied der O*** als auch Geschäftsführungsmitglied der E***, der K*** und der C***. Ihm komme neben anderen Personen eine selbstständige Vertretungsbefugnis zu und er könne damit auf sämtliche involvierten Gesellschaften einen beherrschenden Einfluss ausüben. Davon würde er gerade im vorliegenden Fall mit äußerster Vehemenz Gebrauch machen. Es gehe gerade beim besten Angebot um eine Angebotssumme in der Höhe eines durchschnittlichen Jahresumsatzes der C***.

Die D*** wäre auf dem Gebiet des Straßen- und Brückenbaus aber ohne weiteres in der Lage gewesen, als alleiniges Mitglied einer anderen Bietergemeinschaft das preislich niedrigste Angebot zu legen. Es sei davon auszugehen, dass die Bildung der BG D***/E*** gemäß einer zwischen der E*** und C*** bestehenden Abrede bzw. aufgrund einer Weisung der Muttergesellschaft nur zu dem Zweck erfolgt sei, ein preislich höheres Angebot als jenes des präsumtiven Zuschlagsempfängers zu legen. Damit sei dem präsumtiven Zuschlagsempfänger durch "Neutralisierung" eines ernst zu nehmenden Mitbewerbers ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil verschafft worden und sei die Angebotslegung durch die BG D***/E*** unter Berücksichtigung des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers erfolgt. Hervorgehoben werde, dass die C*** - nicht jedoch die E*** - unmittelbar an der V*** beteiligt sei. Ein Preisvorteil beim Bezug von Asphaltmischgut sei daher erzielt worden. Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen (Punkt B.5 der Leistungsbeschreibung) sei der Erlag eines Vadiums in der Höhe von Euro 250.000 mit einer Laufzeit von mindestens 30 Tagen über das Ende der Zuschlagsfrist hinaus erforderlich gewesen. Die Zuschlagsfrist sei in Abänderung zum Teil B.1, Punkt 1.1.15, mit fünf Monaten festgelegt worden. Es sei davon auszugehen, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger die verlängerte Zuschlagsfrist nicht berücksichtigt habe und ein der berechtigten Ausschreibung widersprechendes Vadium gelegt habe.

Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei rechtswidrig, da das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG idgF auszuschneiden gewesen wäre. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen. Zumindest habe zwischen der E*** und der C*** eine Abrede bestanden, dass die BG D***/E*** kollusiv auf eine Angebotsgestaltung hinzuwirken habe. Dies habe dazu geführt, dass der Angebotspreis hinter dem des Angebots des präsumtiven Zuschlagsempfängers liege. Der präsumtive Zuschlagsempfänger wäre auch gemäß § 129 Abs. 1 Z 5 BVergG idgF auszuschneiden, zumal von ihm kein ausschreibungskonformes Vadium gelegt worden sei. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei rechtswidrig, da das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG idgF auszuschneiden gewesen wäre. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen. Zumindest habe zwischen der E*** und der C*** eine Abrede bestanden, dass die BG

D***/E*** kollusiv auf eine Angebotsgestaltung hinzuwirken habe. Dies habe dazu geführt, dass der Angebotspreis hinter dem des Angebots des präsumtiven Zuschlagsempfängers liege. Der präsumtive Zuschlagsempfänger wäre auch gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG idgF auszuschneiden, zumal von ihm kein ausschreibungskonformes Vadium gelegt worden sei.

Dem Antragsteller drohe bei Entgang des Auftrages ein Schaden in Form eines entgangenen angemessenen Gewinns sowie anfallende, nicht verminderte kalkulierte Geschäftsgemeinkosten. Würde dem Antragsteller nicht der Zuschlag erteilt werden, hätte dies eine fehlende Auslastung des Personalstandes, Folgekosten für die Akquisition anderer Aufträge und Vorhaltekosten für die Niederlassung und einen alternativen Einsatz der Ressourcen bei anderen Aufträgen zur Folge. Dem Antragsteller drohe ein Schaden in Gestalt des Erfüllungsinteresses in einer Höhe von zumindest Euro 900.000. Darüber hinaus drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Der Antragsteller habe bei Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers das beste Angebot gelegt, sodass ihm der Zuschlag zu erteilen wäre. Er sei daher in seinem Recht auf Erteilung des Zuschlages sowie in seinem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Verfahrens, insbesondere in seinem Recht auf Transparenz der Zuschlagsentscheidung und auf Gleichbehandlung der Bieter, verletzt. Es liege auf der Hand, dass der Antragsteller ein Interesse am Vertragsabschluss habe.

Der Antragsteller wies im Schriftsatz vom 28.6.2012 ergänzend darauf hin, dass die Behauptungen des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der mündlichen Verhandlung in Form von Zeugeneinvernahmen und durch einen Vergleich der Kalkulationsblätter zu prüfen seien, um Rückschlüsse auf die Richtigkeit ihres Vorbringens ziehen zu können. Der Tatbestand der Verleumdung gemäß § 297 Abs.1 StGB sei nicht erfüllt. Es fehle an der subjektiven Tatseite des Wissens. Der Antragsteller gehe von der Richtigkeit seines Vorbringens aus. Der Antragsteller wies im Schriftsatz vom 28.6.2012 ergänzend darauf hin, dass die Behauptungen des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der mündlichen Verhandlung in Form von Zeugeneinvernahmen und durch einen Vergleich der Kalkulationsblätter zu prüfen seien, um Rückschlüsse auf die Richtigkeit ihres Vorbringens ziehen zu können. Der Tatbestand der Verleumdung gemäß Paragraph 297, Absatz eins, StGB sei nicht erfüllt. Es fehle an der subjektiven Tatseite des Wissens. Der Antragsteller gehe von der Richtigkeit seines Vorbringens aus.

Mit Schriftsatz vom 12.6.2012 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte, wonach es sich beim gegenständlichen Auftrag um einen Bauauftrag im Oberschwabenbereich handle, der in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip abgewickelt werde. Nach Öffnung der Angebote befinde sich das Vergabeverfahren im Stadium der Zuschlagsentscheidung. Es sei weder der Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen worden.

