jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Verg Bescheid 2010/1/29 N/0116-BVA/14/2009-39

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 29.01.2010

Norm

BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §187 Abs1

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

1. BVergG 2006 § 187 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG) BGBl I Nr. 17/2006, idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007, betreffend die Auftragsvergabe "Örtliche Bauaufsicht für das Projekt Skylink" des Auftraggebers Flughafen Wien Aktiengesellschaft, A-1300 Wien-Flughafen, vertreten durch X***, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend ausDas Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG) Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, betreffend die Auftragsvergabe "Örtliche Bauaufsicht für das Projekt Skylink" des Auftraggebers Flughafen Wien Aktiengesellschaft, A-1300 Wien-Flughafen, vertreten durch X***, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus

1. 1.Ziffer eins
   A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch Y***, vom 30. November 2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Irömisch eins

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge ein Nachprüfungsverfahren einleiten", wird zurückgewiesen.

II.römisch zwei.

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die am 17.11.2009 im gegenständlichen Vergabeverfahren der Antragstellerin bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft D*** / E*** / F*** für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung vom 17.11.2009 wird für nichtig erklärt.

Begründung

1. 1.Ziffer eins
   Sachverhalt:

Das gegenständliche Vergabeverfahren "Örtliche Bauaufsicht für das Projekt Skylink" (im Folgenden ÖBA) wurde am 6.8.2009 im Supplement des Amtsblattes der EU unter 2009/S 149-218727 EU-weit bekannt gemacht und wird als zweistufiges Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich (Sektorenbereich).

Auftraggeber ist die Flughafen Wien Aktiengesellschaft (im Folgenden FWAG). Als Rechtsberater des Auftraggebers in diesem Vergabeverfahren und als "Kontaktstelle" des Auftraggebers für die Bewerber bzw. Bieter des Vergabeverfahrens fungiert die X***.

Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis (das "Honorarangebot") mit 35% gewichtet wird und fünf, auf der Grundlage von Fachgesprächen mit den Schlüsselpersonen der Bieter zu bewertende, teilweise mit Subkriterien versehene Qualitätskriterien, mit insgesamt 65% gewichtet sind.

Vier Bewerber gaben Teilnahmeanträge ab, darunter die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C*** (nunmehriger Antragsteller) und die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. D***, 2. E***, 3. F*** (nunmehriger präsumtiver Zuschlagsempfänger).

Am 28.9.2009 fand eine Baustellenbesichtigung und Planpräsentation am Flughafen Wien statt, bei der auch der Rechtsberater des Auftraggebers in diesem Vergabeverfahren, XX***, anwesend war. Im Zuge dieser Baustellenbesichtigung wurde XX*** von einem für den Auftraggeber tätigen Architekten darüber in Kenntnis gesetzt, dass der am Flughafen Wien tätige G*** zu der zur Baustellenbesichtigung für die D*** erschienenen Personengruppe "gehöre". H*** (eine Konsulentin des Auftraggebers), teilte XX*** am selben Tag telefonisch mit, dass ihr der für den Auftraggeber tätige Architekt dieselbe Information erteilt habe. Am 3.10.2009 übermittelte der Projektleiter des Auftraggebers (I***) ein E-Mail an XX***, in dem es lautete: "Dem Hinweis von geschäftlichen Verbindungen von dem für uns tätigen G*** zur D*** (?) bzw. deutsch gesagt zu J*** bitte ich

nachzugehen ... Bitte um sachliche Klärung, ob wir da ein Problem haben und

wie wir damit umgehen."

XX*** führte hierauf am 6.10.2009 ein Gespräch mit G***. In diesem Gespräch teilte G*** XX*** zu seinem Verhältnis zur D*** mit, dass er mit 10% an der D*** beteiligt, bei dieser Gesellschaft aber weder Geschäftsführer, noch Prokurist noch Dienstnehmer sei (siehe Gesprächsprotokoll vom 6.10.2009). Weitere Erkundigungen betreffend die Beziehung des G*** zur D*** wurden von XX*** im Anschluss an dieses Gespräch nicht eingeholt. Mit E-Mail vom 9.10.2009 übermittelte XX*** I*** das Protokoll über das Gespräch mit G*** vom 6.10.2009 und teilte I*** mit: "Aus meiner Sicht ist die Angelegenheit damit erledigt. Der Hinweis, wonach einer der Bewerber einen Wettbewerbsvorteil durch die Beschäftigung von Herrn G*** am Flughafen haben könnte, wurde damit mE ausreichend widerlegt."

G*** ist Gesellschafter (10%-Beteiligung am Stammkapital) und Partner eines Mitgliedes der Bietergemeinschaft des präsumtiven Zuschlagsempfängers (der D***). G*** ist kein Dienstnehmer der D***. Geschäftsführende Gesellschafter der D*** sind K*** und J***. Die beiden (jeweils alleinvertretungsbefugten) Geschäftsführer vermitteln der Gesellschaft die Ziviltechnikerbefugnis.

G*** hat seine Ziviltechnikerbefugnis mit Wirksamkeit 25.7.2003 ruhend gestellt (siehe Schreiben der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Steiermark und Kärnten vom 14.12.2009). G*** ist seit Februar 2008 Partner der D*** und ist als solcher für die D*** bei verschiedenen Projekten (etwa als Projektleiter) als Architekt tätig (siehe im Einzelnen mündliche Verhandlung).

G*** war für den Auftraggeber seit ca. Mitte/Ende Juni 2009 mit Planprüfungs- und Beratungsleistungen für das

Projekt Skylink vor Ort am Flughafen Wien in einem ihm vom Auftraggeber eigens hierfür zur Verfügung gestellten Büro tätig. Diese Tätigkeit des G*** für die FWAG soll spätestens mit Ende des Jahres 2009 ausgelaufen sein (siehe Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung).

Über die von G*** für die FWAG wahrgenommenen Tätigkeiten war am 9.7.2009 zwischen dem Auftraggeber und einer in Graz ansässigen ZT Gesellschaft, der L***, auf der Grundlage des von der L*** an die FWAG gelegten Angebotes vom 23.6.2009 ein Vertrag über die "Bauherrenseitige Planungsbegleitung und Beratung gemeinsam mit dem Haustechnik Beratungsteam für das Bauvorhaben Skylink, Terminalerweiterung Nord-Ost am Flughafen Wien" geschlossen worden. Der an die L*** erteilte Auftrag soll von der L*** in Folge Zeitmangels von M***, den Auftrag selbst auszuführen, als Subauftrag an G*** weitergegeben worden sein. G*** hatte an die L*** am 10.6.2009 ein Angebot betreffend "Unterstützung Bauherr bei Planungsabstimmungen" gelegt. Die L*** hatte das Anbot des G*** mit Schreiben vom 9.7.2009 angenommen ("Bauherrenseitige Planungsbegleitung und -beratung laut Anbot vom 10.6.2009").

Mit Schreiben der X*** vom 6.10.2009 wurden drei Bewerber, darunter die zuvor genannten Bietergemeinschaften des Antragstellers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers zur Legung eines Erstangebotes eingeladen. Die drei zur Angebotslegung eingeladenen Bieter legten am 19.10.2009 ihre Erstangebote.

Der Angebotspreis des Antragstellers betrug Euro 15.553.256,26,-- (exkl. Ust). Der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers betrug Euro 13.175.000,-- (exkl. Ust).

Dem Erstangebot des Antragstellers waren die laut Ausschreibung als Anlage 1 dem Angebot anzuschließenden Kalkulationsgrundlagen insofern unvollständig angeschlossen, als in der abgegebenen Anlage 1 die Anzahl der Personentage und die Höhe der Stundensätze nicht enthalten waren.

Am 22.10.2009 fanden Verhandlungsgespräche mit den Bietern statt. Die im Erstangebot des Antragstellers fehlenden Angaben wurden vom Antragsteller im Verhandlungsgespräch am 22.10.2009 unaufgefordert nachgereicht.

Am 6.10.2009 wurden die drei Bieter zur Legung eines Last and Final Offers (im Folgenden LAFO) aufgefordert.

Der Antragsteller legte sein LAFO am 4.11.2009, der präsumtive Zuschlagsempfänger seines am 3.11.2009. Der Angebotspreis des LAFOs des Antragstellers betrug Euro 15.553.256,26,-- (exkl. Ust). Der Angebotspreis des LAFOs des präsumtiven Zuschlagsempfängers betrug Euro 9.988.200,00,-- (exkl. Ust). Der Angebotspreis des LAFOs des 3. Bieters betrug Euro 13.334.227,80,-- (exkl. Ust).

Dem LAFO des Antragstellers war ein Begleitschreiben angeschlossen, in dem darauf hingewiesen wurde, dass unter bestimmten zu vereinbarenden Bedingungen noch verschiedene Nachlässe gewährt werden könnten.

Die Angebotsöffnung erfolgte am 5.11.2009.

Am 11.11.2009 wurden mit den Bietern die für die Bewertung der Qualitätskriterien maßgeblichen Fachgespräche geführt.

Beim Qualitätskriterium Q1 (Aufgaben für das gesamte ÖBA-Team) wurde das LAFO des präsumtiven Zuschlagsempfängers als einziges Angebot von allen vier Mitgliedern der Bewertungskommission einhellig mit der Maximalpunktezahl (12) bewertet. Insgesamt erzielte das LAFO des präsumtiven Zuschlagsempfängers bei den qualitativen Zuschlagskriterien 48 Punkte, das LAFO des Antragstellers 42,5 Punkte und das LAFO des 3. Bieters 37,50 Punkte. Beim Preiskriterium ("Honorarangebot") erhielt das LAFO des präsumtiven Zuschlagsempfängers 35 Punkte, das LAFO des Antragstellers 22,48 Punkte und das LAFO des 3. Bieters 26,22 Punkte. Aus der Gesamtbewertung ging das LAFO des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit 83 Punkten, das LAFO des Antragstellers mit 64,98 Punkten und das LAFO des 3. Bieters mit 63,72 Punkten hervor.

Die Zuschlagsentscheidung vom 19.11.2009 erging zugunsten des nunmehrigen Zuschlagsempfängers und wurde den Bietern per E-Mail der X*** am selben Tag zur Kenntnis gebracht.

Mit Schriftsatz vom 30.11.2009 brachte die Bietergemeinschaft bestehend aus

1. 1.Ziffer eins
   A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch Y*** (in der Folge Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt I und II wiedergegeben. Gleichzeitig wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des BVA vom 3.12.2009, N/0116-

BVA/14/2009-EV9, teilweise stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt wurde. Der unter einem gestellte Antrag auf Auferlegung der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung an den Auftraggeber wurde nach amtswegiger Rückerstattung der Pauschalgebühren (vgl. Beschluss des VfGH vom 21.9.2009, V 3/09-9), zurückgezogen.A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch Y*** (in der Folge Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt römisch eins und römisch zwei wiedergegeben. Gleichzeitig wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des BVA vom 3.12.2009, N/0116-BVA/14/2009-EV9, teilweise stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt wurde. Der unter einem gestellte Antrag auf Auferlegung der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung an den Auftraggeber wurde nach amtswegiger Rückerstattung der Pauschalgebühren vergleiche Beschluss des VfGH vom 21.9.2009, römisch fünf 3/09-9), zurückgezogen.

In seinem Schriftsatz vom 30.11.2009 brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor:

Der Auftraggeber Flughafen Wien Aktiengesellschaft habe die gegenständlichen Leistungen als Dienstleistungsaufträge im Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb nach den Regeln des BVergG für den Oberschwellenbereich für Sektorenauftraggeber ausgeschrieben.

Angefochtene Entscheidung sei die mit E-Mail der Antragstellerin am selben Tag übermittelte Zuschlagsentscheidung vom 17.11.2009. Gemeinsam mit der Zuschlagsentscheidung werde die nicht gesondert anfechtbare Entscheidung, die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bietergemeinschaft nicht vom Vergabeverfahren auszuschließen bzw. deren Angebot nicht gemäß § 269 BVergG auszuscheiden, angefochten.Angefochtene Entscheidung sei die mit E-Mail der Antragstellerin am selben Tag übermittelte Zuschlagsentscheidung vom 17.11.2009. Gemeinsam mit der Zuschlagsentscheidung werde die nicht gesondert anfechtbare Entscheidung, die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bietergemeinschaft nicht vom Vergabeverfahren auszuschließen bzw. deren Angebot nicht gemäß Paragraph 269, BVergG auszuscheiden, angefochten.

In den Teilnahmeunterlagen und in den Unterlagen für die Angebotserstellung werde hinsichtlich Rückfragen stets auf die X*** verwiesen. Ebenso erfolge die gesamte Kommunikation im Vergabeverfahren über diese Rechtsanwaltskanzlei, die auch sowohl die Entscheidung über die Zulassung zum Verhandlungsverfahren als auch die Zuschlagsentscheidung übermittelt habe. In den Ausschreibungsunterlagen seien die auf dem Deckblatt angeführten Kontaktdaten der X*** als ausschließliche Kontaktadresse für Telefax- und E-Mail-Übermittlungen angegeben. Es sei daher davon auszugehen, dass die X*** als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG zu qualifizieren sei.In den Teilnahmeunterlagen und in den Unterlagen für die Angebotserstellung werde hinsichtlich Rückfragen stets auf die X*** verwiesen. Ebenso erfolge die gesamte Kommunikation im Vergabeverfahren über diese Rechtsanwaltskanzlei, die auch sowohl die Entscheidung über die Zulassung zum Verhandlungsverfahren als auch die Zuschlagsentscheidung übermittelt habe. In den Ausschreibungsunterlagen seien die auf dem Deckblatt angeführten Kontaktdaten der X*** als ausschließliche Kontaktadresse für Telefax- und E-Mail-Übermittlungen angegeben. Es sei daher davon auszugehen, dass die X*** als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG zu qualifizieren sei.

Auf Grund der intensiven medialen Berichterstattung sei als amtsbekannt vorauszusetzen, dass der Auftraggeber hinsichtlich der Realisierung des gegenständlichen Flughafen-Terminalprojektes mit erheblichen Kostenüberschreitungen gegenüber den ursprünglichen Schätzungen konfrontiert gewesen sei und aus diesem Grund zunächst die Arbeiten an diesem Projekt gestoppt habe. Offenbar um bei einem "Relaunch" des Projektes bzw. dessen Fortführung eine bessere Projekt- und Kostenkontrolle zu haben, seien die Dienstleistungen der Örtlichen Bauaufsicht (wie im Übrigen auch die Leistungen der Projektsteuerung) neu ausgeschrieben worden. Die Ausschreibung sei mit Bekanntmachung vom 4.8.2009, veröffentlicht im Amtsblatt der EU, Supplement S vom 6.8.2009 zu 2009/S 149-218727, bekannt gemacht worden.

Als Leistungsgegenstand seien Leistungen der Örtlichen Bauaufsicht Hochbau einschließlich der Örtlichen Bauaufsicht technische Gebäudeausstattung sowie die Funktion des Baustellenkoordinators gemäß Bau KG für das Projekt Skylink genannt.

Die Frist für die Abgabe von Teilnahmeanträgen sei mit 31.8.2009 festgesetzt gewesen.

Bei der Neuausschreibung der Örtlichen Bauaufsicht sei es dem Auftraggeber offenbar um eine klare Abgrenzung zu den bisherigen Leistungserbringern gegangen. Nicht zuletzt deshalb habe der Auftraggeber explizite, sehr strenge Unvereinbarkeitsregelungen bereits in den Teilnahmeantragsunterlagen, konkret in Teil A "Verfahrensregelungen für die

1. 1.Ziffer eins
   Stufe des Verhandlungsverfahrens", unter dem Titel "Unvereinbarkeiten, gleichzeitige Ausschreibungen ÖBA und PS", Punkt 1.15, Abs. 1 und Abs.2 festgelegt:Stufe des Verhandlungsverfahrens", unter dem Titel "Unvereinbarkeiten, gleichzeitige Ausschreibungen ÖBA und PS", Punkt 1.15, Absatz eins und Absatz 2, festgelegt:

"(1) Bewerber sowie mit dem Bewerber verbundene Unternehmen, die im Projekt Skylink Auftragnehmer für andere Leistungsbereiche sind (zB Planungsleistungen, Ausführungsleistungen), sind von der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen.