In einem weiteren Schriftsatz von 20.6.2012 brachte der Auftraggeber vor, dass zwar die C*** und die O*** jeweils als Mitglied der Bietergemeinschaft ein Angebot gelegt hätten. Aufgrund der gesellschaftsrechtlichen und personellen Verflechtungen (J***) sei die Bietergemeinschaft mit Schreiben vom 14.5.2012 zur Aufklärung zum Thema Personalunion aufgrund der einheitlichen Geschäftsführung beider Gesellschaften durch Herrn J*** aufgefordert worden. Es habe von einer Möglichkeit der tatsächlichen Einflussnahme des Geschäftsführers bei der Erstellung beider Angebote sowie von einer damit verbundenen Kenntnis der Angebotsinhalte beider Angebote ausgegangen werden müssen.

Im Aufklärungsschreiben vom 21.5.2012 habe die Bietergemeinschaft Stellung genommen und ausgeführt, von der Angebotsabgabe der jeweils anderen Bietergemeinschaften keine Kenntnis gehabt zu haben. Herr J*** sei als Geschäftsführer der C*** und der E*** nicht in die Angebotsgestaltung eingebunden gewesen, was von ihm auch eidesstattlich am 16.5.2012 bestätigt worden sei. Dieser Geschäftsführer habe auch keine Kenntnis vom Angebotsinhalt gehabt und auch das Angebot der C*** nicht gefertigt. Darüber hinaus gehende Indizien für eine allfällige Absprache bzw. für eine Weisung zwischen der Bietergemeinschaft und den einzelnen Mitgliedern der Bietergemeinschaft seien nicht vorgelegen.

Bei einer gesellschaftsrechtlichen oder personellen Verflechtung zwischen zwei oder mehreren Bietern bestehe grundsätzlich die Gefahr der Kenntnis der Angebote und der möglichen Beeinflussung der Wettbewerbsstellung. Eine gesellschaftsrechtliche bzw. konzernmäßige Verflechtung zwischen zwei oder mehreren Bietern bzw. Mitgliedern einer Bietergemeinschaft sei jedoch nicht per se unzulässig. Allein aufgrund eines gemeinsamen Geschäftsführers könne nicht auf die faktische Einflussnahme geschlossen werden, sofern dies der Auftraggeber nicht nachweisen könne.

Belastbare Indizien für eine faktische Einflussnahme und/oder wettbewerbswidrige Abrede seien jedoch nicht vorgelegen. Die Legung von neun Angeboten spreche jedoch für einen Wettbewerb unter den Bietern. Zudem liege die vorgeschlagene Auftragssumme 11 % unter den veranschlagten Schätzkosten.

Ein Ausscheiden des präsumtiven Zuschlagsempfängers aufgrund der Bestimmungen der § 20 iVm § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG idgF sei daher nicht gerechtfertigt. Ein Ausscheiden des präsumtiven Zuschlagsempfängers aufgrund der Bestimmungen der Paragraph 20, in Verbindung mit Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG idgF sei daher nicht gerechtfertigt.

Bei der Behauptung des Antragstellers, der präsumtive Zuschlagsempfänger habe kein der Ausschreibung entsprechendes Vadium gelegt, handle es sich um eine bloße Mutmaßung. In den Ausschreibungsunterlagen (Teil B.5., Pos. 00B114) sei die Zuschlagsfrist mit fünf Monaten festgelegt worden. Das Vadium habe eine Laufzeit von mindestens 30 Tagen über das Ende der Zuschlagsfrist hinaus aufweisen müssen (Teil B.5, Pos 00B109). Das Vadium des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei bis zum 22.11.2012 gültig und entspreche damit der Ausschreibung.

Mit Schriftsatz vom 19.6.2012 brachte der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen ein. Zwar sei Herr J*** Geschäftsführer der C*** und E***. Entgegen den Behauptungen des Antragstellers, wonach die D*** ohne weiteres in der Lage gewesen wäre, das preislich niedrigste Angebot zu legen, habe diese Gesellschaft als Mitglied der Bietergemeinschaft D***/E*** nur das zweit teuerste Angebot gelegt. Nach dem Vorbringen des Antragstellers hätte die D*** zweifelsohne alleine anbieten können, wäre sie tatsächlich in der Lage gewesen günstiger anzubieten. Jedes sich an der Ausschreibung beteiligte Unternehmen wolle den Zuschlag erhalten und biete daher möglichst günstig an.

Die Bildung der Bietergemeinschaft D***/E*** sei auch nicht aufgrund einer Abrede zwischen der E*** und der C*** bzw. auf einer Weisung der Muttergesellschaft mit dem Ziel erfolgt, ein preislich höheres Angebot als jenes des Antragstellers zu legen, um sich durch "Neutralisierung" eines ernst zu nehmenden Mitbewerbers einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Dieser unzutreffende Vorwurf eines strafbaren Verhaltens erfülle den Tatbestand der Verleumdung. Darüber hinaus seien auch vom Antragsteller keine Beweise vorgelegt worden.

Herr J*** habe weder auf das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers noch auf das Angebot der Bietergemeinschaft E***/D*** in irgendeiner Form Einfluss genommen. Dieser sei nicht in die Angebotsgestaltung eingebunden gewesen, zumal ihm auch die Ausarbeitung der Angebote nicht obliege. Eine Fertigung der Angebote sei ebenso nicht erfolgt. Die Firmensitze der E*** und der C*** hätten unterschiedliche Standorte und würden technisch und organisatorisch völlig unabhängig voneinander agieren und ihre Tätigkeit unabhängig voneinander entfalten. Eine wechselseitige Kenntnisnahme von Angebotsinhalten sei ebenso auszuschließen wie ein wechselseitiger Zugriff auf Daten des jeweils anderen Unternehmens. Auch die Behauptung, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger ein Vadium mit einer zu kurzen Laufzeit gelegt habe, sei unzutreffend.

Ergänzend führte der präsumtive Zuschlagsempfänger im Schriftsatz vom 28.6.2012 aus, dass der Auftraggeber ohnehin den Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG idgF geprüft und zu diesem Zweck den präsumtiven Zuschlagsempfänger zur Aufklärung aufgefordert habe. Trotz personeller Verflechtung hätten beide betroffenen Bietergemeinschaften von der wechselseitigen Angebotsabgabe keine Kenntnis gehabt. Eine Mehrfachbeteiligung liege nicht vor, da die C*** und die E*** jeweils nur ein Angebot als Mitglied verschiedener Bietergemeinschaften abgegeben hätten. Gemäß den Ausschreibungsunterlagen sei eine gleichzeitige Teilnahme von Konzernunternehmen nicht ausgeschlossen. Auch nach der Judikatur des EuGH rechtfertige allein der Umstand der Angebotslegung durch verschiedene Konzernunternehmen im selben Vergabeverfahren nicht deren Ausscheiden. Ergänzend führte der präsumtive Zuschlagsempfänger im Schriftsatz vom 28.6.2012 aus, dass der Auftraggeber ohnehin den Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG idgF geprüft und zu diesem Zweck den präsumtiven Zuschlagsempfänger zur Aufklärung aufgefordert habe. Trotz personeller Verflechtung hätten beide betroffenen Bietergemeinschaften von der wechselseitigen Angebotsabgabe keine Kenntnis gehabt. Eine Mehrfachbeteiligung liege nicht vor, da die C*** und die E*** jeweils nur ein Angebot als Mitglied verschiedener Bietergemeinschaften abgegeben hätten. Gemäß den Ausschreibungsunterlagen sei eine gleichzeitige Teilnahme von Konzernunternehmen nicht ausgeschlossen. Auch nach der Judikatur des EuGH rechtfertige allein der Umstand der Angebotslegung durch verschiedene Konzernunternehmen im selben Vergabeverfahren nicht deren Ausscheiden.

In der mündlichen Verhandlung am 11.7.2012 führte der Antragsteller aus, dass auf Grund von Gerüchten und dem äußeren Schein sei davon auszugehen, dass die Bildung der Bietergemeinschaft D***/E*** auf einer Abrede zwischen

der C*** und der E*** bzw. auf einer Weisung der Muttergesellschaft, O*** beruhe. Es sollte die D*** als Konkurrent ausgeschaltet werden, die normalerweise alleine als Bieter - wie beispielsweise bei der Ausschreibung Knoten Bruck/Mur - auftrete. Der präsumtive Zuschlagsempfänger beziehe vermutlich das Asphaltmischgut von der V***. Zur Kalkulation führte der Antragsteller aus, dass insbesondere die Gewinn- und Risikoaufschläge für eine Absprache sprechen würden.

Dem hielt der präsumtive Zuschlagsempfänger entgegen, dass das Nachprüfungsverfahren nicht dazu diene, Gerüchte zu verifizieren. Auch der Antragsteller sei neben der AA*** und AB*** an der ARGE Betondeckenbau beteiligt.

Der Auftraggeber betonte, dass in der Regel große und mittelständische Baufirmen an Mischwerken beteiligt seien. Es sei eine detaillierte Preisprüfung beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers vorgenommen worden, wobei Preisvergleiche mit den Angeboten der anderen Bieter erfolgt seien. Dabei seien keine Auffälligkeiten zu Tage getreten. Auch die wesentlichen Positionen seien genau durchleuchtet worden. Anhand der eingeforderten K3-, K4-, K7-Blätter hätten keine Auffälligkeiten beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers festgestellt werden können. Dies gelte insbesondere auch für die vom Antragsteller reklamierten Gewinn- und Risikoaufschläge. In den wesentlichen Positionen gebe es keine Identität zwischen den Angeboten des präsumtiven Zuschlagsempfängers und der BG D***/E***. Der Auftraggeber betonte, insbesondere im Hinblick auf eine allfällige Abrede eine detaillierte Prüfung und eine Aufklärung zu diesem Thema vorgenommen zu haben. Die beiden Angebote seien nicht von Herrn J*** unterfertigt gewesen. Das Angebot der Bietergemeinschaft D***/E*** sei jedenfalls nicht von Herrn F***, sondern von Hans AC*** und AD*** unterschrieben worden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger führte zur Bildung der Bietergemeinschaft aus, dass die B*** in der Regel keine Straßenasphaltierungsarbeiten durchführe und aus diesem Grunde eine Bietergemeinschaft mit der C*** eingegangen sei. Darüber hinaus bestünden gute Geschäftsverbindungen zwischen der B*** und der C***. Beispielsweise werde bei dem Projekt Hauptbahnhof Graz zusammengearbeitet.

Herr G*** (B***) gab an, im Hinblick auf die gegenständliche Ausschreibung die C*** kontaktiert zu haben, um ein Angebot als Bietergemeinschaft zu legen.

Der als Zeuge vernommene F*** führte aus, Geschäftsführer der C***, der AE***, der K***, der V***, der AF*** sowie der AG*** zu sein. Die Bezeichnung "AH****" beruhe auf einer Wortzusammensetzung der Namen "E****" und "C****". Aus wirtschaftlichen Gründen (Erhöhung der Eigenkapitalsquote) seien die oben genannten Unternehmen in dieser Form strukturiert worden. Er selbst erledige bei der Firma C*** sämtliche Geschäftsangelegenheit, zumal er auch auf die Eigenständigkeit der Unternehmen besonderen Wert lege. Zu Herrn J*** führte er aus, dass dieser zwar offiziell Geschäftsführer bei der C*** sei, intern würden von ihm aber keine Geschäftsangelegenheiten erledigt. Auf Grund der Beteiligung des Unternehmens "E****" bei der C*** sei Herrn J*** die Funktion des Geschäftsführers zuerkannt worden. Herr J*** sei bei den monatlich stattfindenden Geschäftsführerbesprechungen der C*** anwesend. Themengebiete seien dabei die Kostenrechnung und wirtschaftliche Investitionen sowie die wirtschaftlichen Entwicklungen der Baustellen. Herr F*** beschaffe die Aufträge. Ihm käme auch die Führungsaufgabe und die Organisation des Unternehmens C*** zu. Mit der B*** bestünden gute Geschäftsverbindungen. Die Initiative für die Bildung der Bietergemeinschaft für die gegenständliche Ausschreibung habe Herr G*** von der B*** ergriffen. Herr F*** betonte, am Markt als eigenständiges Unternehmen mit der C*** aufzutreten. Zwar bestehe ein gutes Verhältnis zur E***, diese trete jedoch als Konkurrent und damit ebenfalls als selbständiges Unternehmen am Markt auf. Bei Arbeiten für die C*** stünden sämtliche anderen Gesellschaften, bei denen er auch beteiligt sei, im Hintergrund. Grundsätzlich habe die B*** das gegenständliche Angebot kalkuliert, lediglich beim Bereich Straßenbau gehe die Kalkulation auf die C*** zurück und sei insoweit in die gesamte Kalkulation eingeflossen. Zur V*** gab Herr F*** an, dass eine interne Preisliste für die Gesellschafter existiere, wobei jeder Gesellschafter zum selben Preis erwerben könne. Über das Gesellschaftsverhältnis AF*** könne auch die E*** zum selben Preis wie die AF*** beziehen.