(2) Ebenso sind Unternehmer, die in der Vergangenheit beim Projekt Skylink in verantwortlichen Funktionen tätig waren (zB ÖBA, Projektsteuerung, Begleitende Kontrolle), auf Grund ihres spezifischen Wissensvorsprungs von der Teilnahme an diesem Vergabeverfahren ausgeschlossen".

Dass der Auftraggeber diese Unvereinbarkeitsbestimmung eng ausgelegt wissen habe wollen, zeige sich an der Beantwortung von Frage 2 im Zuge der Fragenbeantwortung vom 26.8.2009:

"2. FRAGE:

Unser Unternehmen beabsichtigt sich beim o.a. Projekt als ARGE Mitglied oder Subunternehmer im Rahmen der Ausschreibung für die Örtliche Bauaufsicht für das Projekt Skylink zu bewerben [...]

Im Teil A der Teilnahmeunterlagen Punkt 1.15. sind Unvereinbarkeiten bzw. Ausschließungsgründe für die Bewerbung angeführt. Daher stellen wir folgende Frage: Wir sind im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft mit einem Teilprojekt für die architektonische Gestaltung Terminalerweiterung NO-Skylink beauftragt.

Unser Unternehmen hat jedoch mit Ausnahme der Teilnahme an ca. 4 Projektsitzungen keinerlei Aktivitäten beim zitierten Auftrag durchgeführt. Sämtliche diesbezügliche Planungsleistungen (lediglich bis dato nicht freigegebener Vorentwurf) wurden vom Arge-Partner durchgeführt.

ANTWORT:

Bewerber, die im Projekt Skylink als Auftragnehmer mit anderen Leistungen beauftragt sind (zB Planungsleistungen), sind von der Teilnahme an diesem Vergabeverfahren ausgeschlossen (vgl Punkt 1.15 Abs 1). Da dies auf den von Ihnen dargestellten Einzelfall zutrifft, ist eine Teilnahme für Ihr Unternehmen nicht möglich."Bewerber, die im Projekt Skylink als Auftragnehmer mit anderen Leistungen beauftragt sind (zB Planungsleistungen), sind von der Teilnahme an diesem Vergabeverfahren ausgeschlossen vergleiche Punkt 1.15 Absatz eins,). Da dies auf den von Ihnen dargestellten Einzelfall zutrifft, ist eine Teilnahme für Ihr Unternehmen nicht möglich."

In Teil C der Ausschreibungsunterlagen, "Verfahrensregeln für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens", Punkt 1 Abs. 1, sei festgelegt, dass die in den allgemeinen Teilnahmeantragsunterlagen festgelegten Ausschreibungsbestimmungen auch für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens gelten würden, sofern diese Bestimmungen nicht ausschließlich für die 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens Relevanz hätten.In Teil C der Ausschreibungsunterlagen, "Verfahrensregeln für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens", Punkt 1 Absatz eins,, sei festgelegt, dass die in den allgemeinen Teilnahmeantragsunterlagen festgelegten Ausschreibungsbestimmungen auch für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens gelten würden, sofern diese Bestimmungen nicht ausschließlich für die 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens Relevanz hätten.

Weiters sei in Punkt 1.4, Teil C, klargestellt, dass die in den Teilnahmeantragsunterlagen festgelegten Vorgaben für Arbeits- und Bietergemeinschaften gelten würden.

Die dargelegten Unvereinbarkeitsbestimmungen würden somit für das gesamte Vergabeverfahren, sohin auch für die 2. Stufe des Vergabeverfahrens, gelten.

In Punkt 2.4, Abs. 2 Teil C der Ausschreibungsunterlagen, verweise der Auftraggeber ausdrücklich auf die Wahrung der Gleichbehandlung aller Bieter und der Einhaltung eines fairen Wettbewerbes.In Punkt 2.4, Absatz 2, Teil C der

Ausschreibungsunterlagen, verweise der Auftraggeber ausdrücklich auf die Wahrung der Gleichbehandlung aller Bieter und der Einhaltung eines fairen Wettbewerbes.

Die Angebotsbewertung solle nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei in Teil C der Ausschreibung "Verfahrensregeln für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens", Punkt 4.1, zwei Kriterien(gruppen) vorgesehen seien: Der Preis (konkret: das Honorarangebot), gewichtet mit 35 %, und fünf, teils mit Subkriterien versehene Qualitätskriterien (zu ermitteln über Fachgespräche mit den Schlüsselpersonen), gewichtet mit insgesamt 65

%.

Bei den Qualitätskriterien solle die Bewertung durch eine sachkundige Bewertungskommission erfolgen, der sich die vom Bieter genannten Schlüsselpersonen in einem Fachgespräch stellen sollten, das dann hinsichtlich bestimmter, in Teil C, Punkt 4.2.2 und 4.2.3, genannter Aspekte bewertet werden sollte.

Punkt 4.2.2 Abs. 2 Teil C der Ausschreibungsunterlagen regle die strikte Geheimhaltungsverpflichtung bis zur Zuschlagsentscheidung.Punkt 4.2.2 Absatz 2, Teil C der Ausschreibungsunterlagen regle die strikte Geheimhaltungsverpflichtung bis zur Zuschlagsentscheidung.

Der Antragsteller habe fristgerecht einen Teilnahmeantrag abgegeben und sei mit Schreiben vom 16.9.2009 informiert worden, dass dieser mit 59 Punkten bewertet worden sei und er sich für die zweite Verfahrensstufe qualifiziert habe.

Mit 6.10.2009 sei der Antragsteller zur Legung eines Erstangebotes zum 19.10.2009 aufgefordert worden.

Nach rechtzeitiger und ausschreibungskonformer Erstangebotslegung habe eine Verhandlungsrunde stattgefunden. Schließlich sei der Antragsteller zur Legung eines "Last and Final Offer" (LAFO) bis zum 4.11.2009 aufgefordert worden.

Der Antragsteller habe sein LAFO rechtzeitig und ausschreibungskonform abgegeben.

Am 11.11.2009 hätten die Fachgespräche mit den Schlüsselpersonen zur Bewertung der Qualität der Angebote durch die Bewertungskommission gemäß Teil C der Ausschreibungsunterlagen, Pkt. 4.2.2 bzw. 4.2.3, stattgefunden.

Am 17.11.2009 sei dem Antragsteller per E-Mail die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft D*** / E*** / F***, bekannt gegeben worden.

Gleichzeitig sei ein Auszug aus dem Protokoll der Sitzung der Bewertungskommission übermittelt worden, dem sich gewisse Anhaltspunkte für die kommissionelle Bewertung der Angebote nach den Qualitätskriterien entnehmen ließen. Ebenfalls seien "Detailprotokolle des Fachgesprächs" mit Bieter 1 (präsumtiver Zuschlagsempfänger) und Bieter 2 (Antragsteller) übermittelt worden. Aus dem Protokoll der Sitzung der Bewertungskommission ergebe sich, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit 83 Punkten und jenes des Antragstellers mit 64,98 Punkten bewertet worden sei und somit das Angebot des Antragstellers an zweiter Stelle liege (das Angebot von Bieter 3 habe bloß 63,72 Punkte erzielt).

G*** sei schon seit geraumer Zeit im Projekt Skylink beschäftigt, und zwar im Bereich der Planprüfung. Konkret sei es bzw. sei es seine Aufgabe gewesen, die Architekturpläne zu prüfen. G*** sei also in verantwortlicher Funktion im Sinne des Teils A der Ausschreibung, Punkt 1.15, tätig gewesen. Sein Aufgabengebiet habe dabei insbesondere die Statusfeststellung der Planung, also die Erhebung und Dokumentierung des Ist-Standes der Planung (auch "Nullung" genannt), umfasst. Dabei handle es sich um eine umfangreiche Tätigkeit für das Projekt. Immerhin solle G*** zum Zweck der Planprüfung drei mal die Woche, nämlich konkret in der Regel Dienstag, Mittwoch und Donnerstag an einem ihm eigens zugewiesenen Arbeitszimmer vor Ort (konkret: im Officepark 1 im 3. Stock) anwesend gewesen sein.

Die Tätigkeit der Planprüfung sei nicht nur Leistungsbestandteil des bisherigen ÖBA-Auftrages gewesen, sondern auch Bestandteil der hier ausgeschriebenen Leistungen. G*** verrichte also bereits jetzt Tätigkeiten, die in den Leistungsbereich des ausgeschriebenen Auftrages fallen würden (vgl. etwa die ausdrückliche Erwähnung der Planprüfung als Aufgabe der Örtlichen Bauaufsicht im - einen Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen darstellenden - Projekthandbuch-NEU für den VIE-Skylink, Terminalerweiterung Nord-Ost, Seite XII./1).Die Tätigkeit der Planprüfung sei nicht nur Leistungsbestandteil des bisherigen ÖBA-Auftrages gewesen, sondern auch Bestandteil der hier ausgeschriebenen Leistungen. G*** verrichte also bereits jetzt Tätigkeiten, die in den Leistungsbereich des ausgeschriebenen Auftrages fallen würden vergleiche etwa die ausdrückliche Erwähnung der Planprüfung als Aufgabe der Örtlichen Bauaufsicht im - einen Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen darstellenden - Projekthandbuch-NEU für den VIE-Skylink, Terminalerweiterung Nord-Ost, Seite römisch zwölf./1).

Dem Antragsteller sei nicht bekannt, in wessen Namen bzw. wessen Auftrag G*** diese Planprüfungstätigkeit vorgenommen habe. G*** sei allerdings Gesellschafter der D***, welche ein Mitglied jener Bietergemeinschaft sei, der nunmehr der Zuschlag erteilt werden solle.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger sei gemäß den bestandsfest gewordenen Festlegungen in Teil A der Ausschreibungsunterlagen, Punkt 1.15 Abs.1 und Abs. 2, vom gegenständlichen Verfahren auszuschließen. Dies insbesondere im Lichte der vom Auftraggeber in Beantwortung von Frage 2 im Zuge der Fragenbeantwortung vom 26.8.2009 mitgeteilten strengen Auslegung dieser Festlegungen, zumal es in dem der Bewerberanfrage zugrundeliegenden Sachverhalt um eine wesentlich weniger intensive Einbindung in das Projekt Skylink als hier gegangen sei. Die Tätigkeit als Planprüfer vermittle detaillierte Kenntnisse über den Stand des Projektes Skylink und insbesondere auch über Chancen und Risiken einer zukünftigen Tätigkeit einer Örtlichen Bauaufsicht, somit wesentlich relevantere Informationen als sie dem Sachverhalt der Bewerberanfrage zugrunde gelegen seien.Der präsumtive Zuschlagsempfänger sei gemäß den bestandsfest gewordenen Festlegungen in Teil A der Ausschreibungsunterlagen, Punkt 1.15 Absatz eins und Absatz 2,, vom gegenständlichen Verfahren auszuschließen. Dies insbesondere im Lichte der vom Auftraggeber in Beantwortung von Frage 2 im Zuge der Fragenbeantwortung vom 26.8.2009 mitgeteilten strengen Auslegung dieser Festlegungen, zumal es in dem der Bewerberanfrage zugrundeliegenden Sachverhalt um eine wesentlich weniger intensive Einbindung in das Projekt Skylink als hier gegangen sei. Die Tätigkeit als Planprüfer vermittle detaillierte Kenntnisse über den Stand des Projektes Skylink und insbesondere auch über Chancen und Risiken einer zukünftigen Tätigkeit einer Örtlichen Bauaufsicht, somit wesentlich relevantere Informationen als sie dem Sachverhalt der Bewerberanfrage zugrunde gelegen seien.

Der Auftraggeber hätte sich an seine eigenen Ausschreibungsfestlegungen halten und die nunmehr für den Zuschlag vorgesehene Bietergemeinschaft vom Verfahren ausschließen müssen und nicht zur Angebotsabgabe einladen dürfen.

Zudem habe der Auftraggeber stets auf die Gleichbehandlung aller Bieter und die Einhaltung eines fairen Wettbewerbs verwiesen.

Die aus der Planprüfungstätigkeit eines Gesellschafters der D*** gewonnen Kenntnisse würden dem präsumtiven Zuschlagsempfänger einen erheblichen Kenntnisvorsprung und damit einen Wettbewerbsvorsprung vermitteln, der nicht nur den in § 187 BVergG niedergelegten Grundprinzipien des Vergaberechtes widerspreche, sondern vor allem auch nach den eigenen Festlegungen des Auftraggebers zu einem Ausschluss vom Vergabeverfahren führen müsse. Die Kenntnisse hätten im gegenständlichen Fall zu ganz konkreten Vorteilen bei der Angebotserstellung und -bewertung geführt. Detaillierte Kenntnisse über den Planstand würden nämlich einen tieferen Einblick über den Ist-Stand des Projektes, als er den übrigen Bietern gewährt worden sei, vermitteln. Dies führe dazu, dass ein solcherart besser informierter Bieter Chancen und Risken, die mit der Erbringung der Leistungen der Örtlichen Bauaufsicht verbunden seien, wesentlich besser einschätzen könne. Auch könne ein solcher Bieter wesentlich konkreter auf die Fragen der Bewertungskommission eingehen und seine Antworten exakter an den tatsächlichen Problemen des Ist-Standes orientieren.Die aus der Planprüfungstätigkeit eines Gesellschafters der D*** gewonnen Kenntnisse würden dem präsumtiven Zuschlagsempfänger einen erheblichen Kenntnisvorsprung und damit einen Wettbewerbsvorsprung vermitteln, der nicht nur den in Paragraph 187, BVergG niedergelegten Grundprinzipien des Vergaberechtes widerspreche, sondern vor allem auch nach den eigenen Festlegungen des Auftraggebers zu einem Ausschluss vom Vergabeverfahren führen müsse. Die Kenntnisse hätten im gegenständlichen Fall zu ganz konkreten Vorteilen bei der Angebotserstellung und -bewertung geführt. Detaillierte Kenntnisse über den Planstand würden nämlich einen tieferen Einblick über den Ist-Stand des Projektes, als er den übrigen Bietern gewährt worden sei, vermitteln. Dies führe dazu, dass ein solcherart besser informierter Bieter Chancen und Risken, die mit der Erbringung der Leistungen der Örtlichen Bauaufsicht verbunden seien, wesentlich besser einschätzen könne. Auch könne ein solcher Bieter wesentlich konkreter auf die Fragen der Bewertungskommission eingehen und seine Antworten exakter an den tatsächlichen Problemen des Ist-Standes orientieren.

Genau dies habe der präsumtive Zuschlagsempfänger hier genützt. Er habe ein wesentlich günstigeres Honoraranbot gelegt als die anderen beiden Bieter, die hinsichtlich der Höhe des Honoraranbotes nahe "beieinander gelegen" seien, wie dem Protokoll der Sitzung der Bewertungskommission zu entnehmen sei.

Vor allem aber zeige sich der Vorteil des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der Bewertung der Kommission, wie im Detailprotokoll des Fachgespräches mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger dargestellt werde. Die Antworten von

Bieter 1 (präsumtiver Zuschlagsempfänger) würden offenbaren, dass hier ganz konkrete, den anderen Bietern nicht zur Verfügung stehende Informationen gegeben gewesen seien. So werde etwa bei der Bewertung des Kriteriums Q1 auf die Bedeutung der "Nullung" - also gerade jener Tätigkeit, die G*** derzeit durchführe - für die zukünftige ÖBA-Leistung hingewiesen. Weiters werde auf "sehr konkrete Beispiele" Bezug genommen, von denen andere Bieter in dieser Form keine Kenntnis gehabt hätten. Wenig überraschend habe der präsumtive Zuschlagsempfänger im Kriterium K1 auch einhellig die Höchstpunktezahl 12 erzielt (vgl. Beilage /9 Seite 9).Vor allem aber zeige sich der Vorteil des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der Bewertung der Kommission, wie im Detailprotokoll des Fachgespräches mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger dargestellt werde. Die Antworten von Bieter 1 (präsumtiver Zuschlagsempfänger) würden offenbaren, dass hier ganz konkrete, den anderen Bietern nicht zur Verfügung stehende Informationen gegeben gewesen seien. So werde etwa bei der Bewertung des Kriteriums Q1 auf die Bedeutung der "Nullung" - also gerade jener Tätigkeit, die G*** derzeit durchführe - für die zukünftige ÖBA-Leistung hingewiesen. Weiters werde auf "sehr konkrete Beispiele" Bezug genommen, von denen andere Bieter in dieser Form keine Kenntnis gehabt hätten. Wenig überraschend habe der präsumtive Zuschlagsempfänger im Kriterium K1 auch einhellig die Höchstpunktezahl 12 erzielt vergleiche Beilage /9 Seite 9).

Der Wissensvorsprung habe aber auch bei der Bewertung des Qualitätskriteriums Q 2 seinen Niederschlag gefunden. Auch dort werde die besondere Bedeutung der - von G*** derzeit durchgeführten - Planprüfung und die Notwendigkeit ihrer frühzeitigen Durchführung (diese finde hinsichtlich des präsumtiven Zuschlagsempfängers durch die Tätigkeit von G*** bereits statt) hervorgehoben. Aufgrund der bisherigen Tätigkeit des G*** im Zuge der Planprüfung sei somit ein Ausschlussgrund gemäß Teil A der Ausschreibungsunterlage, Pkt 1.15, gesetzt worden.

Die Einladung der betreffenden Bietergemeinschaft zur Angebotsabgabe widerspreche den in § 187 BVergG festgelegten Grundprinzipien des Vergaberechtes, da ein einen fairen und lauteren Wettbewerb verhindernder Wettbewerbsvorsprung vorliege, der gerade durch die Festlegung des Punktes 1.15, Teil A der Ausschreibungsunterlage, verhindert werden hätte sollen.Die Einladung der betreffenden Bietergemeinschaft zur Angebotsabgabe widerspreche den in Paragraph 187, BVergG festgelegten Grundprinzipien des Vergaberechtes, da ein einen fairen und lauteren Wettbewerb verhindernder Wettbewerbsvorsprung vorliege, der gerade durch die Festlegung des Punktes 1.15, Teil A der Ausschreibungsunterlage, verhindert werden hätte sollen.

Nur durch diesen Wettbewerbsvorsprung sei wohl auch der im Verhältnis zu den übrigen Angeboten erstaunlich niedrige Angebotspreis zu erklären, der - ließe man den offenbar kalkulationsrelevanten Informationsvorsprung außer Acht - im Sinne einer Plausibilitätsprüfung unter kaufmännisch vernünftigem Ansatz der Projektrisiken wohl nicht erklärbar wäre. Es sei somit entweder der Informationsvorsprung kausal für den Angebotspreis gewesen - womit die Vergaberechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung evident wäre - oder der Angebotspreis sei nicht plausibel nachvollziehbar und das Angebot daher aus diesem Grund auszuscheiden.

Der vom Auftraggeber rechtswidrigerweise unterlassene Ausschluss des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom gegenständlichen Vergabeverfahren bzw. das rechtswidrigerweise unterlassene Ausscheiden seines Angebotes könne auch nicht präkludiert sein.

Gemäß § 254 Abs. 6 BVergG seien auch im Sektorenbereich beim Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten.Gemäß Paragraph 254, Absatz 6, BVergG seien auch im Sektorenbereich beim Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten.

Da der Auftraggeber ein "anonymisiertes" Bieterverfahren durchgeführt habe, sei die Tatsache, dass die in Rede stehende Bietergemeinschaft als behaupteter Bestbieter ermittelt worden sei, dem Antragsteller erst durch das Schreiben des Auftraggebers vom 17.11.2009 zur Kenntnis gebracht worden. Bis zum Schreiben vom 17.11.2009 sei dem Antragsteller völlig unbekannt gewesen, welche anderen Unternehmen oder Bietergruppen an der Bewerbung teilgenommen hätten bzw. noch im Rennen lägen. Hinzu komme, dass sämtliche Bieter vom Auftraggeber gegenüber Dritten zu Stillschweigen über Teilnahme bzw. Stand des Verfahrens verpflichtet worden seien.

Der Antragsteller habe bis zum Erhalt des Schreibens vom 17.11.2009 keine Kenntnis von der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft, der nunmehr der Zuschlag erteilt werden solle, gehabt und habe die hier geltend gemachte Rechtswidrigkeit daher auch zu keinem früheren Zeitpunkt geltend machen können.

Der gebotene, jedoch unterlassene Ausschluss eines Bewerbers/Bieters im Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb bzw. das unterlassene Ausscheiden seines Angebotes sei keine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 2 Z 16 lit a sub lit dd BVergG. Als nicht gesondert anfechtbare Entscheidung könne diese erst mit der nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden. Dies sei die im konkreten Verfahren nunmehr angefochtene Zuschlagsentscheidung.Der gebotene, jedoch unterlassene Ausschluss eines Bewerbers/Bieters im Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb bzw. das unterlassene Ausscheiden seines Angebotes sei keine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sub lit dd BVergG. Als nicht gesondert anfechtbare Entscheidung könne diese erst mit der nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden. Dies sei die im konkreten Verfahren nunmehr angefochtene Zuschlagsentscheidung.

Bei rechtmäßigem Verhalten hätte der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Antragstellers als dem bestgereihten Bieter zu treffen gehabt, sodass die geltend gemachte Rechtswidrigkeit auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens entscheidend sei.

Durch die Rechtswidrigkeit der bekämpften Zuschlagsentscheidung sei der Antragsteller in seinen Rechten auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren, auf vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung, auf Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung, auf Ausschluss von nach den Bestimmungen der Bewerberunterlagen bzw. der Ausschreibung vom gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschließenden Bietern, auf Ausscheiden von gemäß den Bestimmungen des BVergG auszuscheidenden Angeboten, insbesondere von Angeboten mit nicht plausibel zusammengesetzten Preisen sowie von den Bewerberunterlagen widersprechenden Teilnahmeanträgen bzw. der Ausschreibung widersprechenden Angeboten, auf eine zu seinen Gunsten lautende Zuschlagsentscheidung mit nachfolgender Zuschlagserteilung und in seinem Recht auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung und Beendigung des Vergabeverfahrens, verletzt.

Der Auftraggeber nahm mit Schriftsatz vom 7.12.2009 zum Nachprüfungsantrag im Wesentlichen wie folgt Stellung:

Grundsätzlich sei es richtig, dass G*** für die FWAG bestimmte Leistungen im Bereich der Überprüfung und vor allem der Strukturierung der Architekturpläne erbringe. Das Auftragsverhältnis bestehe aber nicht direkt zwischen der FWAG und G***, sondern zwischen der FWAG und der L*** aus Graz. Die L*** habe G*** mit einem Teil ihres von der FWAG erhaltenen Auftrages (mit Zustimmung der FWAG) in Sub beauftragt. Die FWAG habe derzeit Probleme, vom Architekturplanungsteam einen einheitlichen integrierten Ausführungsplan zu erhalten, auf dessen Grundlage die ausführenden Firmen ihre Montage- und Werkstattplanung (M+W-Planung) erstellen können. Die Aufgabe von G*** bestehe nun darin, die Art der Ausführungspläne, die Gliederungsstruktur dieser Pläne und die Arbeitsweise der Architekten zu prüfen und Verbesserungsvorschläge hinsichtlich dieser Strukturen zu erstatten.

G*** prüfe ausschließlich die Ausführungspläne. Aufgabe der ÖBA sei unter anderem die Prüfung, ob die von den ausführenden Firmen angefertigten M+W-Pläne mit den Ausführungsplänen übereinstimmen würden. Dies überprüfe G*** nicht; er könne dies auch derzeit gar nicht prüfen, da die M+W-Pläne für die neue Bauführung noch nicht vorliegen würden.

G*** habe seine Tätigkeit Anfang Juli 2009 begonnen und sei nach wie vor tätig. Er verwende pro Monat im Durchschnitt 7 Tage für die Erfüllung dieses Auftrages und habe einen Arbeitsplatz (Einzelbüro) in einem Büro der FWAG.

Zweifellos habe G*** aus seiner Planprüfungstätigkeit wichtige Erkenntnisse über den Planungsprozess und allfällige Schwachstellen in diesem Planungsprozess gewonnen. Diese Erkenntnisse erscheinen durchaus geeignet zu sein, einem Bieter einen Wissensvorsprung sowohl für die Kalkulation seines Angebotes als auch für die Beantwortung der Fragen im Rahmen des Fachgespräches zu ermöglichen. Tatsache sei jedoch, dass G*** selbst kein Bieter in diesem Vergabeverfahren sei und keinem Bieter seine Erkenntnisse mitgeteilt habe. G*** sei zur Verschwiegenheit verpflichtet gewesen und gebe es keinen Hinweis darauf, dass er sich nicht daran gehalten hätte.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger sei weder wegen eines Verstoßes gegen die Ausschreibungsvorschriften noch gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens (fairer Wettbewerb) auszuscheiden gewesen.

Punkt 1.15, Teil A der Ausschreibungsvorschriften laute:

(1) Bewerber sowie mit dem Bewerber verbundene Unternehmen, die im Projekt Skylink Auftragnehmer für andere Leistungsbereiche sind (zB Planungsleistungen, Ausführungsleistungen), sind von der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen.

(2) Ebenso sind Unternehmer, die in der Vergangenheit beim Projekt Skylink in verantwortlichen Funktionen tätig waren (zB ÖBA, Projektsteuerung, Begleitende Kontrolle), auf Grund ihres spezifischen Wissensvorsprungs von der Teilnahme an diesem Vergabeverfahren ausgeschlossen.

G*** sei zweifellos weder Bewerber noch verbundenes Unternehmen eines Bewerbers iSd Abs. 1 der zit. Ausschreibungsbestimmung: G*** sei mit 10 % am Stammkapital der D*** beteiligt. Er sei weder Geschäftsführer noch Dienstnehmer dieser Gesellschaft. Da im Verhältnis des G*** zur D*** keiner der in der zitierten Gesetzesbestimmung genannten Tatbestände verwirklicht sei und diese auch keine verbundenen Unternehmen seien (vgl. § 2 Z 39 BVergG), seien die D*** bzw. die Bietergemeinschaft, an der diese beteiligt sei, nicht auf der Grundlage von Abs. 1 dieser Ausschreibungsregelung auszuscheiden.G*** sei zweifellos weder Bewerber noch verbundenes Unternehmen eines Bewerbers iSd Absatz eins, der zit. Ausschreibungsbestimmung: G*** sei mit 10 % am Stammkapital der D*** beteiligt. Er sei weder Geschäftsführer noch Dienstnehmer dieser Gesellschaft. Da im Verhältnis des G*** zur D*** keiner der in der zitierten Gesetzesbestimmung genannten Tatbestände verwirklicht sei und diese auch keine verbundenen Unternehmen seien vergleiche Paragraph 2, Ziffer 39, BVergG), seien die D*** bzw. die Bietergemeinschaft, an der diese beteiligt sei, nicht auf der Grundlage von Absatz eins, dieser Ausschreibungsregelung auszuscheiden.

Die D*** sei in der Vergangenheit beim Projekt Skylink überhaupt nicht tätig gewesen. Somit sei auch ihre Bietergemeinschaft auf der Grundlage der Bestimmung des Abs. 2 der zit. Ausschreibungsregelung nicht vom Vergabeverfahren auszuscheiden gewesen.Die D*** sei in der Vergangenheit beim Projekt Skylink überhaupt nicht tätig gewesen. Somit sei auch ihre Bietergemeinschaft auf der Grundlage der Bestimmung des Absatz 2, der zit. Ausschreibungsregelung nicht vom Vergabeverfahren auszuscheiden gewesen.

Es lägen auch keine Anhaltspunkte vor, dass die für Sektorenauftraggeber in § 187 BVergG geregelten vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, des freien und lauteren Wettbewerbs etc. verletzt worden wären.Es lägen auch keine Anhaltspunkte vor, dass die für Sektorenauftraggeber in Paragraph 187, BVergG geregelten vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, des freien und lauteren Wettbewerbs etc. verletzt worden wären.

Schließlich wäre das Angebot des Antragstellers auszuscheiden gewesen, sodass der Nachprüfungsantrag bereits aus diesem Grund als unzulässig zurückzuweisen wäre (vgl. VwGH 27.5.2009, 2008/04/0041).Schließlich wäre das Angebot des Antragstellers auszuscheiden gewesen, sodass der Nachprüfungsantrag bereits aus diesem Grund als unzulässig zurückzuweisen wäre vergleiche VwGH 27.5.2009, 2008/04/0041).

Der Antragsteller habe seinem LAFO vom 4.11.2009 ein umfassendes Begleitschreiben angeschlossen. Darin seien unter den Überschriften "Zu den Inhalten des LAFO selbst dürfen wir Folgendes darlegen bzw. vorschlagen" und "Die bereits angesprochene detaillierte Analyse gibt uns die Möglichkeit noch folgende Nachlässe (bzw. zu vereinbarende Regelungen) im Zuge des LAFO anzubieten," zahlreiche Nachlässe angeboten worden, die an Bedingungen geknüpft gewesen seien.

Im Teil D der Ausschreibungsunterlagen sei der Preis ohne Berücksichtigung der Nachlässe eingetragen worden.

Die Beilage zum LAFO "Erläuterung und Kalkulationsunterlagen zum LAFO" beginne wie folgt: "Zur Ermittlung weiterer Nachlässe haben wir als Vorbereitung für das LAFO die dem Angebot zugrunde liegende Kalkulation erneut detailliert durchgerechnet".

In diesem Zusammenhang stelle sich die entscheidende Frage, ob der Bieter durch dieses Begleitschreiben bloß ein LAFO abgegeben habe, wobei die Nachlässe Bestandteile dieses einen LAFOs seien oder es sich um ein Hauptangebot (ohne Nachlässe) und um ein oder auch mehrere Alternativangebote (mit den genannten Nachlässen) handle.

Würde man zum Ergebnis kommen, dass bloß ein LAFO abgegeben worden sei, das die verschiedenen Nachlässe beinhalte, würde dies bedeuten, dass das LAFO als nicht ausschreibungskonformes Angebot auszuscheiden gewesen wäre. Auf Grund der komplexen Gestaltung der Bedingungen wäre das Angebot mit den übrigen Angeboten nicht vergleichbar.

Würde man zum Ergebnis kommen, dass der Bieter ein LAFO (ohne Nachlässe) und ein oder mehrere Alternativangebote (mit den Nachlässen) abgegeben habe, wären das Hauptangebot zuzulassen und die Alternativangebote als den Ausschreibungsunterlagen widersprechend, auszuscheiden gewesen.

Die oben angeführten Formulierungen würden dafür sprechen, dass der Bieter nur ein Angebot abgeben habe wollen. Auch nach dem Zahlenteil der Kalkulationsgrundlagen, die der Bieter ebenfalls mit dem LAFO abgegeben habe, sei davon auszugehen, dass die Nachlässe Teil des Hauptangebotes seien, weil die Nachlässe dort unter der Überschrift "LAFO Angebotskalkulation" angeführt seien.

Die Erklärung bei einem Preisnachlass sei eine Angebotserklärung und gelte auch dann, wenn sie nicht im Angebot selbst, sondern in einem Begleitschreiben enthalten sei. Damit werde das Angebot geändert (vgl. Kropik / Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit2, 163).Die Erklärung bei einem Preisnachlass sei eine Angebotserklärung und gelte auch dann, wenn sie nicht im Angebot selbst, sondern in einem Begleitschreiben enthalten sei. Damit werde das Angebot geändert vergleiche Kropik / Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit2, 163).