Der Zeuge AI*** gab an, für die E*** tätig zu sein und in dieser Funktion bei der BG D***/E*** aufgetreten zu sein. Als Mitarbeiter der E*** habe er den Bereich Straßenbau kalkuliert. Mit der D*** seien schon öfter Projekte durchgeführt worden. Im Zuge eines Gesprächs sei der Beschluss gefasst worden, eine Bietergemeinschaft mit der D*** für die gegenständliche Ausschreibung zu bilden. Allfällige Rücksprachen im Bereich Tiefbau seien mit Herrn M*** zu treffen. Angesichts der zahlreichen Ausschreibungen (weit über 1000) sei es nicht möglich, bei jedem Projekt mit der Geschäftsführung Rücksprache zu halten. Herr AI*** arbeite weitgehend eigenständig. Auf Grund der Größe des Projektes und der Art der Arbeiten sei die Bildung einer Bietergemeinschaft für die gegenständliche Ausschreibung

angestrebt worden. Schwerpunkt der Arbeiten sei bei der E*** der Bereich Straßenbau, während die D*** primär im Bereich Brückenbau und Betonbau arbeite. Die Bereiche Brückenbau und Straßenbau hielten sich ungefähr die Waage. Im gegenständlichen Fall würde der Bereich Brückenbau überwiegen.

Herr AI*** stehe zwar in Kontakt mit dem Geschäftsführer J***, über das gegenständliche Projekt sei jedoch im Zuge der Angebotserstellung nicht gesprochen worden. Richtlinien seien immer die kalkulatorischen Vorgaben der E***, die nicht unterschritten werden dürften. Aus diesem Grund bedürfe es auch keiner ständigen Rücksprache mit dem Geschäftsführer. Innerhalb der kalkulatorischen Vorgaben könne der Zeuge AI*** für die E*** tätig werden. Der Geschäftsführer J*** werde lediglich bei Personalfragen und für organisatorische Entscheidungen herangezogen.

Der Zeuge J*** führte aus, bei ca. 30 verschiedenen Gesellschaften handelsrechtliche Funktionen auszuüben bzw. mitzuwirken. Bei der O*** käme ihm die Funktion eines Vorstandmitgliedes zu. Geschäftsführertätigkeit übe er bei der E***, K***, C***, AJ*** und der AF*** aus. Bei der C*** führe er keine operative Tätigkeit durch. Geschäftsführer sei er bei der C*** wegen der Beteiligung der E***. Bei der E*** sei er für den wirtschaftlichen und kaufmännischen Bereich zuständig. Der technische Bereich komme Herrn M*** zu. Beim zweigeteilten technischen Bereich (Hochbau, Tiefbau) sei Herr M*** als Geschäftsführer für den Tiefbau zuständig, wobei ihm Herr AI*** assistiere. Herr N*** sei verantwortlich für den Hochbaubereich. Die C*** werde eigenständig von Herrn F*** als Geschäftsführer geführt. Im Rahmen eines monatlich stattfindenden jour fixe, würden Besprechungen zwischen Herrn J*** und Herrn F*** geführt. Im Wesentlichen würden kaufmännische Themen besprochen. Grundsätzlich würden Beteiligungen an Ausschreibungen nicht besprochen.

Abgabelisten und Angebotslisten würden nicht erörtert. Es existiere aber eine Liste über die Bestbieterstände, über die gesprochen werde. Herr J*** gab weiter an, von der D*** niemanden zu kennen. Angebotserstellungen und Ausschreibungen würden generell nicht in seinen Aufgabenbereich fallen. Bei der E*** fänden im Regelfall wöchentlich Geschäftsführerbesprechungen statt, bei denen u.a. die Bestbieterlisten erörtert würden. Die wirtschaftlichen Verhältnisse beider Firmen seien gut. Würde sich die wirtschaftliche Situation eines Unternehmens schlechter entwickeln, würde Herr J*** entsprechende Initiativen ergreifen. Derzeit seien solche Maßnahmen nicht notwendig und auch nicht absehbar. Herr J*** betonte ausdrücklich, von den Bietergemeinschaften B***/C*** bzw. D***/ E*** nichts gewusst zu haben. Dazu werde insbesondere auf die vorliegende eidesstattliche Erklärung vom 16.5.2012 verwiesen.

Auf Frage des Auftraggebers führte der Zeuge J*** aus, dass Herr M*** als Geschäftsführer der E*** für den technischen Bereich zuständig sei. Herr M*** sei bei der C*** als Minderheitsgesellschafter beteiligt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I.Rechtsslage römisch eins.Rechtsslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der §§ 52 Abs. 1 und 2, 55 Abs. 2 bis 6, 216 Abs. 1 und 2 und 219 Abs. 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1.4.2012, in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs. 15 Z 3 BVergG idGf sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr 10/2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtsslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 10/2012, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtsslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtsslage. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und 219 Absatz 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1.4.2012, in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG idGf sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012,, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtsslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012,, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach

der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 1.4.2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 15/2010 heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0062-BVA/04/2012 am 11.6.2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 maßgeblich. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 1.4.2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0062-BVA/04/2012 am 11.6.2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, maßgeblich.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG idGF (vgl BVA 30.6.2011, N/0033- BVA/09/2011-37; 16.9.2010, N/0077-BVA/04/2010-8EV u.a.). Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG idGF vergleiche BVA 30.6.2011, N/0033- BVA/09/2011-37; 16.9.2010, N/0077-BVA/04/2010-8EV u.a.).

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG idGF, der in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert: Euro 11.088.340,76 exkl. Ust) abgewickelt wird. Es wurde weder ein Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG idGF, der in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert: Euro 11.088.340,76 exkl. Ust) abgewickelt wird. Es wurde weder ein Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen.

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

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat rechtzeitig Einwendungen erhoben, sodass ihm Parteistellung gemäß § 324 Abs. 3 BVergG idGF zukommt. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat rechtzeitig Einwendungen erhoben, sodass ihm Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG idGF zukommt.