Somit wäre bei richtiger Würdigung der angebotenen Preisnachlässe als Teil des Hauptangebotes, das Angebot des Antragstellers als ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot gemäß § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG auszuscheiden gewesen und damit der Nachprüfungsantrag aus diesem Grund zurückzuweisen.Somit wäre bei richtiger Würdigung der angebotenen Preisnachlässe als Teil des Hauptangebotes, das Angebot des Antragstellers als ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG auszuscheiden gewesen und damit der Nachprüfungsantrag aus diesem Grund zurückzuweisen.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger erstattete mit Schriftsatz vom 10.12.2009 fristgerecht begründete Einwendungen iSd § 324 Abs 3 BVergG und brachte vor:Der präsumtive Zuschlagsempfänger erstattete mit Schriftsatz vom 10.12.2009 fristgerecht begründete Einwendungen iSd Paragraph 324, Absatz 3, BVergG und brachte vor:

Gemäß Pkt. 1.15, Teil A der Ausschreibungsunterlagen seien lediglich Bewerber und mit dem Bewerber verbundene Unternehmen, sowie Unternehmen, die in der Vergangenheit beim Projekt Skylink in verantwortlicher Funktion tätig gewesen seien, umfasst.

Kein Unternehmen der Bietergemeinschaft des Bestbieters erfülle die im Punkt 1.15, Teil A der Ausschreibungsunterlagen aufgestellten Unvereinbarkeitskriterien, zumal keines dieser Unternehmen bis dato für den Antragsgegner beim Projekt Skylink tätig gewesen sei.

G*** sei lediglich 10 %iger Gesellschafter der D***, einem Mitglied der Bietergemeinschaft des Bestbieters. G*** sei jedoch weder Geschäftsführer noch Dienstnehmer bei der D***, sondern lediglich bei vereinzelten Projekten der D*** - nicht jedoch beim gegenständlichen Projekt - tätig. Er habe daher keine wie auch immer geartete tatsächliche Einflussmöglichkeit auf die D*** und schon gar nicht auf die gesamte Bietergemeinschaft.

Bei G*** handle es sich weder um einen Bewerber noch um ein mit dem Bewerber verbundenes Unternehmen.

Weiters sei festzuhalten, dass G*** seine Tätigkeit für den Antragsgegner und nicht für die D*** ausgeübt habe. Diese Tätigkeit habe G*** als Ziviltechniker mit eigener Befugnis und als Subunternehmer der L*** durchgeführt und dies auch nur in einem äußerst eingeschränkten zeitlichen Umfang. Insbesondere würden von G*** auch keinerlei Leistungen erbracht, die mit den ausgeschriebenen und zu beauftragenden Leistungen in irgendeinem Zusammenhang stünden. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handle es sich um Leistungen, welche erst in Zukunft "und hinsichtlich derzeit noch überhaupt nicht bestehender Leistungen" erforderlich seien. Soweit bekannt, beschränke sich die Tätigkeit des G*** jedoch ausschließlich auf bereits abgeschlossene Leistungen. Dessen Tätigkeit könne auch gar nicht mit den den Bestbieter zu beauftragen beabsichtigten Leistungen im Zusammenhang stehen, da es sich hierbei um die Prüfung erst in Zukunft erfolgender Leistungen handle. Aus der Tätigkeit des G*** - welcher Art diese auch immer sei - könnten bereits aus technischer Sicht in keinster Weise relevante Informationen oder Rückschlüsse auf die vom Bestbieter zu erbringenden Leistungen gewonnen werden. G*** hätte daher niemals allfällige Informationen an den Bestbieter erteilen können, welche diesem einen Vorteil verschaffen hätten können.

Der Antragsgegner habe mit G*** auch am 6.10.2009 eine gesonderte Erörterung über sämtliche obige Umstände geführt und sei hierbei zum Ergebnis gelangt, dass gegenständlich kein Anwendungsfall des Punktes 1.15, Teil A der Ausschreibungsunterlagen vorliege. Andernfalls wäre der Bestbieter sicherlich nicht zur zweiten Stufe, nämlich zur

Angebotslegung, zugelassen worden.

G*** sei in keinster Weise direkt oder indirekt in die Erstellung des Angebotes des Bestbieters involviert gewesen, sodass daher überhaupt keine Kenntnisse des G***, aus denen möglicherweise Erkenntnisse zur Legung eines günstigen Angebotes möglich gewesen wären, in die Angebotserstellung des Bestbieters einfließen hätten können.

G*** sei keine wie auch immer geartete Tätigkeit im Zusammenhang mit der Ausführung der gegenständlichen Auftragsinhalte zugedacht gewesen.

Die D*** sei darüber hinaus in die Erstellung des gegenständlichen Angebotes des Bestbieters im Wesentlichen auch nicht eingebunden bzw. daran beteiligt gewesen.

Seitens G*** seien auch an keine der mit der Angebotserstellung des Bestbieters betraute Person Informationen, die im Zusammenhang mit dem Projekt "Skylink" stehen würden, weitergegeben worden.

Auch der Vorwurf, dass infolge der Vorkenntnisse des G*** die Fragen im Fachgespräch besonders zielgerichtet beantwortet hätten werden können, sei völlig haltlos, zumal weder G*** noch sonst eine Person der D*** an diesem Fachgespräch teilgenommen hätten.

Der Antragsteller übersehe offenbar bewusst, dass eines der entscheidendsten Kriterien, weshalb der Bestbieter als solcher aus dem Vergabeverfahren hervorgegangen sei, die mit Abstand bessere fachliche Qualifikation seines Teams zur Abwicklung des gegenständlichen Auftrages sei. Dies ergebe sich insbesondere daraus, dass die Bietergemeinschaft des Bestbieters bereits mit dem gegenständlichen Projekt vergleichbare Projekte, insbesondere zuletzt den Neubau des LKH Klagenfurts, abgewickelt habe. Beim Bestbieter handle es sich um ein bereits seit längerem im Zusammenhang mit der Abwicklung entsprechender Projekte eingespieltes Team.

Auch der Vorwurf des nicht plausibel nachvollziehbaren Angebotspreises des Bestbieters gehe ins Leere. Der Bestbieter sei zum Besichtigungstermin vor Ort mit einem aus 16 Fachleuten bestehenden Team gekommen und habe alle erhebbaren Umstände genauestens abgeklärt, und, darauf aufbauend, eine exakte Kalkulation durchführen können. Der Bestbieter habe bei seiner Angebotspreisermittlung evidenter Maßen gerade die beim gegenständlichen Projekt gebotene kaufmännische Sorgfalt walten lassen und sei sein Angebotspreis jedenfalls plausibel.

In einer Replik vom 17.12.2009 zu den Stellungnahmen des Auftraggebers vom 7.12.2009 und den Einwendungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom 10.12.2009 brachte der Antragsteller zusammenfassend vor:

Aus der Stellungnahme des Auftraggebers ergebe sich ganz klar, dass G*** tatsächlich im Projekt Skylink mit Planprüfungstätigkeiten befasst gewesen sei.

Die Frage, ob in diesem Zusammenhang ein direktes Vertragsverhältnis mit dem Auftraggeber zustande gekommen sei oder G*** im Zuge einer Subbeauftragung tätig geworden sei, sei nicht von Relevanz.

Sehr wohl relevant sei aber das - auch vom Auftraggeber ausdrücklich bestätigte - Vorbringen des Antragstellers, dass G*** in einer inhaltlich wesentlichen Funktion tätig gewesen sei, die den Anforderungen an eine "verantwortliche Funktion" im Sinne des Punktes 1.15, Abs 2 des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen entspreche. Immerhin werde ausgeführt, dass G*** zur Koordination des Architekturplanungsteams maßgebliche Beiträge geliefert, insbesondere wesentliche Verbesserungsvorschläge, die offenbar auch umgesetzt worden seien, erstattet habe (vgl. Stellungnahme des Auftraggebers vom 7.12.2009, Seite 4 oben). Auch wenn der Auftraggeber und der präsumtive Zuschlagsempfänger den Umfang der Tätigkeit des G*** "herunterzuspielen" versuchen würden, sei dies für die Frage des Vorliegens des Ausschlussgrundes des Punktes 1.15 des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen irrelevant. Hier gehe es ausschließlich darum, ob überhaupt eine entsprechende Vorbefassung vorliege. Ebenso wenig relevant sei die Frage, wann und in welchem zeitlichen Umfang G*** mit der Planprüfungstätigkeit befasst gewesen sei, sowie die Frage, welches Honorar dafür bezahlt worden sei.Sehr wohl relevant sei aber das - auch vom Auftraggeber ausdrücklich bestätigte - Vorbringen des Antragstellers, dass G*** in einer inhaltlich wesentlichen Funktion tätig gewesen sei, die den Anforderungen an eine "verantwortliche Funktion" im Sinne des Punktes 1.15, Absatz 2, des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen entspreche. Immerhin werde ausgeführt, dass G*** zur Koordination des Architekturplanungsteams maßgebliche Beiträge geliefert, insbesondere wesentliche Verbesserungsvorschläge, die offenbar auch umgesetzt worden seien, erstattet habe vergleiche Stellungnahme des Auftraggebers vom 7.12.2009, Seite 4 oben). Auch wenn der Auftraggeber und der präsumtive Zuschlagsempfänger den Umfang der Tätigkeit des G*** "herunterzuspielen" versuchen würden, sei dies für die Frage des Vorliegens des Ausschlussgrundes des Punktes

1.15 des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen irrelevant. Hier gehe es ausschließlich darum, ob überhaupt eine entsprechende Vorbefassung vorliege. Ebenso wenig relevant sei die Frage, wann und in welchem zeitlichen Umfang G*** mit der Planprüfungstätigkeit befasst gewesen sei, sowie die Frage, welches Honorar dafür bezahlt worden sei.

Dass die geschilderte und vom Auftraggeber ausdrücklich bestätigte - im übrigen auch vom präsumtiven Zuschlagsempfänger nicht bestrittene - Tätigkeit von wettbewerblicher Relevanz sei, gestehe der Auftraggeber selbst zu:

"Zweifellos hat G*** aus seiner Planprüfungstätigkeit wichtige Erkenntnisse über den Planungsprozess und allfällige Schwachstellen in diesem Planungsprozess gewonnen. Diese Erkenntnisse erscheinen durchaus geeignet zu sein, einem Bieter einen Wissensvorsprung sowohl für die Kalkulation seines Angebotes als auch für die Beantwortung der Fragen im Rahmen des Fachgespräches zu ermöglichen."

Damit sei klar, dass der Auftraggeber den Standpunkt des Antragstellers teile, dass im Zuge der Planprüfungstätigkeit des G*** wettbewerblich relevante Erkenntnisse vermittelt worden seien. Damit zeige sich, dass G*** als in der Vergangenheit beim Projekt Skylink "in verantwortlichen Funktionen" im Sinne des Punktes 1.15, Abs 2 Teil A der Ausschreibungsunterlagen tätig gewesener Unternehmer zu qualifizieren sei. Dies umso mehr, als er - wie vom Auftraggeber ausdrücklich zugestanden - auch einen spezifischen Wissensvorsprung im Bezug auf das Projekt Skylink habe.Damit sei klar, dass der Auftraggeber den Standpunkt des Antragstellers teile, dass im Zuge der Planprüfungstätigkeit des G*** wettbewerblich relevante Erkenntnisse vermittelt worden seien. Damit zeige sich, dass G*** als in der Vergangenheit beim Projekt Skylink "in verantwortlichen Funktionen" im Sinne des Punktes 1.15, Absatz 2, Teil A der Ausschreibungsunterlagen tätig gewesener Unternehmer zu qualifizieren sei. Dies umso mehr, als er - wie vom Auftraggeber ausdrücklich zugestanden - auch einen spezifischen Wissensvorsprung im Bezug auf das Projekt Skylink habe.

Schon der Wortlaut der Ausschlussgründe des Punktes 1.15 Abs. 1 und Abs. 2 des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen zeige, dass der Auftraggeber hier allein auf Grund der Gefährdung des Wettbewerbes abstrakte Ausschlussgründe formuliert habe, sodass es dem Auftraggeber dabei nicht um den konkreten Nachweis von Wettbewerbsvorteilen gegangen sei. Vielmehr genüge allein die abstrakte Gefährdungseignung, um die in Rede stehenden Unvereinbarkeitstatbestände zu erfüllen und um vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden.Schon der Wortlaut der Ausschlussgründe des Punktes 1.15 Absatz eins und Absatz 2, des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen zeige, dass der Auftraggeber hier allein auf Grund der Gefährdung des Wettbewerbes abstrakte Ausschlussgründe formuliert habe, sodass es dem Auftraggeber dabei nicht um den konkreten Nachweis von Wettbewerbsvorteilen gegangen sei. Vielmehr genüge allein die abstrakte Gefährdungseignung, um die in Rede stehenden Unvereinbarkeitstatbestände zu erfüllen und um vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden.

Allein der "böse Schein" durch die einschlägige Vorbefassung von G*** im Projekt Skylink und sein offenkundiges wirtschaftliches Interesse an einer Beauftragung der D***, deren Gesellschafter und auch in der Unternehmensführung maßgeblicher Partner er sei, sei schon Beleg genug, dass die Unvereinbarkeitsbestimmung des Punktes 1.15, Teil A der Ausschreibung hier realisiert sei. Ob G*** daher selbst am Aufklärungsgespräch oder Hearing teilgenommen habe, sei in der Folge ebenso wenig von Bedeutung, wie, ob G*** bei der Ausführung der hier ausgeschriebenen Leistungen eine spezielle Aufgabe zugedacht gewesen sei oder nicht. Es gehe allein darum, ob durch einen Wissensvorsprung zum Zeitpunkt des Vergabeverfahrens der Wettbewerb potentiell beeinträchtigt sei. Dieser Wissensvorsprung realisiere sich auf Grund vergangener Tätigkeiten, sodass es in keiner Weise auf zukünftige Rollen im Projekt im Falle der Zuschlagserteilung ankomme.

Sowohl Auftraggeber als auch präsumtiver Zuschlagsempfänger würden versuchen, mit einer rein formalistischen Sichtweise auf die kapitalmäßige Minderheitsbeteiligung von G*** an der D*** eine mangelnde Zurechenbarkeit der Tätigkeit des G*** zu diesem Mitglied des präsumtiven Zuschlagsempfängers zu begründen. Dieser Ansatz verkenne Wesen und Telos der Ausschlussbestimmung des Punktes 1.15 des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen, nämlich eine Gefährdung des Wettbewerbs hintanzuhalten. Unrichtig dargestellt werde dabei insbesondere auch die Rolle des G*** innerhalb der D***. G*** werde fälschlicherweise als ehemaliger Mitarbeiter und nunmehr bloß minderheitsbeteiligter Gesellschafter ohne jeglichen Einfluss auf die Gesellschaft dargestellt. Hierbei dürfte es sich um eine reine Schutzbehauptung handeln, da diese in diametralem Widerspruch zur sonstigen Präsentation der D*** stehe.

Auf der Homepage der D*** werde G*** als "langjähriger, führender Mitarbeiter" präsentiert, der seit Februar 2008 die D*** sogar als Partner verstärke. Allein dies belege, dass G*** in maßgeblicher Funktion weiterhin für die D*** tätig sei. Ob dabei ein Angestelltenverhältnis gegeben sei, habe für die wettbewerbliche Betrachtung seiner Rolle innerhalb dieser Gesellschaft freilich keine Relevanz. G*** werde sogar als erster Ansprechpartner für die Gesellschaft am Standort Wien (der immerhin 26 Mitarbeiter beschäftige), präsentiert. Auch hieraus ergebe sich eine zweifellos führende Position von G*** in der D***. Die Darstellung der Gesellschafterstellung des G*** als bloße Finanzbeteiligung, wie dies präsumtiver Zuschlagsempfänger und Auftraggeber versuchen würden, widerspreche sohin klar den Tatsachen.