III. Zu Spruchpunkt I. römisch drei. Zu Spruchpunkt römisch eins.

III.1. Allgemeines römisch drei. 1. Allgemeines

Ein freier, fairer und lauterer Wettbewerb zwischen den Unternehmen ist Funktionsvoraussetzung für die öffentliche Beschaffung. Zweck des Wettbewerbes ist es, eine ausreichend große Zahl von Unternehmen gegeneinander in Konkurrenz zu bringen, um ein möglichst günstiges Angebot für den Auftraggeber zu erzielen. Im BVergG idGF gibt es eine Reihe von Bestimmungen zum Schutz des Grundsatzes des freien und lauterer Wettbewerbes. Während sich die Bestimmung des § 19 Abs. 1 BVergG idGF an den Auftraggeber richtet, sieht § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG idGF eine korrespondierende Verpflichtung zur Einhaltung dieses Grundsatzes für die Bieter vor (vgl Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 129 Rz 102). Danach sind Angebote von Bieter, die mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende

Abreden getroffen haben, auszuschneiden. Ein freier, fairer und lauterer Wettbewerb zwischen den Unternehmen ist Funktionsvoraussetzung für die öffentliche Beschaffung. Zweck des Wettbewerbes ist es, eine ausreichend große Zahl von Unternehmen gegeneinander in Konkurrenz zu bringen, um ein möglichst günstiges Angebot für den Auftraggeber zu erzielen. Im BVergG idGF gibt es eine Reihe von Bestimmungen zum Schutz des Grundsatzes des freien und lauterer Wettbewerbes. Während sich die Bestimmung des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG idGF an den Auftraggeber richtet, sieht Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG idGF eine korrespondierende Verpflichtung zur Einhaltung dieses Grundsatzes für die Bieter vor (vergleiche Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 129, Rz 102). Danach sind Angebote von Bieter, die mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen haben, auszuschneiden.

Erfasst sind neben Abreden zwischen Bieter auch solche mit Bieter und Subunternehmern, einzelnen Mitgliedern konkurrierender Arbeitsgemeinschaften oder Bietergemeinschaften oder mit Dritten, die am Vergabeverfahren nicht mehr beteiligt sind. Unter dem Begriff "Abrede" sind Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zu verstehen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbes bezwecken oder bewirken. Darunter fallen auch einseitige Informationsübermittlung in Form von Zusendungen von Preislisten an Wettbewerber oder Präsentation der eigenen Marktstrategie. Die bloße Kenntnis vom Umstand, dass ein anderes Unternehmen angeboten hat, begründet jedoch noch keine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise.

Entscheidend ist, dass die Abrede das Wettbewerbsverhalten der Unternehmer in einem konkreten Vergabeverfahren koordiniert und dadurch eine für den Auftraggeber nachteilige Beeinflussung des Wettbewerbsergebnisses beabsichtigt oder bewirkt wird. Ein Nachteil für den Auftraggeber liegt bereits dann vor, wenn das Wettbewerbsergebnis aufgrund der Abrede tatsächlich oder möglicherweise ungünstiger ausfallen könnte als ohne Abrede (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 129 Rz 106ff). Entscheidend ist, dass die Abrede das Wettbewerbsverhalten der Unternehmer in einem konkreten Vergabeverfahren koordiniert und dadurch eine für den Auftraggeber nachteilige Beeinflussung des Wettbewerbsergebnisses beabsichtigt oder bewirkt wird. Ein Nachteil für den Auftraggeber liegt bereits dann vor, wenn das Wettbewerbsergebnis aufgrund der Abrede tatsächlich oder möglicherweise ungünstiger ausfallen könnte als ohne Abrede (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 129, Rz 106ff).

Den Nachweis über das Vorliegen einer solchen Abrede iSv § 129 Abs.1 Z 8 BVergG idGF hat der Auftraggeber zu erbringen. Kann nicht mit hinreichender Sicherheit das Vorliegen einer solchen Abrede begründet werden, ist vom Ausscheiden des betroffenen Angebotes Abstand zu nehmen. Es bedarf daher einer Einzelfallprüfung, ob eine wettbewerbswidrige Absprache ausgeschlossen ist. Auch nach der Judikatur des VfGH ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Beteiligung mit dem Grundsatz des Wettbewerbes vereinbar ist (vgl VfGH 20.6.2001, B 1560/00). Diese Judikaturlinie wurde durch den EuGH bestätigt, wonach den betroffenen Unternehmen ermöglicht werden muss, nachzuweisen, ihr Angebot völlig unabhängig voneinander formuliert zu haben und folglich eine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs unter den Bieter nicht besteht. Die gegenteilige Auffassung würde den Interessen zuwiderlaufen, die Beteiligung möglichst vieler Bieter an der Ausschreibung sicherzustellen und die Anwendung der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz zu gewährleisten [vgl EuGH 23.12.2009, Rs C-376/08 (Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Srl/Commune di Milano); 16.12.2008, Rs C-213/07 (Michaniki); 3.3.2005, Rs C-21/03 und C-34/03 (Fabricom)]. Unternehmensgruppen können unterschiedliche Formen und Zielsetzungen haben. Es ist dabei nicht zwangsläufig ausgeschlossen, dass sie bei der Gestaltung ihrer Geschäftspolitik und ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit, insbesondere bei Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen, über eine gewisse Eigenständigkeit verfügen [vgl EuGH 19.5.2009, Rs C-538/07 (Assitur); ebenso BVA 20.7.2007, N/0050-BVA/04/2007-41 und N/0051-BVA/04/2007-47]. Den Nachweis über das Vorliegen einer solchen Abrede iSv Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG idGF hat der Auftraggeber zu erbringen. Kann nicht mit hinreichender Sicherheit das Vorliegen einer solchen Abrede begründet werden, ist vom Ausscheiden des betroffenen Angebotes Abstand zu nehmen. Es bedarf daher einer Einzelfallprüfung, ob eine wettbewerbswidrige Absprache ausgeschlossen ist. Auch nach der Judikatur des VfGH ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Beteiligung mit dem Grundsatz des Wettbewerbes vereinbar ist (vergleiche VfGH 20.6.2001, B 1560/00). Diese Judikaturlinie wurde durch den EuGH bestätigt, wonach den betroffenen Unternehmen ermöglicht werden muss, nachzuweisen, ihr Angebot völlig unabhängig voneinander formuliert zu haben und folglich eine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs unter den Bieter nicht besteht. Die gegenteilige Auffassung würde den Interessen zuwiderlaufen, die Beteiligung möglichst vieler Bieter an der Ausschreibung sicherzustellen und die Anwendung der

Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz zu gewährleisten [vgl. EuGH 23.12.2009, Rs C-376/08 (Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Scrl/Commune di Milano); 16.12.2008, Rs C-213/07 (Michaniki); 3.3.2005, Rs C-21/03 und C-34/03 (Fabricom)]. Unternehmensgruppen können unterschiedliche Formen und Zielsetzungen haben. Es ist dabei nicht zwangsläufig ausgeschlossen, dass sie bei der Gestaltung ihrer Geschäftspolitik und ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit, insbesondere bei Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen, über eine gewisse Eigenständigkeit verfügen [vgl. EuGH 19.5.2009, Rs C-538/07 (Assitur); ebenso BVA 20.7.2007, N/0050-BVA/04/2007-41 und N/0051-BVA/04/2007-47].