Richtig sei zwar, dass G*** kein eingetragener Geschäftsführer dieser Gesellschaft sei, dessen ungeachtet werde er nach außen aber als Standortleiter des Büros Wien präsentiert.

Obige Ausführungen würden zeigen, dass G*** erhebliches wirtschaftliches Interesse an der Geschäftstätigkeit der D*** und damit insbesondere auch daran habe, dass diese Gesellschaft bzw. die Bietergemeinschaft, deren Mitglied die D*** ist, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag erhalte. G*** agiere im Rahmen der D*** als Unternehmer im Sinne des Punktes 1.15, Abs 2 des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen. Eine rein formalistische Trennung zwischen den unternehmerisch tätigen Gesellschaftern und der Gesellschaft selbst würde zu sinnwidrigen Ergebnissen führen und Umgehungen der Unvereinbarkeitsbestimmungen Tür und Tor öffnen. Eine solche Lesart dieser Bestimmung sei vor dem Hintergrund der Grundsätze eines fairen Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter (§ 187 Abs 1 BVergG) ausgeschlossen.Obige Ausführungen würden zeigen, dass G*** erhebliches wirtschaftliches Interesse an der Geschäftstätigkeit der D*** und damit insbesondere auch daran habe, dass diese Gesellschaft bzw. die Bietergemeinschaft, deren Mitglied die D*** ist, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag erhalte. G*** agiere im Rahmen der D*** als Unternehmer im Sinne des Punktes 1.15, Absatz 2, des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen. Eine rein formalistische Trennung zwischen den unternehmerisch tätigen Gesellschaftern und der Gesellschaft selbst würde zu sinnwidrigen Ergebnissen führen und Umgehungen der Unvereinbarkeitsbestimmungen Tür und Tor öffnen. Eine solche Lesart dieser Bestimmung sei vor dem Hintergrund der Grundsätze eines fairen Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter (Paragraph 187, Absatz eins, BVergG) ausgeschlossen.

Zusammenfassend lasse sich festhalten, dass auf Grund der einschlägigen, verantwortlichen Funktion des G*** beim bisherigen Projekt Skylink die Ausschlussgründe des Punktes 1.15, des Teiles A der Ausschreibungsunterlage realisiert seien.

Auch das Argument, dass eine Verschwiegenheitsverpflichtung des G*** über seine bisherige Tätigkeit bestehen würde, greife zu kurz. Auf das Eingehen einer Verschwiegenheitsverpflichtung könne es nicht ankommen. Der Wettbewerbsvorsprung bestehe bereits dann, wenn relevantes Wissen erworben worden und daher theoretisch verfügbar bzw. verwertbar sei. Auf eine konkrete Weitergabe bestimmter Informationen könne es für die Frage der Beurteilung eines Wettbewerbes ebenso wenig ankommen. Es genüge das "innere Wissen", um in eine wettbewerblich vorteilhafte Position zu gelangen, selbst wenn bestimmte der Verschwiegenheit unterworfene Informationen nicht explizit an Dritte weitergegeben worden sein sollten.

Auch in diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass die Ausschlussgründe des Punktes 1.15, Teil A der Ausschreibungsunterlagen nicht auf konkrete Informationsweitergaben, sondern auf das bloße Bestehen eines Wissensvorsprunges abstellen würden. Dieser Umstand sei - wie der Auftraggeber auf Seite 4 seiner Stellungnahme ausdrücklich einräume - bei G*** jedenfalls gegeben. Damit bestehe die relevante Möglichkeit einer Wettbewerbsverzerrung, die zur Realisierung des Ausschlussgrundes genüge.

Die Frage der (vermeintlich) wesentlich besseren fachlichen Qualifikation des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei ohne Belang und auch inhaltlich unrichtig. Zunächst sei festzuhalten, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger für seine angeblich langjährige Erfahrung und sein seit längerem eingespieltes Team stets nur auf ein einziges Referenzprojekt, nämlich das XXX, verweise.Die Frage der (vermeintlich) wesentlich besseren fachlichen Qualifikation des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei ohne Belang und auch inhaltlich unrichtig. Zunächst sei festzuhalten, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger für seine angeblich langjährige Erfahrung und sein seit längerem eingespieltes Team stets nur auf ein einziges Referenzprojekt, nämlich das römisch 30 , verweise.

Insbesondere das Team R*** des Antragstellers habe aber bei einer Vielzahl sehr großer Projekte bewiesen, dass die

Erbringung von mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbarer Leistungen mit unterschiedlichen Partnern erfolgreich möglich sei. Die C*** ihrerseits sei seit über einem Jahrzehnt in über 10 europäischen (CEE) Ländern erfolgreich tätig. Auch könnten die Mitglieder des Antragstellers auf eine langjährige Zusammenarbeit verweisen.

Ein derart (nach unten) abweichender Angebotspreis wie der des präsumtiven Zuschlagsempfängers könne bei realistischer Betrachtung nur auf zusätzlichen Informationen beruhen, die den anderen Bietern zum Zeitpunkt der Angebotserstellung nicht zur Verfügung gestanden seien. Hier realisiere sich abermals in wettbewerbsschädlicher Weise der Wissensvorsprung des präsumtiven Zuschlagsempfängers.

Das Angebot des Antragstellers sei nicht auszuscheiden gewesen. Der Antragsteller habe ein ausschreibungskonformes LAFO gelegt und sei dies bislang vom Auftraggeber auch so gesehen worden. Der vom Auftraggeber für die Angebotsbewertung herangezogene Angebotspreis des Antragstellers belege, dass der Auftraggeber bislang das Begleitschreiben des Antragstellers zum LAFO völlig richtig interpretiert habe, nämlich als zusätzlichen, über das ausschreibungskonforme LAFO hinausgehenden Nachlass nach Maßgabe der Bestimmungen des Begleitschreibens. Diese Nachlässe seien daher vom Auftraggeber bei der Angebotsbewertung gar nicht berücksichtigt worden, sondern nur das LAFO für sich (mit dem darin enthaltenen Angebotspreis). Der völlig eindeutige objektive Erklärungswert von LAFO und Begleitschreiben sei dem Auftraggeber bislang ganz klar gewesen, und zwar in dem Sinne, dass er nur das LAFO zur Angebotsbewertung herangezogen habe. Schließlich sei im Begleitschreiben von der "Möglichkeit" von Nachlässen bzw. "zu vereinbarenden Regelungen" die Rede. Aus Sicht eines objektivredlichen Erklärungsempfängers habe der Auftraggeber die Erklärung des Antragstellers lediglich so verstehen können, dass der Antragsteller unabhängig vom Angebotspreis in Teil D der Ausschreibung der Ausschreibungsunterlagen die Möglichkeit von Preisreduktionen - allerdings abhängig vom Eintritt von Bedingungen bzw. "zu vereinbarenden Regelungen" - aufgezeigt habe.

Dessen ungeachtet sei ein von den Grundlagen des Begleitschreibens völlig abgekoppeltes ausschreibungskonformes LAFO abgegeben worden. Sämtliche zusätzliche Nachlässe würden zusätzlich zu vereinbarende Bedingungen voraussetzen und seien daher, wie dem Erklärungstext des Begleitschreibens zweifelsfrei entnehmbar sei, nicht Gegenstand des LAFOs selbst. Insofern bestehe auch kein konditionaler Zusammenhang zwischen diesen Nachlässen und der "Erläuterung und Kalkulationsunterlagen zum LAFO", wie nun vom Auftraggeber fälschlicherweise behauptet werde. Vielmehr sei völlig klar, dass die Nachlässe nicht Bestandteil des LAFOs gewesen seien. Dass die zusätzlich angebotenen Nachlässe zur besseren Übersichtlichkeit auch in den Tabellen mit der Detailkalkulation - allerdings in einem gesonderten Block - dargestellt worden seien, ändere daran nichts, weil auch dort stets die Voraussetzungen für die Nachlässe ausdrücklich angeführt worden seien.

Mit Schriftsatz vom 21.12.2009 erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger eine Replik zur Stellungnahme des Antragstellers vom 17.12.2009:

In der Bestimmung des Punktes 1.15, Teil A der Ausschreibungsunterlagen werde ausdrücklich darauf Bezug genommen, dass in der Vergangenheit beim Projekt Skylink in verantwortlicher Funktion tätig gewesene Unternehmer lediglich aufgrund ihres spezifischen Wissensvorsprunges ausgeschlossen seien. Es komme im Wesentlichen daher darauf an, ob ein Unternehmer auch einen tatsächlichen spezifischen Wissensvorsprung habe. Ein solcher könne insbesondere dann nicht gegeben sein, wenn der anbietende Unternehmer noch gar nicht beim Projekt Skylink tätig gewesen sei, wie dies beim präsumtiven Zuschlagsempfänger bzw. sämtlichen seinen Mitgliedern der Fall sei. Es sei sohin evident, dass eine automatische Annahme eines spezifischen Wissensvorsprunges beim präsumtiven Zuschlagsempfänger keinesfalls gerechtfertigt sei.

Zwar wäre auch ein bis dato noch nicht beim Projekt Skylink tätiger Unternehmer auszuscheiden, wenn dieser tatsächlich einen entsprechenden spezifischen Wissensvorsprung gegenüber den anderen Bewerbern hätte. Dies jedoch nur, wenn dies auch konkret und nachgewiesenermaßen der Fall sei. Es sei daher konkret zu prüfen, ob der präsumtive Zuschlagsempfänger auch tatsächlich einen entsprechenden spezifischen Wissensvorsprung gehabt habe.

Dies sei nicht der Fall. Da G*** keinerlei Informationen an Mitglieder des präsumtiven Zuschlagsempfängers weitergegeben habe, in die Angebotserstellung des präsumtiven Zuschlagsempfängers in keiner Weise eingebunden gewesen sei und auch in die Abwicklung des Projektes in keiner Weise eingebunden werden solle, seien sämtliche weitergehende Ausführungen des Antragstellers betreffend die Person des G*** irrelevant.

G*** sei mit Planprüfungsarbeiten befasst gewesen, die für die Kalkulation der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger

gegenständlich angebotenen Leistungen der ÖBA völlig irrelevant seien. Die Planprüfung sei ausdrücklich nicht Gegenstand des Leistungsumfanges der ÖBA.

Die Äußerungen des Antragstellers zur Plausibilität des Honorarangebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers würden jeglicher Grundlage entbehren und sei deren Unrichtigkeit durch die im Vergabeakt einliegenden plausiblen Unterlagen belegt.

Am 22.12.2009 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, in der die Parteien und der als Zeuge einvernommene G*** vorbrachten:

- -Strichaufzählung
  Zur Antragslegitimation des Antragstellers (Frage allfälliger Nachlässe im LAFO, Vorwurf unvollständiger, einen unbehebbaren Mangel darstellender Erstangebotsunterlagen):

Der Auftraggeber (N***) gab an, dass der im LAFO des Antragstellers angegebene Gesamtangebotspreis in den LAFO-Preisspiegel aufgenommen und ausschließlich dieser Preis zur Angebotsbewertung herangezogen worden sei.

Der Rechtsvertreter des Auftraggebers, XX*** brachte vor, dass gemäß Punkt 3.2.1, Abs 2, Teil C der Ausschreibungsunterlagen gemäß der Aufstellung in Teil D, die Anlage 1 "Kalkulationsgrundlagen", verpflichtend abzugeben gewesen sei. Der Antragsteller habe zwar eine Anlage 1 zu seinem Erstangebot abgegeben, diese habe jedoch die Anzahl der Personentage und die Höhe der Stundensätze nicht enthalten. Der Antragsteller habe die fehlende Unterlage aus eigenem zum Verhandlungsgespräch am 22.10.2009 mitgebracht. Zur Nachreichung dieser Unterlage habe XX*** den Antragsteller nicht aufgefordert, da er das Fehlen dieser Angaben als unbehebbaren Mangel angesehen habe. Zum Vorhalt der Vorsitzenden, weshalb der Antragsteller dann in das Vergabeverfahren weiter einbezogen worden sei, erwiderte XX***, dass ihm das damals nicht so bewusst gewesen sei und auch nicht, dass "etwas gefehlt und was gefehlt habe".Der Rechtsvertreter des Auftraggebers, XX*** brachte vor, dass gemäß Punkt 3.2.1, Absatz 2,, Teil C der Ausschreibungsunterlagen gemäß der Aufstellung in Teil D, die Anlage 1 "Kalkulationsgrundlagen", verpflichtend abzugeben gewesen sei. Der Antragsteller habe zwar eine Anlage 1 zu seinem Erstangebot abgegeben, diese habe jedoch die Anzahl der Personentage und die Höhe der Stundensätze nicht enthalten. Der Antragsteller habe die fehlende Unterlage aus eigenem zum Verhandlungsgespräch am 22.10.2009 mitgebracht. Zur Nachreichung dieser Unterlage habe XX*** den Antragsteller nicht aufgefordert, da er das Fehlen dieser Angaben als unbehebbaren Mangel angesehen habe. Zum Vorhalt der Vorsitzenden, weshalb der Antragsteller dann in das Vergabeverfahren weiter einbezogen worden sei, erwiderte XX***, dass ihm das damals nicht so bewusst gewesen sei und auch nicht, dass "etwas gefehlt und was gefehlt habe".

Der Antragstellervertreter replizierte zum Vorwurf fehlender Angebotsunterlagen, dass es eine "Kalkulationsgrundlage 1" zum Erstangebot gegeben habe. Es sei ein Fixpreismodell anzubieten gewesen, sodass die Kalkulationsgrundlage keine Auswirkung auf den Angebotsinhalt (Preis) habe und es sich um einen behebbaren Mangel handle.

- -Strichaufzählung
  Zu den Tätigkeiten des G*** für die FWAG und deren Berührungspunkte mit der ÖBA:

Der Auftraggeber (N***) gab an, dass die Tätigkeit des G*** für die FWAG jedenfalls mit Jahresende (Anm.: 2009) auslaufen würde.Der Auftraggeber (N***) gab an, dass die Tätigkeit des G*** für die FWAG jedenfalls mit Jahresende Anmerkung, 2009) auslaufen würde.

Der Auftraggeber bestätigte, dass die Tätigkeit des G*** wie folgt umschrieben werden könne:

G*** sei im Bereich der Ausführungsplanung für das Projekt Skylink tätig und habe Beratungs- und Prüfleistungen vorgenommen. Es obliege ihm die Prüfung von Art und Gliederungsstruktur der verschiedenen Ausführungspläne sowie die Prüfung der Arbeitsweise der Architekten und die Erstellung von Verbesserungsvorschlägen. Dies mit dem Ziel, einen einheitlichen integrierten Ausführungsplan zu erhalten, auf dessen Grundlage die auftragsausführenden Firmen ihre M+W-Planung vornehmen können.

Die auftragsausführenden Firmen würden dann den einheitlichen Ausführungsplan von der ÖBA erhalten und auf dessen Grundlage die M+W-Planung durchführen. Die Ausführungspläne würden schon freigegeben zur ÖBA gelangen. Im Rahmen der ÖBA werde u.a. die Übereinstimmung der von den ausführenden Firmen erstellten M+W-Pläne mit den Ausführungsplänen geprüft (N***).

O*** ergänzte, dass die ÖBA grob gesagt zu überprüfen habe, ob das, was gebaut werde, mit den Ausführungsplänen und den M+W-Plänen übereinstimme.

Mit der im Projekthandbuch Skylink unter der ÖBA genannten Planprüfung seien die M+W-Pläne gemeint (N***).

Zum "Bauen im Bestand" und zur Bedeutung der "Nullung" in diesem Zusammenhang führte der Auftraggeber (O***) aus: Die Nullung sei eine Feststellung des Ist-Zustandes. Es sei zunächst der Ist-Zustand zu erheben. Dies geschehe durch eine gerichtliche Beweissicherung sowie durch die Erhebung des Bestandes durch Anfertigung neuer Bestandspläne.