Ebenso ist bei personellen Verflechtungen der Unternehmen, die sich mit konkurrierenden Angeboten am selben Vergabeverfahren beteiligt haben, eine Einzelfallbetrachtung bei der Beurteilung des Vorliegens der Abrede im Sinne von § 129 Abs 1 Z 8 BVergG idGF anzustellen. Maßgeblich ist das Vorliegen der tatsächlichen Kenntnis über den Inhalt der jeweils eingereichten Angebote und die damit verbundene Möglichkeit der tatsächlichen Beeinflussung der Preisgestaltung und der Reihung der Angebote oder ob sich die beiden Wettbewerber unabhängig voneinander am Vergabeverfahren beteiligt haben (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 129 Rz121). Ebenso ist bei personellen Verflechtungen der Unternehmen, die sich mit konkurrierenden Angeboten am selben Vergabeverfahren beteiligt haben, eine Einzelfallbetrachtung bei der Beurteilung des Vorliegens der Abrede im Sinne von Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG idGF anzustellen. Maßgeblich ist das Vorliegen der tatsächlichen Kenntnis über den Inhalt der jeweils eingereichten Angebote und die damit verbundene Möglichkeit der tatsächlichen Beeinflussung der Preisgestaltung und der Reihung der Angebote oder ob sich die beiden Wettbewerber unabhängig voneinander am Vergabeverfahren beteiligt haben (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 129, Rz121).

III.2. personelle und gesellschaftsrechtliche Verflechtungen der Bietergemeinschaft; Abrederömisches drei.2. personelle und gesellschaftsrechtliche Verflechtungen der Bietergemeinschaft; Abrede

Am gegenständlichen Vergabeverfahren haben sich sowohl die Bietergemeinschaft (in der Folge B***/C***) bestehend aus 1. B*** und 2. C*** als auch die Bietergemeinschaft D***/E*** bestehend aus 1. D*** und 2. E*** beteiligt. Selbstständig vertretungsbefugter, handelsrechtlicher Geschäftsführer der C*** und der E*** ist J***.

Herr J*** ist auch neben Herrn F*** selbstständig vertretungsbefugter, handelsrechtlicher Geschäftsführer der K***, die alleiniger Gesellschafter der C*** ist.

Gesellschafter der K*** ist unter anderem auch die E*** sowie Herr F*** und Herr J***. Alleiniger Gesellschafter der E*** ist die O*** mit dem Vorstandsmitglied J***. Die O*** ist auch alleiniger Gesellschafter der AJ*** mit dem selbstständig vertretungsbefugten Gesellschafter Herr J***. Die AJ*** und die C*** sowie Herr F*** sind Gesellschafter der AF***, die wiederum Gesellschafter der V*** ist.

Zwischen den Mitgliedern der BG B****/C*** (in der Folge BG B***/C***) und der BG D***/E*** (E****) ergeben sich gesellschaftsrechtliche wie auch personelle Verflechtungen, die sich in den Personen F*** und J*** manifestieren. Herr F*** ist allein vertretungsbefugter Geschäftsführer bei der C***, der K***, der AG***, der AF*** und der V***. Herr J*** ist allein vertretungsbefugter Geschäftsführer der C***, der K***, der AF***, der E*** und der AJ*** sowie Vorstandsmitglied der O***.

Auf Grund dieser gesellschaftsrechtlichen und personellen Verflechtungen der C*** und der E*** als bietende Mitglieder der Bietergemeinschaft B***/C*** bzw. D***/E*** hat bereits der Auftraggeber zur Aufklärung aufgefordert, in deren Rahmen eine Kenntnis über die Beteiligung an der gegenständlichen Ausschreibung durch das jeweilige andere betroffene Mitglied der Bietergemeinschaft in Abrede gestellt wurde. Auch Herr J*** bestätigte eidesstattlich, erst nach Angebotsöffnung von der Beteiligung der E*** und der C*** in einer Bietergemeinschaft Kenntnis erlangt zu haben.

In der mündlichen Verhandlung räumte der Antragsteller ein, allein auf Basis von Gerüchten bzw. aufgrund des äußeren Scheines darauf zu schließen, dass die Bildung der Bietergemeinschaft D***/E*** auf einer Abrede zwischen der C*** und der E*** bzw. der Weisung der Muttergesellschaft O*** beruhe. Konkrete Beweise für eine solche Abrede konnte der Antragsteller nicht anbieten. Das Argument, dass normalerweise die D*** allein als Bieter - wie beispielsweise bei der Ausschreibung Knoten Bruck/Mur - aufträte, kann für sich genommen nicht darauf hinweisen, dass die vom Antragsteller behauptete Abrede zwischen der C*** und der E*** bzw. eine Weisung der Muttergesellschaft O*** zur Bildung der Bietergemeinschaft D***/E*** geführt hätte, um den Konkurrenten D*** auszuschalten.