Die Vorsitzende hielt fest, dass die Nullung für die Fortführung des Bauvorhabens von wesentlicher Bedeutung und damit auch für die durchzuführende ÖBA von Bedeutung sei.

- -Strichaufzählung
  Zur Beauftragung der L*** durch die FWAG und zur Auftragsweitergabe von der L*** an G***:

Auf Befragen, wie es zur Beauftragung der L*** gekommen sei, erklärte der Auftraggeber (O***), dass ihm M*** aus seiner früheren Berufstätigkeit und aus dem Studium bekannt gewesen sei und er diesen deshalb angesprochen habe.

Der Rechtsvertreter des Auftraggebers legte ein Anbotsschreiben der L*** an die FWAG vom 23.6.2009 sowie die hierzu ergangene schriftliche Beauftragung der L*** durch die FWAG vom 9.7.2009 vor.

Der Auftraggeber (O***) gab zu Protokoll, dass ihn M*** telefonisch kontaktiert habe, dass er den Auftrag aus Zeitmangel nicht durchführen könne und ersatzweise jemanden anderen angeboten habe. Wer konkret (Anm.: Die Person des G***), sei damals nicht genannt worden. O*** habe auch nicht danach gefragt, da es letztlich nicht auf die Person des Ausführenden angekommen sei. Schriftliches gebe es hierzu nichts.Der Auftraggeber (O***) gab zu Protokoll, dass ihn M*** telefonisch kontaktiert habe, dass er den Auftrag aus Zeitmangel nicht durchführen könne und ersatzweise jemanden anderen angeboten habe. Wer konkret Anmerkung, Die Person des G***), sei damals nicht genannt worden. O*** habe auch nicht danach gefragt, da es letztlich nicht auf die Person des Ausführenden angekommen sei. Schriftliches gebe es hierzu nichts.

Der Rechtsvertreter des Auftraggebers erklärte, dass die Honorarzahlungen der FWAG ausschließlich an die L*** ergangen seien.

Der Rechtsvertreter des Antragstellers hielt fest, dass es ein schriftliches Anbot von

M*** an die FWAG vom 23.6.2009 gegeben haben soll, dieser jedoch letztlich keine Zeit für die Tätigkeit gehabt haben soll. Offenbar habe es jedoch am 10.6.2009 ein Angebot des G*** an M*** gegeben.

- -Strichaufzählung
  Zur Stellung des G*** zur D***:

Der Geschäftsführer der D*** (K***) gab an, dass G*** kein Mitarbeiter der D*** sei, jedoch - wie auch die beiden anderen nicht geschäftsführenden Gesellschafter - in Projekten für die Gesellschaft tätig werde, etwa als Gesamtprojektleiter. Den jeweiligen Auftrag "habe" die D***. G*** werde für diese tätig, die Befugnis für die Gesellschaft würden er (K***) und J*** haben.

Zur Präsentation auf der Homepage der D***, derzufolge die drei Gesellschafter (G***, P*** und Q***) seit Februar 2008 Partner der Gesellschaft seien, führte K*** aus, dass die drei Gesellschafter seit Februar 2008 strategische Partner der D*** und als solche (einschließlich G***) als Architekten tätig seien. Der auf den Internetseiten verwendete Begriff "Director" bzw. "Associate" bedeute, dass G*** Projektleiter für verschiedene Projekte sei.

G*** sei an der Niederlassung der Gesellschaft in Wien bis Ende des Jahres 2007 Büroleiter gewesen.

Das Verhältnis der drei Partner zur Gesellschaft sei nicht schriftlich, sondern nur auf Vertrauensbasis mündlich geregelt. So sei vereinbart worden, dass jeder Gesellschafter sein Büro führen dürfe. Etwa alle zwei Monate werde diskutiert, bei welchen Wettbewerben die Gesellschaft mitmachen solle ("Jour-fixe"). Bei einem solchen Jour-fixe (August oder September 2009) sei auch die Tätigkeit des G*** für die FWAG angesprochen worden. Über Details seiner Tätigkeit sei nicht gesprochen worden, da G*** zur Verschwiegenheit verpflichtet worden sei.

Zu den 10%-Anteilen seien die Partner an der Gesellschaft auch gewinnbeteiligt.

Auf Befragen der Vorsitzenden nach einer allfälligen Beziehung zwischen der L*** und der D*** gab K*** an, dass ab und an in Projekten zusammengearbeitet werde, etwa im Krankenhausbau.

- -Strichaufzählung
  Zum Gespräch des Auftraggebers (XX***) mit G*** am 6.10.2009:

Der Rechtsvertreter des Auftraggebers (XX***) gab an, dass er am 28.9.2009 bei einer Baustellenbesichtigung und Planvorstellung am Flughafen Wien gewesen sei. Ein dort für die FWAG tätiger Architekt habe ihn darauf angesprochen, dass der bei der FWAG tätige G*** zu den bei der Baustellenbesichtigung erschienenen Personen der D*** "gehöre". Am Abend desselben Tages habe ihn H*** (eine Konsulentin für die FWAG) telefonisch kontaktiert, dass ihr der für die FWAG tätige Architekt dasselbe gesagt habe.

Der Projektleiter der FWAG (I***) habe ihm (XX***) am 3.10.2009 ein E-Mail übermittelt, in dem er ihm mitgeteilt habe, dass ein Hinweis auf geschäftliche Verbindungen des G*** zur D*** bzw J*** bestehe und er dem nachgehen solle.

Im Gespräch zwischen ihm (XX***) und G*** am 6.10.2009 sei nichts über die dem Gesprächsprotokoll vom 6.10.2009 entnehmbaren Inhalte hinaus gesprochen worden. Die in diesem Gespräch von G*** gegebenen Informationen hätten ihm genügt und habe er darüberhinaus G*** keine weiteren Fragen gestellt.

Aus seiner Sicht habe er - auch nach den ausdrücklich gegebenen Hinweisen, die Rolle des G*** in diesem Zusammenhang in diesem Gespräch anzusprechen - G*** alle erforderlichen Fragen gestellt. Weitere Nachforschungen habe er auch im Nachhinein (von der Überprüfung der 10 %igen Gesellschafterbeteiligung des G*** abgesehen) nicht vorgenommen und für nicht erforderlich gehalten.

- -Strichaufzählung
  Zeugenaussage des G***:

Er sei als Architekt mit eigenem Büro und als Lehrbeauftragter an der XXX tätig.Er sei als Architekt mit eigenem Büro und als Lehrbeauftragter an der römisch 30 tätig.

Er sei Gesellschafter der D*** und übe im Rahmen seiner selbständigen Stellung auch immer wieder Beratungstätigkeiten für die Gesellschaft aus. Unter "selbständiger Stellung" sei er "als G*** bzw. mit seinem Büro" zu verstehen.

Direkt für die D*** werde er als Architekt nicht tätig.

Auf Vorhalt der Vorsitzenden, dass auf der Homepage der Gesellschaft davon die Rede sei, dass G*** als langjähriger Mitarbeiter seit Februar 2008 Partner der Gesellschaft sei, erwiderte G***, dies nicht werten zu können.

Früher sei er intensiver für die D*** tätig gewesen.

Bis zum Jahr 2003 sei er Angestellter der Gesellschaft (eigentlich von S***), bis Ende 2003 Büroleiter für Wien gewesen.

Im Jahr 2008 sei er für ein Hotelprojekt im Auftrag der D*** in Kroatien tätig gewesen.

Seit dem Jahr 2008 habe er eine volle Lehrverpflichtung an der XXX und sei dort angestellt.Seit dem Jahr 2008 habe er eine volle Lehrverpflichtung an der römisch 30 und sei dort angestellt.

Zur Auftragsweitergabe von M*** an ihn führte G*** aus, dass ihn M*** telefonisch angesprochen habe, ob er für dieses Projekt tätig werden könne, da dieser selbst keine Zeit dafür habe. Er habe M*** ein Anbot der möglichen Tätigkeiten übermittelt (Schreiben vom 10.6.2009). M*** habe dieses Angebot mit Schreiben vom 10.7.2009 angenommen. Seine Tätigkeit am Flughafen Wien habe er Mitte/Ende Juni aufgenommen. Wann genau, müsste er im Kalender nachschauen. Honorarzahlungen für das Projekt Skylink habe er ausschließlich von M*** erhalten.

Derzeit sei er nicht am Flughafen Wien tätig. Wie lange er noch für dieses Projekt tätig sein werde, hänge von der FWAG ab.

Seine Tätigkeit für die FWAG schilderte G*** wie folgt:

Er sei im Hinblick auf die Planungsstruktur und -qualität tätig gewesen. Er überprüfe, ob die Struktur der Pläne (Planung) geeignet sei, für die Ausführung geeignete Ausführungspläne zu erstellen. Die Struktur der Architektenpläne sei so weit zu prüfen, dass feststehe, dass die mit den Haustechnikplanern abgestimmten Pläne auch Niederschlag in

den Architekturplänen finden würden. Diese Pläne würden die Grundlage für M+W-Pläne der ausführenden Firmen darstellen.

Auf Vorhalt von DI Kleiner, dass G*** Kenntnis über jenen Realisierungsstand habe, der bis zur Nullung verwirklicht worden sei, erwiderte G***, dass er allerdings keine flächendeckende Kenntnis der Pläne habe und eine solche auch nicht haben könne. Das, was im Bestand sei, habe Niederschlag in den Plänen zu finden. Dies sei seine Forderung gewesen. Er habe dem Flughafen Wien vorgeschlagen, den Stand in der kommenden Planung zu berücksichtigen.

Die D*** habe von seiner Tätigkeit am Flughafen Wien gewusst, da man sich als Gesellschafter ab und dann treffe.

Auf Vorhalt der Vorsitzenden, dass laut K*** die Partner der Gesellschaft - wie auch G*** - im Gesamtverband der Gesellschaft dort zum Einsatz kommen würden, wo dies am günstigsten sei, zB als Projektleiter, erklärte G***, dass er als Projektleiter mangels Zeitbudgets nicht mehr tätig werden könne, wo es jedoch um die Strukturierung der Planung gehe, er im Rahmen seiner zeitlichen Möglichkeiten tätig werde.

Im Gespräch mit XX*** am 6.10.2009 habe ihn XX*** nach seinem Verhältnis zur D*** gefragt: Ob er Gesellschafter sei, habe er bejaht. Ob er Prokurist, Dienstnehmer oder Geschäftsführer sei, habe er verneint. Es sei gesprochen worden, welche Tätigkeiten er für die FWAG vornehme und inwiefern er für die D*** tätig sei, dies jedoch nicht im Detail und so, wie er zuvor zu Protokoll gegeben habe.

XX*** ergänzte, dass er G*** im Gespräch am 6.10.2009 gefragt habe, ob dieser über den Inhalt seiner Tätigkeit beim Flughafen Wien mit jemandem von der D*** gesprochen habe. G*** bestätigte dies und gab an, diese Frage verneint zu haben.

DI Kleiner wies G*** auf seine ruhende Befugnis hin und darauf, dass G*** dessen ungeachtet tätig werde.

Der Antragstellervertreter hielt fest, dass es, im Fall, dass es strukturelle Schnittstellenprobleme gegeben hätte, die G*** wahrzunehmen gehabt haben könnte, dies auch Auswirkungen auf die Ausführung gehabt hätte. G*** bejahte dies ("Dies kann sein").

Der Antragsteller (R***) merkte an, dass die ÖBA selbstverständlich etwas mit der Planprüfung zu tun habe. Dies schon auf Grund der Warnpflicht der ÖBA, die im Leistungsbild enthalten sei.

G*** hielt fest, dass er lediglich die Struktur der Ausführungspläne der Architekten geprüft habe und dass dies etwas anderes sei als bei der ÖBA zu tun sei.

In diesem Zusammenhang verwies R*** auf die Beantwortung des präsumtiven

Zuschlagsempfängers im Fachgespräch zu Q2 :"... Ausführungspläne, die

hereinkommen, würden in entsprechender Schärfe fachlich geprüft usw". Dies sei in der Bewertung ausdrücklich bewertet worden. In der Beantwortung des präsumtiven Zuschlagsempfängers seien die W+M-Pläne ausdrücklich erwähnt worden.

1. 2.Ziffer 2
   Rechtliche Beurteilung

A) Allgemeines:

1. a)Litera a
   Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist die Flughafen Wien Aktiengesellschaft. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens wurde vom Auftraggeber mit Euro 12.500.000,-- (exkl. USt) angegeben.

Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 iVm § 174 BVergG (prioritäre Dienstleistung gemäß Anhang III, Kategorie 12 BVergG) im Oberschwellenbereich (§ 180 BVergG).Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, in Verbindung mit Paragraph 174, BVergG (prioritäre Dienstleistung gemäß Anhang römisch drei, Kategorie 12 BVergG) im Oberschwellenbereich (Paragraph 180, BVergG).

Gemäß § 172 BVergG sind Sektorentätigkeiten Tätigkeiten zur Nutzung eines geografisch abgegrenzten Gebietes zum Zwecke der Bereitstellung von Flughäfen, Häfen und anderen Verkehrseinrichtungen.Gemäß Paragraph 172, BVergG sind Sektorentätigkeiten Tätigkeiten zur Nutzung eines geografisch abgegrenzten Gebietes zum Zwecke der

Bereitstellung von Flughäfen, Häfen und anderen Verkehrseinrichtungen.

Der Geschäftsgegenstand der Flughafen Wien Aktiengesellschaft ist der Betrieb des Flughafens Wien. Das gegenständliche Vergabevorhaben der Örtlichen Bauaufsicht für das Projekt Skylink dient der Tätigkeit des Flughafens Wien, sodass die Flughafen Wien Aktiengesellschaft als Sektorenauftraggeber nach § 163 iVm § 172 BVergG zu qualifizieren ist (vgl. BVA 11.8.2008, N/0075-BVA/07/2008-36; BVA 3.4.2007, N/0018-BVA/10/2007-29).Der Geschäftsgegenstand der Flughafen Wien Aktiengesellschaft ist der Betrieb des Flughafens Wien. Das gegenständliche Vergabevorhaben der Örtlichen Bauaufsicht für das Projekt Skylink dient der Tätigkeit des Flughafens Wien, sodass die Flughafen Wien Aktiengesellschaft als Sektorenauftraggeber nach Paragraph 163, in Verbindung mit Paragraph 172, BVergG zu qualifizieren ist vergleiche BVA 11.8.2008, N/0075-BVA/07/2008-36; BVA 3.4.2007, N/0018-BVA/10/2007-29).

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist gemäß § 2 Z 16 lit. a sub.lit. dd BVergG im Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des § 321 Abs.1 BVergG eingebracht und erfüllt die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 322 BVergG. [(zur Antragslegitimation siehe im folgenden unter b)].Die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sub.lit. dd BVergG im Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht und erfüllt die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Paragraph 322, BVergG. [(zur Antragslegitimation siehe im folgenden unter b)].

1. b)Litera b
   Zur Antragslegitimation des Antragstellers:

Der Auftraggeber bestreitet die Antragslegitimation des Antragstellers mit der Begründung, dass dieser mit seinem LAFO ein verschiedene Nachlässe beinhaltendes und somit ausschreibungswidriges, auszuscheidendes Angebot gelegt habe.