Gegen eine solche Absprache zwischen C*** und der E*** iSv § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG idGF bzw einer Weisung der O*** spricht auch die glaubwürdige und nachvollziehbare Aussage des als Zeugen in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Al***, der für die E*** die gegenständliche Ausschreibung betreute. Dieser führte aus, weitgehend eigenständig zu arbeiten, wobei Richtlinie die kalkulatorischen Vorgaben der E*** seien, die nicht unterschritten werden dürften, sodass es auch keiner ständigen Rücksprachen mit der Geschäftsführung bedürfe. Innerhalb der kalkulatorischen Vorgaben könne er für die E*** tätig werden. Aufgrund des Umfanges des Projektes und der Art der Arbeiten sei die Bildung einer Bietergemeinschaft für die gegenständliche Ausschreibung angestrebt worden. Der Schwerpunkt der E*** liege im Bereich Straßenbau, während die D*** primär die Bereiche Brückenbau und Betonbau abdecke. Im gegenständlichen Fall würde der Bereich Brückenbau überwiegen. Mit der D*** seien schon öfters Projekte durchgeführt worden. Angesichts der zahlreichen Ausschreibungen (weit über 1000) sei es auch nicht möglich, bei jedem Projekt mit der Geschäftsführung Rücksprache zu halten. Gegen eine solche Absprache zwischen C*** und der E*** iSv Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG idGF bzw einer Weisung der O*** spricht auch die glaubwürdige und nachvollziehbare Aussage des als Zeugen in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Al***, der für die E*** die gegenständliche Ausschreibung betreute. Dieser führte aus, weitgehend eigenständig zu arbeiten, wobei Richtlinie die kalkulatorischen Vorgaben der E*** seien, die nicht unterschritten werden dürften, sodass es auch keiner ständigen Rücksprachen mit der Geschäftsführung bedürfe. Innerhalb der kalkulatorischen Vorgaben könne er für die E*** tätig werden. Aufgrund des Umfanges des Projektes und der Art der Arbeiten sei die Bildung einer Bietergemeinschaft für die gegenständliche Ausschreibung angestrebt worden. Der Schwerpunkt der E*** liege im Bereich Straßenbau, während die D*** primär die Bereiche Brückenbau und Betonbau abdecke. Im gegenständlichen Fall würde der Bereich Brückenbau überwiegen. Mit der D*** seien schon öfters Projekte durchgeführt worden. Angesichts der zahlreichen Ausschreibungen (weit über 1000) sei es auch nicht möglich, bei jedem Projekt mit der Geschäftsführung Rücksprache zu halten.

Außerdem führte der Zeuge Al*** aus, mit dem Geschäftsführer J***, der lediglich bei Personalfragen bzw. für organisatorische Entscheidungen herangezogen werde, über das gegenständliche Projekt im Zuge der Angebotserstellung nicht gesprochen zu haben. Diese Aussage deckt sich auch mit der schriftlichen, eidesstattlichen Erklärung von Herrn J*** vom 16.5.2012 und dessen Zeugenaussage in der mündlichen Verhandlung am 11.7.2012, von den Bietergemeinschaften B***/C*** bzw D***/E*** nichts gewusst zu haben und erst nach Angebotsöffnung davon Kenntnis erlangt zu haben. Herr J*** führte auch in der zeugenschaftlichen Einvernahme in der mündlichen Verhandlung am 11.7.2012 aus, dass bei der E*** für den Tiefbau der Geschäftsführer M*** zuständig sei, wobei ihm Herr Al*** assistiere. Dies deckt sich auch mit den Aussagen des Zeugen Al*** in der mündlichen Verhandlung, wonach mit Herrn M*** im Bereich Tiefbau allfällige Rücksprachen zu treffen seien.

Schlüssig und nachvollziehbar gab der als Zeuge in der mündlichen Verhandlung einvernommene Geschäftsführer der C***, Herr F***, zu Protokoll, am Markt als eigenständiges Unternehmen mit der C*** aufzutreten, und auf die Eigenständigkeit des Unternehmens besonderen Wert zu legen. Dabei erledige er bei der C*** sämtliche Geschäftsangelegenheiten. Herr J*** sei zwar offiziell Geschäftsführer bei der C***, intern würden von Herrn F*** aber die Geschäftsangelegenheiten erledigt werden. Bei Arbeiten für die C*** stünden sämtliche anderen Gesellschaften, an denen er auch beteiligt sei, im Hintergrund. Er beschaffe Aufträge, ihm kämen auch Führungsaufgaben und die Organisation des Unternehmens C*** zu. Bei den monatlich stattfindenden Geschäftsführerbesprechungen der C*** sei auch Herr J*** anwesend, wobei die Themengebiete Kostenrechnung und wirtschaftliche Investitionen sowie die wirtschaftliche Entwicklung der Baustellen behandelt würden.

Diese Aussage steht auch im Einklang mit den Aussagen des als Zeugen einvernommenen J*** in der mündlichen Verhandlung, in der er angab, dass Herr F*** die C*** eigenständig als Geschäftsführer führe. Bei den monatlich stattfindenden Jour Fixe der C*** würden Besprechungen zwischen ihm und Herrn F*** geführt, wobei im Wesentlichen kaufmännische Themen besprochen würden. Keine Themen seien die Beteiligung an Ausschreibungen, Abgabelisten und Angebotslisten.

Glaubwürdig und schlüssig legte der Zeuge J*** weiters in der mündlichen Verhandlung dar, dass er bei einer schlechten Entwicklung der wirtschaftlichen Situation eines Unternehmens dementsprechend initiativ würde. Die wirtschaftlichen Verhältnisse der C*** und der E*** seien jedoch gut, so dass derzeit keine solchen Maßnahmen notwendig seien.

Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, ist bei der gegenständlichen Ausschreibung nicht von einer Abrede

zwischen der E*** und der C*** bzw der O*** auszugehen, die darauf abzielt, die D*** als Konkurrenten auszuschalten. Auch sonst haben sich keine Ansatzpunkte für das Vorliegen einer Abrede iSv § 129 Abs.1 Z 8 BVergG idgF ergeben, die das Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers zur Konsequenz hätte. Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, ist bei der gegenständlichen Ausschreibung nicht von einer Abrede zwischen der E*** und der C*** bzw der O*** auszugehen, die darauf abzielt, die D*** als Konkurrenten auszuschalten. Auch sonst haben sich keine Ansatzpunkte für das Vorliegen einer Abrede iSv Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG idgF ergeben, die das Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers zur Konsequenz hätte.

III.3. Vadiumrömisch drei.3. Vadium

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers hat der präsumtive Zuschlagsempfänger ein Vadium im Sinne der Ausschreibung gelegt. Mit dem Vadium der AM*** bis zu einem Betrag von Euro 163.000,-- und der H*** über den Betrag von Euro 87.000,-- und einer Gültigkeitsdauer bis zum 22.11.2012 liegt ausschreibungsgemäß ein Vadium in der Höhe von Euro 250.000,-- mit einer Laufzeit von über 30 Tagen über das Ende der fünfmonatigen Zuschlagsfrist, damit über den 7.11.2012 (Ende der Angebotsfrist: 7.5.2012, Ende der Zuschlagsfrist 7.10.2012) hinausgehend, vor.