In der mündlichen Verhandlung ergänzte der Auftraggeber sein Vorbringen dahin gehend, dass die laut Teil C, Punkt 3.2.1, Abs. 2 der Ausschreibungsunterlagen gemäß der Aufstellung in Teil D mit dem Angebot verpflichtend abzugeben gewesene Anlage 1, "Kalkulationsgrundlagen", insofern unvollständig gewesen sei, als diese die Anzahl der Personentage und die Höhe der Stundensätze nicht enthalten habe. Der Antragsteller habe diese Angaben erst im Verhandlungsgespräch vom 22.10.2009 nachgereicht. Hierbei handle es sich um einen unbehebbaren Mangel.In der mündlichen Verhandlung ergänzte der Auftraggeber sein Vorbringen dahin gehend, dass die laut Teil C, Punkt 3.2.1, Absatz 2, der Ausschreibungsunterlagen gemäß der Aufstellung in Teil D mit dem Angebot verpflichtend abzugeben gewesene Anlage 1, "Kalkulationsgrundlagen", insofern unvollständig gewesen sei, als diese die Anzahl der Personentage und die Höhe der Stundensätze nicht enthalten habe. Der Antragsteller habe diese Angaben erst im Verhandlungsgespräch vom 22.10.2009 nachgereicht. Hierbei handle es sich um einen unbehebbaren Mangel.

Hiezu ist Folgendes auszuführen:

- -Strichaufzählung
  Zu allfälligen Nachlässen im LAFO des Antragstellers:

Der Antragsteller hat die Netto- und Bruttoangebotspreise in seinem LAFO in dem vom Auftraggeber vorgegebenen Formblatt D - wie die beiden anderen Bieter - wie vorgesehen eingetragen, ohne auf dem Auftraggebervordruck Ergänzungen oder Abänderungen vorgenommen zu haben. Schon das äußere Erscheinungsbild des Angebotes bietet somit keinen Anhaltspunkt, dass in dem im LAFO angegebenen Gesamtangebotspreis Nachlässe berücksichtigt worden sein sollten.

Nach dem nach der Judikatur auch für die Auslegung des Angebotes maßgeblichen objektiven Erklärungswert (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030 sowie BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44; BVA 9.6.2009, N/0040- BVA/14/2009-31 ua) sind die im LAFO des Antragstellers angegebenen (Brutto- und Netto)Gesamtangebotspreise somit grundsätzlich als Preise ohne Nachlässe zu verstehen.Nach dem nach der Judikatur auch für die Auslegung des Angebotes maßgeblichen objektiven Erklärungswert vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030 sowie BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44; BVA 9.6.2009, N/0040- BVA/14/2009-31 ua) sind die im LAFO des Antragstellers angegebenen (Brutto- und Netto)Gesamtangebotspreise somit grundsätzlich als Preise ohne Nachlässe zu verstehen.

Dies hat letztlich auch der Auftraggeber so gesehen, indem er nämlich in seiner Stellungnahme vom 7.12.2009 in bezug auf das LAFO des Antragstellers zutreffend festhält: "Im Teil D der Ausschreibungsunterlagen wurde der Preis ohne Berücksichtigung der Nachlässe eingetragen."

Auch durch das dem Angebot des Antragstellers vom 4.11.2009 angeschlossene Begleitschreiben ist daran keine Änderung eingetreten. Ein mit dem Angebot abgegebenes Begleitschreiben stellt nach der Judikatur zwar eine verbindliche Erklärung zum Angebot dar (vgl. in dem Sinne zB VwGH 29.5.2002, 2002/04/0023; BVA 10.7.2009, N/0058-BVA/10/2009-25).Auch durch das dem Angebot des Antragstellers vom 4.11.2009 angeschlossene Begleitschreiben ist daran keine Änderung eingetreten. Ein mit dem Angebot abgegebenes Begleitschreiben stellt nach der Judikatur zwar eine verbindliche Erklärung zum Angebot dar vergleiche in dem Sinne zB VwGH 29.5.2002, 2002/04/0023; BVA 10.7.2009, N/0058-BVA/10/2009-25).

Im Gegensatz zur Auffassung des Auftraggebers spricht jedoch gerade auch das dem Angebot des Antragstellers beigeschlossene Begleitscheiben für die Auslegung, dass in dem im LAFO angegebenen Angebotspreis die im Begleitschreiben angebotenen Nachlässe nicht enthalten sind. In seinem Begleitschreiben differenziert der Antragsteller nämlich schon in formaler und optischer Hinsicht klar zwischen seinen Ausführungen "Zu den Inhalten des LAFOS selbst" einerseits, vgl. Seite 2, und zwischen seinen Ausführungen zu möglichen Nachlässen andererseits, vgl. Seite 3 des Begleitschreibens. Bereits die äußere Gestaltung des Begleitschreibens weist demnach in die Richtung, dass es sich bei den im Begleitschreiben angebotenen Nachlässen um von den im Begleitschreiben zuvor an anderer Stelle, unter den "Inhalten des abgegebenen LAFOS selbst", behandelten Punkten verschiedene Inhalte handelt. Diese Sicht wird auch dadurch bestärkt, dass sich der Antragsteller bei den jeweils unter bestimmten Bedingungen angebotenen Nachlässen bei seinem an erster Stelle genannten Nachlass der Formulierung "auf das bisherige Angebot" (Anm.: Nämlich auf den in seinem LAFO, im Formblatt D angegebenen Gesamtpreis) bedient.Im Gegensatz zur Auffassung des Auftraggebers spricht jedoch gerade auch das dem Angebot des Antragstellers beigeschlossene Begleitscheiben für die Auslegung, dass in dem im LAFO angegebenen Angebotspreis die im Begleitschreiben angebotenen Nachlässe nicht enthalten sind. In seinem Begleitschreiben differenziert der Antragsteller nämlich schon in formaler und optischer Hinsicht klar zwischen seinen Ausführungen "Zu den Inhalten des LAFOS selbst" einerseits, vergleiche Seite 2, und zwischen seinen Ausführungen zu möglichen Nachlässen andererseits, vergleiche Seite 3 des Begleitschreibens. Bereits die äußere Gestaltung des Begleitschreibens weist demnach in die Richtung, dass es sich bei den im Begleitschreiben angebotenen Nachlässen um von den im Begleitschreiben zuvor an anderer Stelle, unter den "Inhalten des abgegebenen LAFOS selbst", behandelten Punkten verschiedene Inhalte handelt. Diese Sicht wird auch dadurch bestärkt, dass sich der Antragsteller bei den jeweils unter bestimmten Bedingungen angebotenen Nachlässen bei seinem an erster Stelle genannten Nachlass der Formulierung "auf das bisherige Angebot" Anmerkung, Nämlich auf den in seinem LAFO, im Formblatt D angegebenen Gesamtpreis) bedient.

Schließlich führen auch die dem Angebot des Antragstellers angeschlossenen Kalkulationsunterlagen samt Erläuterungen - entgegen der Ansicht des Auftraggebers - zu keiner abweichenden Beurteilung.

Im Gegenteil: Der in dem schon in optischer Hinsicht (in Form eines eigenen Kästchens) scharf von den übrigen Darstellungen der "Kalkulationsgrundlagen LAFO" abgegrenzten, mit "LAFO Angebotskalkulation" überschriebenen Block wiedergegebene (Netto)Gesamtpreis von Euro 14.620.060,88,-- stellt sich nämlich rechnerisch als genau jener Differenzpreis dar, der sich aus der Subtraktion der Summe der insgesamt vom Antragsteller im Begleitschreiben angebotenen Nachlässe in Höhe von Euro 933.195,38,-- von dem im LAFO (Formblatt D) angegebenen (Netto)Gesamtpreis von Euro 15.553.256,26,-- ergibt. Auch dies belegt, dass der Antragsteller mit seinem LAFO ein von den Ausführungen und Vorschlägen seines Begleitschreibens losgelöstes Angebot abgegeben hat und der im LAFO angegebene Gesamtangebotspreis sohin ohne diese Nachlässe zu verstehen ist.

Schlussfolgerung:

Der Antragsteller hat ein - keine Nachlässe beinhaltendes - LAFO und damit ein ausschreibungskonformes LAFO (mit einem Bruttoangebotspreis von Euro 18.663.907,51,--) gelegt. Die vom Antragsteller in seinem Begleitschreiben zum LAFO unabhängig davon und darüber hinaus unter bestimmten Bedingungen (vgl. "zu vereinbarenden Regelungen") zusätzlich angebotenen möglichen Nachlässe (vgl. den Wortlaut des Begleitschreibens "Möglichkeit, noch folgende Nachlässe anzubieten", sowie die weiteren Formulierungen wie "Soferne...kann ein weiterer Nachlass gegeben werden", "Bei...wird einDer Antragsteller hat ein - keine Nachlässe beinhaltendes - LAFO und damit ein

ausschreibungskonformes LAFO (mit einem Bruttoangebotspreis von Euro 18.663.907,51,--) gelegt. Die vom Antragsteller in seinem Begleitschreiben zum LAFO unabhängig davon und darüber hinaus unter bestimmten Bedingungen vergleiche "zu vereinbarenden Regelungen") zusätzlich angebotenen möglichen Nachlässe vergleiche den Wortlaut des Begleitschreibens "Möglichkeit, noch folgende Nachlässe anzubieten", sowie die weiteren Formulierungen wie "Soferne...kann ein weiterer Nachlass gegeben werden", "Bei...wird ein

Skontobetrag von... angeboten" etc), vermögen an der

Ausschreibungskonformität des gelegten LAFOs nichts zu ändern.

In Wahrheit hatte wohl der Auftraggeber mit der Deutung des im LAFO des Antragstellers angegebenen Gesamtpreises - jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Konfrontation mit einem Nachprüfungsantrag - offensichtlich ohnehin kein Problem; auch nicht damit, was die nunmehr vom Auftraggeber behauptete mangelnde Vergleichbarkeit des LAFOs des Antragstellers betrifft. Der Auftraggeber hat das LAFO des Antragstellers nämlich zutreffender Weise - seinem oben dargestellten objektiven Erklärungswert entsprechend - als ein, keine Nachlässe beinhaltendes, Angebot aufgefasst, das LAFO des Antragstellers auch als solches behandelt und an keiner Stelle des Vergabeaktes allfällige diesbezügliche Zweifel festgehalten. Hievon zeugt schon, dass er den im Formblatt D des LAFOs des Antragstellers angegebenen Gesamtangebotspreis - so wie die im Formblatt D der LAFOs der beiden anderen Bieter angegebenen Gesamtangebotspreise - in seinen "LAFO-Preisspiegel" gestellt und damit zur Angebotsbewertung ausschließlich diesen LAFO-Gesamtpreis des Antragstellers herangezogen hat. Dies hat der Auftraggeber (N***) in der mündlichen Verhandlung sogar ausdrücklich bestätigt.

- -Strichaufzählung
  Zur mit dem Erstangebot des Antragstellers unvollständig übermittelten Anlage 1 (Kalkulationsgrundlagen):

Auch das Vorbringen, dass bereits das Erstangebot des Antragstellers infolge der als unbehebbarer Mangel zu qualifzierenden, unvollständig angeschlossenen Anlage 1, Kalkulationsgrundlagen, auszuscheiden gewesen wäre, geht ins Leere.

In der Tabelle "Erstangebot Honorar", Teil D der Ausschreibungsunterlagen für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens, waren bei den einzelnen Leistungen in der Spalte "Honorar (in Euro)" jeweils der Eurobetrag und in der Spalte links daneben "Fixhonorarprozentsatz" der entsprechende Fixhonorarprozentsatz dazu anzugeben.

Der in der Ausschreibungsunterlage in der Tabelle "Erstangebot Honorar" ausgewiesene Gesamtpreis wird dort ausdrücklich als "Gesamtpreis der angebotenen Leistungen inkl. Nebenkosten" bezeichnet. In die Fixprozentsätze der einzelnen Leistungen sind sämtliche zur Vertragserfüllung erforderlichen Nebenleistungen einzukalkulieren. Mit dem Pauschalhonorar sind sämtliche im Fall der Auftragserteilung aufgrund der vorliegenden Ausschreibungsunterlagen zu erbringenden Leistungen sowie die damit im Zusammenhang stehenden Nebenleistungen abgegolten (siehe hiezu Seite 9, Teil D der Ausschreibungsunterlagen für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens).

Der im Formular "Erstangebot Honorar" anzugebende, sich als Gesamtpreis inkl. aller Nebenleistungen und Nebenkosten zu verstehende Angebotspreis so wie die den einzelnen Leistungen jeweils zuzuordnenden Fixhonorarprozentsätze, stehen mit der Nennung des im abgegebenen Erstangebot ausgewiesenen (Gesamt)angebotspreises somit fest.

Wenn nun auch bei den für sämtliche Fixhonorarprozentsätze der einzelnen Leistungen als Anlage 1 abzugebenden Kalkulationsgrundlagen (vgl. Pkt. 3.2.1, Abs. 2, Teil C der Ausschreibungsunterlagen) im Angebot des Antragstellers in der Anlage 1 die Angabe der Anzahl der Personentage und die Höhe der Stundensätze gefehlt haben mag, so kann durch eine nachträgliche Vervollständigung dieser Unterlage am Angebot (weder am Leistungsinhalt noch am Preis) keine Änderung eintreten.Wenn nun auch bei den für sämtliche Fixhonorarprozentsätze der einzelnen Leistungen als Anlage 1 abzugebenden Kalkulationsgrundlagen vergleiche Pkt. 3.2.1, Absatz 2,, Teil C der Ausschreibungsunterlagen) im Angebot des Antragstellers in der Anlage 1 die Angabe der Anzahl der Personentage und die Höhe der Stundensätze gefehlt haben mag, so kann durch eine nachträgliche Vervollständigung dieser Unterlage am Angebot (weder am Leistungsinhalt noch am Preis) keine Änderung eintreten.

Nach der ständigen Judikatur des VwGH (vgl. VwGH 25.2.2004,2003/04/0186 und dieser folgend des BVA; zB BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32 uva) sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung von

behebbaren und unbehebbaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert wird. Durch das Nachreichen der genannten Angaben seitens des Antragstellers kann im Sinne der wiedergegebenen Judikatur keine Verbesserung seiner Wettbewerbsposition eintreten. Demnach liegt ein behebbarer Mangel vor, der mit der "aus eigenem" und unaufgefordert erfolgten Nachreichung dieser Angaben durch den Antragsteller im Verhandlungsgespräch am 22.10.2009 jedenfalls behoben war.Nach der ständigen Judikatur des VwGH vergleiche VwGH 25.2.2004,2003/04/0186 und dieser folgend des BVA; zB BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32 uva) sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung von behebbaren und unbehebbaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert wird. Durch das Nachreichen der genannten Angaben seitens des Antragstellers kann im Sinne der wiedergegebenen Judikatur keine Verbesserung seiner Wettbewerbsposition eintreten. Demnach liegt ein behebbarer Mangel vor, der mit der "aus eigenem" und unaufgefordert erfolgten Nachreichung dieser Angaben durch den Antragsteller im Verhandlungsgespräch am 22.10.2009 jedenfalls behoben war.

Die Behauptungen des Auftraggebers zur mangelnden Antragslegitimation des Antragstellers erweisen sich sohin als reine Schutzbehauptungen. Die Antragslegitimation des Antragsstellers ist gegeben.

B. Zu den Anträgen im Einzelnen:

1. a)Litera a
   Zu Spruchpunkt I:

Gemäß § 322 Abs 1 Z 7 BVergG hat ein Nachprüfungsantrag einen Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung zu enthalten. Ein wie hier allgemein gehaltenes Begehren auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens stellt kein zulässiges Nachprüfungsbegehren dar.Gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat ein Nachprüfungsantrag einen Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung zu enthalten. Ein wie hier allgemein gehaltenes Begehren auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens stellt kein zulässiges Nachprüfungsbegehren dar.

1. b)Litera b
   Zu Spruchpunkt II:

- -Strichaufzählung
  Einleitende Bemerkungen:

Das Angebot der L*** ("Consultingleistungen im Bereich der bauherrenseitigen Planungsbegleitung zusammen mit HT-Team") an die FWAG datiert vom 23.6.2009. Die Annahme des Angebotes der L*** durch die FWAG erfolgte mit vom 9.7.2009 datierendem Schreiben ("Hiermit beauftragen wir Sie mit der Leistung 'bauherrenseitigen Planungsbegleitung und Beratung' gemeinsam mit dem Haustechnikberatungsteam für das Bauvorhaben Skylink, Terminalerweiterung Nord-Ost am Flughafen Wien").