III.4. Preisvorteil über die V***, Kalkulationrömisch drei.4. Preisvorteil über die V***, Kalkulation

Auch hinsichtlich der Preiskalkulation des präsumtiven Zuschlagsempfängers haben sich keine Ansatzpunkte für das Vorliegen einer Abrede zwischen der E*** und der C*** bzw einer Weisung der O*** ergeben, die darauf abzielen würde, die D*** als Konkurrenten auszuschalten. Dies gilt auch für die vom Antragsteller in der mündlichen Verhandlung angesprochenen Gewinn- und Risikoaufschläge des präsumtiven Zuschlagsempfängers.

Wie sich aus dem vorgelegten Vergabeakt zur Angebotsprüfung ergibt, hat der Auftraggeber eine umfangreiche Preisprüfung beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers durchgeführt. Dazu sind mit Schreiben vom 7.5.2012 bzw vom 8.5.2012 vom Auftraggeber die K4-, K7- und K3-Blätter bzw K5-Blätter angefordert worden und wurde am 25.5.2012 ein Aufklärungsgespräch mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger unter anderem auch zu Kalkulationsfragen geführt. Es erfolgte auch ein umfangreicher Preisvergleich zwischen den Angeboten des präsumtiven Zuschlagsempfängers und des Antragstellers und eine ausführliche Preisanalyse durch die AK***. Daraus ergibt sich ebenfalls kein Nachweis für das Vorliegen einer Abrede iSv § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG idgF. Auch für den erkennenden Senat haben sich im Hinblick auf die Kalkulation des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers bzw des Angebotes der BG D***/E*** keine Ansatzpunkte insbesondere auch bezüglich Gewinn- bzw. Risikoaufschlägen für das Vorliegen einer Abrede iSv § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG idgF, die das Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers begründen würde, ergeben. Wie sich aus dem vorgelegten Vergabeakt zur Angebotsprüfung ergibt, hat der Auftraggeber eine umfangreiche Preisprüfung beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers durchgeführt. Dazu sind mit Schreiben vom 7.5.2012 bzw vom 8.5.2012 vom Auftraggeber die K4-, K7- und K3-Blätter bzw K5-Blätter angefordert worden und wurde am 25.5.2012 ein Aufklärungsgespräch mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger unter anderem auch zu Kalkulationsfragen geführt. Es erfolgte auch ein umfangreicher Preisvergleich zwischen den Angeboten des präsumtiven Zuschlagsempfängers und des Antragstellers und eine ausführliche Preisanalyse durch die AK***. Daraus ergibt sich ebenfalls kein Nachweis für das Vorliegen einer Abrede iSv Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG idgF. Auch für den erkennenden Senat haben sich im Hinblick auf die Kalkulation des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers bzw des Angebotes der BG D***/E*** keine Ansatzpunkte insbesondere auch bezüglich Gewinn- bzw. Risikoaufschlägen für das Vorliegen einer Abrede iSv Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG idgF, die das Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers begründen würde, ergeben.

Soweit sich der Antragsteller hinsichtlich des Vorliegens einer Abrede iSv § 129 Abs 1 Z 8 BVergG idgF auf einen bei der V*** günstig erzielten Preis für das Asphaltmischgut bezieht, ist darauf zu verweisen, dass zwar Herr F*** im Rahmen seiner Zeugenaussage in der mündlichen Verhandlung einräumte, dass eine interne Preisliste für die Gesellschafter existiere, wobei jeder Gesellschafter zum selben Preis erwerben könne, und die E*** vom Gesellschaftsverhältnis der AF*** dabei profitiere. Auf Grund dieses Beteiligungsverhältnisses und der dadurch bedingten allfälligen Preisvorteile beim Asphaltmischgut kann jedenfalls nicht mit hinreichender Sicherheit das Vorliegen einer Abrede iSv § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG idgF, die das Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers stützen würde, begründet werden. Wie der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung zutreffend ausführte, sind in der Regel große und mittelständige Baufirmen an Mischwerken beteiligt. Damit geht auch dieser Hinweis des Antragstellers ins Leere. Soweit

sich der Antragsteller hinsichtlich des Vorliegens einer Abrede iSv Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG idgF auf einen bei der V*** günstig erzielten Preis für das Asphaltmischgut bezieht, ist darauf zu verweisen, dass zwar Herr F*** im Rahmen seiner Zeugenaussage in der mündlichen Verhandlung einräumte, dass eine interne Preisliste für die Gesellschafter existiere, wobei jeder Gesellschafter zum selben Preis erwerben könne, und die E*** vom Gesellschaftsverhältnis der AF*** dabei profitiere. Auf Grund dieses Beteiligungsverhältnisses und der dadurch bedingten allfälligen Preisvorteile beim Asphaltmischgut kann jedenfalls nicht mit hinreichender Sicherheit das Vorliegen einer Abrede iSv Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG idgF, die das Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers stützen würde, begründet werden. Wie der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung zutreffend ausführte, sind in der Regel große und mittelständige Baufirmen an Mischwerken beteiligt. Damit geht auch dieser Hinweis des Antragstellers ins Leere.

IV. zu Spruchpunkt IIrömisch vier. zu Spruchpunkt römisch zwei

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG idgF hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit zu entrichtenden Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs. 2 leg.cit besteht, wenn dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben bzw dieser nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG idgF hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit zu entrichtenden Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg.cit besteht, wenn dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben bzw dieser nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Wie sich aus den oben angeführten Spruchpunkt I. ergibt, hat der Antragsteller auch nicht teilweise im Sinne von § 319 Abs. 1 BVergG idgF obsiegt, sodass der Auftraggeber auch nicht im verordnungsgemäß vorgesehenen Ausmaß zum Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten war und der diesbezügliche Antrag des Antragstellers abzuweisen war. Wie sich aus den oben angeführten Spruchpunkt römisch eins. ergibt, hat der Antragsteller auch nicht teilweise im Sinne von Paragraph 319, Absatz eins, BVergG idgF obsiegt, sodass der Auftraggeber auch nicht im verordnungsgemäß vorgesehenen Ausmaß zum Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten war und der diesbezügliche Antrag des Antragstellers abzuweisen war.

Zuletzt aktualisiert am

11.10.2012

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at