In diesem Zusammenhang fällt zunächst auf, dass zwischen der von der FWAG beauftragten L*** und der D*** eine gewisse Verbindung besteht. Die beiden Gesellschaften weisen nicht nur denselben Bürostandort (nämlich XXX), auf, sondern arbeiten, wie der Geschäftsführer der D*** (K***) in der mündlichen Verhandlung bestätigte und der Homepage der L*** zu entnehmen ist, immer wieder in Projekten von durchaus erheblichem Umfang, insbesondere im Krankenhausbau, zusammen.In diesem Zusammenhang fällt zunächst auf, dass zwischen der von der FWAG beauftragten L*** und der D*** eine gewisse Verbindung besteht. Die beiden Gesellschaften weisen nicht nur denselben Bürostandort (nämlich römisch 30), auf, sondern arbeiten, wie der Geschäftsführer der D*** (K***) in der mündlichen Verhandlung bestätigte und der Homepage der L*** zu entnehmen ist, immer wieder in Projekten von durchaus erheblichem Umfang, insbesondere im Krankenhausbau, zusammen.

Der am 9.7.2009 von der FWAG an die L*** erteilte Auftrag soll sodann in Folge Zeitmangels von M***, den Auftrag selbst auszuführen, im Einvernehmen mit der FWAG von der L*** als Subauftrag an G*** weiter gegeben worden sein.

G*** war nach eigener glaubwürdiger Aussage seit ca. Mitte/Ende Juni 2009 am Flughafen Wien mit Planprüfungsarbeiten für das Projekt Skylink tätig. Dies stimmt zeitlich damit überein, dass er sein Anbot an die L*** über die Erbringung von Leistungen zur "Unterstützung Bauherr bei Planungsabstimmungen" bereits am 10.6.2009

gelegt hat.

Dies bedeutet aber, dass G*** bereits zu einem Zeitpunkt für die FWAG vor Ort tätig war, zu dem nicht nur noch kein Vertrag zwischen der FWAG und der L*** abgeschlossen worden war, sondern die L*** möglicherweise noch nicht einmal ein Angebot an die FWAG gelegt hatte. In Ermangelung eines Hauptvertrages zwischen der FWAG und der L*** kann aber zum maßgeblichen Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit durch G*** bei der FWAG infolgedessen auch kein Subvertrag zwischen der L*** und G*** über die Weitergabe dieser Leistungen zustande gekommen sein.

Die Qualifizierung der Tätigkeiten des G*** für die FWAG als in Subunternehmerstellung zur L*** erbrachte Leistungen müsste eine rechtlich denkunmögliche Auftragsweitergabe an G*** zu einem Zeitpunkt annehmen, zu dem die L*** noch nicht einmal selbst den Auftrag erhalten hatte. Weiters folgt daraus, dass M*** bereits vor Annahme des Auftrages oder sogar schon im Zeitpunkt der Legung eines Angebotes durch die L*** an die FWAG oder noch früher - somit von allem Anfang an - gewusst haben muss, dass er für die Auftragsausführung keine Zeit haben werde und in dieser Sache niemals selbst, sondern ausschließlich G*** tätig werden würde. Ein Indiz für die Richtigkeit dieser Tatsache ist darin zu sehen, dass G*** sein Angebot an die L*** bereits am 10.6.2009 gelegt hat.

Dann aber erhebt sich die Frage, weshalb dann am 9.7.2009 überhaupt noch ein Vertrag zwischen der FWAG und der L*** abgeschlossen wurde. Zu einem Zeitpunkt also, zu dem G*** bereits für die FWAG tatsächlich vor Ort tätig war und die FWAG dessen Leistungen auch bewusst - nicht zuletzt durch Zurverfügungstellung eines eigenen Büros an G*** zu diesem Zweck - angenommen hatte.

Die dargestellten zeitlichen Unstimmigkeiten lassen den jedenfalls nicht unbegründeten Verdacht aufkommen, dass die Konstruktion eines Vertragsabschlusses zwischen der FWAG und der L*** nur zum Schein gewählt worden sein könnte, in Wahrheit jedoch von vornherein und ausschließlich G*** in dieser Angelegenheit tätig werden sollte. In dieses Bild passt auch, dass der Auftraggeber (O***) in der mündlichen Verhandlung nur äußerst vage Angaben zur - vermeintlichen - Auftragsweitergabe von der L*** an G*** machen konnte. Nicht nur, dass die Auftragsweitergabe von der L*** an G*** zwischen der FWAG und M*** lediglich in einem Telefonat besprochen worden sein soll, soll dabei nicht einmal die konkrete Person des Subauftragnehmers G*** benannt worden sein, zumal es dem Auftraggeber auf die Person des tatsächlich Ausführenden gar nicht angekommen sein will.

Letztlich braucht der Frage, ob und zwischen wem welche zivilrechtlich gültigen Vertragsverhältnisse zustande gekommen sind, wie auch der Frage, von wem und an wen tatsächlich Honarzahlungen geleistet wurden, aber nicht weiter nachgegangen zu werden, da feststeht, dass in diesem Projekt nur G*** und nicht die L*** für die FWAG tätig geworden ist (vgl. mündliche Verhandlung O***: "Er sei von M*** telefonisch kontaktiert worden, dass er den Auftrag aus Zeitmangel nicht durchführen könne ..." sowie G***: "M*** habe ihn telefonisch angesprochen, ob er für dieses Projekt tätig werden könne, da er selbst keine Zeit habe").Letztlich braucht der Frage, ob und zwischen wem welche zivilrechtlich gültigen Vertragsverhältnisse zustande gekommen sind, wie auch der Frage, von wem und an wen tatsächlich Honarzahlungen geleistet wurden, aber nicht weiter nachgegangen zu werden, da feststeht, dass in diesem Projekt nur G*** und nicht die L*** für die FWAG tätig geworden ist vergleiche mündliche Verhandlung O***: "Er sei von M*** telefonisch kontaktiert worden, dass er den Auftrag aus Zeitmangel nicht durchführen könne ..." sowie G***: "M*** habe ihn telefonisch angesprochen, ob er für dieses Projekt tätig werden könne, da er selbst keine Zeit habe").

- -Strichaufzählung
  Tätigkeiten des G*** für die FWAG und deren Berührungspunkte mit der ÖBA:

Außer Streit steht, dass G*** im Bereich der Ausführungsplanung für das Projekt Skylink Beratungs- und Planprüfungsleistungen für die FWAG erbracht hat, die selbst im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung (19.11.2009) und selbst noch im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 22.12.2009, noch nicht abgeschlossen waren (vgl. N*** in der mündlichen Verhandlung, wonach die Tätigkeit des G*** jedenfalls mit Jahresende auslaufe, sowie G***, wonach es von der FWAG abhänge, wie lange er noch für dieses Projekt tätig sein werde).Außer Streit steht, dass G*** im Bereich der Ausführungsplanung für das Projekt Skylink Beratungs- und Planprüfungsleistungen für die FWAG erbracht hat, die selbst im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung (19.11.2009) und selbst noch im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 22.12.2009, noch nicht abgeschlossen waren vergleiche N*** in der mündlichen Verhandlung, wonach die Tätigkeit des G*** jedenfalls mit Jahresende auslaufe, sowie G***, wonach es von der FWAG abhänge, wie lange er noch für dieses Projekt tätig sein werde).

G*** obliegt dabei die Prüfung von Art und Gliederungsstruktur der Ausführungsplanung sowie die Prüfung der Arbeitsweise der Architekten und die Erstattung von Verbesserungsvorschlägen mit dem Ziel, einen einheitlichen integrierten Ausführungsplan zu erhalten, der die Grundlage für die Erstellung der M+W-Planung der auftragsausführenden Firmen bildet.

In völligem Einklang damit steht auch die Schilderung des Zeugen G***, dass er im Hinblick auf die Planungsstruktur und -qualität tätig sei: Er überprüfe, ob die Struktur der Pläne (die Planung) geeignet sei, um für die Ausführung geeignete Ausführungspläne zu erstellen, die die Grundlage für die M+W-Pläne der ausführenden Firmen darstellen würden.

Wie der Auftraggeber (N***) in der mündlichen Verhandlung erläuterte, gelangt dieser einheitliche Ausführungsplan dann bereits "freigegeben" an die ÖBA ("die Ausführungspläne würden schon freigegeben zur ÖBA gelangen") und wird dann von der ÖBA an die auftragsausführenden Firmen für deren M+W-Planerstellung weitergeleitet (siehe auch VIE-Skylink, Terminalerweiterung Nord-Ost, Projekthandbuch-NEU, Stand 31.7.2009 unter "Planungskontrolle, Planprüfung und Planverteilung").

G*** ist, wie aus der Leistungsbeschreibung des Angebotes der L*** an die FWAG vom 23.6.2009 hervorgeht (vgl. Punkt 2.6, "Prüfung der Planunterlagen und Mitwirkung bei der Freigabe und Vidierung"), im Übrigen offenbar auch mit der Freigabe der Planunterlagen befasst gewesen.G*** ist, wie aus der Leistungsbeschreibung des Angebotes der L*** an die FWAG vom 23.6.2009 hervorgeht vergleiche Punkt 2.6, "Prüfung der Planunterlagen und Mitwirkung bei der Freigabe und Vidierung"), im Übrigen offenbar auch mit der Freigabe der Planunterlagen befasst gewesen.

Gegenstand und Aufgabe der im konkreten Vergabeverfahren zu vergebenden ÖBA ist es nun unter anderem, die von den ausführenden Firmen erstellten M+W-Pläne auf ihre Übereinstimmung mit den Ausführungsplänen sowie das "Gebaute" auf seine Übereinstimmung mit den Ausführungsplänen und den M+W-Plänen zu überprüfen.

Dies wurde in der mündlichen Verhandlung einhellig festgehalten und deckt

sich auch mit dem in Punkt 1.1, Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, Teil

A der Teilnahmeantragsunterlagen unter Verweis auf das Leistungsbild der

Honorarordnung der Architekten HOA, Stand 1.12.2004, festgelegten

Gegenstand des Vergabeverfahrens (vgl. § 5 Örtliche Bauaufsicht, Abs. 1 der

HOA 2002, Stand 1.12.2004, worin u.a. die örtliche Überwachung der

Herstellung des Werkes ... mit exemplarisch angeführten Teilleistungen, wie

insbesondere der Überwachung auf Übereinstimmung mit den Plänen,

Leistungsverzeichnissen .... angeführt werden).

Auch in dem in Teil C der Ausschreibungsunterlagen der Verfahrensregeln für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens ausdrücklich zum Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen erklärten, bereits erwähnten VIE-Skylink Projekthandbuch-NEU wird unter Punkt XII, "Örtliche Bauaufsicht", die Planprüfung ausdrücklich genannt. N*** ergänzte hierzu in der mündlichen Verhandlung, dass hierunter die M+W-Pläne zu verstehen sein sollen.Auch in dem in Teil C der Ausschreibungsunterlagen der Verfahrensregeln für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens ausdrücklich zum Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen erklärten, bereits erwähnten VIE-Skylink Projekthandbuch-NEU wird unter Punkt römisch zwölf, "Örtliche Bauaufsicht", die Planprüfung ausdrücklich genannt. N*** ergänzte hierzu in der mündlichen Verhandlung, dass hierunter die M+W-Pläne zu verstehen sein sollen.

Die Planprüfung ist somit jedenfalls Bestandteil der ÖBA. Unverständlich ist es daher, worauf der präsumtive Zuschlagsempfänger in seinem Schriftsatz vom 21.12.2009 die Behauptung stützt, dass die Planprüfung ausdrücklich nicht Gegenstand des Leistungsumfanges der ÖBA sei.

G*** war somit in den Entstehungsprozess jener Planungsstrukturen, die den Auftragsausführenden als Grundlage für die Erstellung ihrer M+W-Pläne dienen und deren Einhaltung durch die Auftragsausführenden im Zuge der ÖBA überwacht wird, maßgeblich eingebunden.

Damit liegt aber auf der Hand, dass die Tätigkeit des G*** für die FWAG inhaltliche Berührungspunkte mit der hier zu vergebenden ÖBA aufweist.

So hat der Auftraggeber selbst am Bestehen eines Zusammenhanges zwischen den Planprüfungstätigkeiten des G*** und der zur Vergabe gelangenden ÖBA keinen Zweifel gelassen und diesen vielmehr sogar ausdrücklich bestätigt:

"Zweifellos hat G*** aus seiner Planprüfungstätigkeit wichtige Erkenntnisse über den Planungsprozess und allfällige Schwachstellen in diesem Planungsprozess gewonnen. Diese Erkenntnisse erscheinen durchaus geeignet zu sein, einem Bieter einen Wissensvorsprung sowohl für die Kalkulation seines Angebotes als auch für die Beantwortung der Fragen im Rahmen des Fachgespräches zu ermöglichen"; (siehe Seite 4 des Auftraggeberschriftsatzes vom 7.12.2009).

Von wesentlicher Bedeutung für die konkret zur Vergabe gelangende ÖBA ist nun insbesondere, dass hierbei ein unfertiges Bauvorhaben fortzuführen ist. Diesen Aspekt und dessen besondere Bedeutung hat der Auftraggeber in den zum Zweck der Bewertung der Qualitätskriterien mit den Bietern geführten Fachgesprächen ausdrücklich betont (vgl. unter "Aufgaben für das gesamte ÖBA-Team (Q1)" in den Detailprotokollen der Fachgespräche mit den Bietern:Von wesentlicher Bedeutung für die konkret zur Vergabe gelangende ÖBA ist nun insbesondere, dass hierbei ein unfertiges Bauvorhaben fortzuführen ist. Diesen Aspekt und dessen besondere Bedeutung hat der Auftraggeber in den zum Zweck der Bewertung der Qualitätskriterien mit den Bietern geführten Fachgesprächen ausdrücklich betont vergleiche unter "Aufgaben für das gesamte ÖBA-Team (Q1)" in den Detailprotokollen der Fachgespräche mit den Bietern:

"Die örtliche Bauaufsicht beim gegenständlichen Projekt hat ein unfertiges Bauvorhaben fortzuführen. Erläutern Sie Ihre geplante Vorgangsweise exemplarisch für den vorliegenden Bauabschnitt zur schnellstmöglichen Aufnahme der Bautätigkeiten unter der besonderen Randbedingung, dass es sich um ein Bauen im Bestand handelt...").

Was diesen hier speziell zu beachtenden Aspekt des "Bauens im Bestand" betrifft, hat der Auftraggeber (O***) in der mündlichen Verhandlung insbesondere die Rolle der sog. Nullung - "als Feststellung bzw. Erhebung des Ist-Zustandes bzw. Ist- Bestandes"- hervorgehoben. Diese Erhebung des Ist-Bestandes erfolgt - so O*** weiter - durch eine gerichtliche Beweissicherung sowie durch die Anfertigung neuer Bestandspläne.

Dass aber die Nullung für die Fortführung des Bauvorhabens von wesentlicher Bedeutung und gleichzeitig damit dementsprechend auch für die durchzuführende ÖBA von Bedeutung ist, wurde schließlich in der mündlichen Verhandlung von allen Beteiligen festgehalten.

G*** hat nun gerade am - auf der Ist-Bestandsplanung unter Aufdeckung und Beseitigung bestehender struktureller Schwächen aufbauenden - Zustandekommen der neuen Bestandspläne wesentlich mitgewirkt. So hat G*** gar nicht in Abrede gestellt, dass er im Zuge seiner Tätigkeit allenfalls vorhandene strukturelle Schnittstellenprobleme wahrzunehmen gehabt haben könnte, was wiederum Auswirkungen auf die Ausführung selbst gehabt hätte (vgl. G***: "Dies kann sein"). Vgl. auch Auftraggeber: "Zweifellos hat G*** aus seiner Planprüfungstätigkeit wichtige Erkenntnisse über den Planungsprozess und allfällige Schwachstellen in diesem Planungsprozess gewonnen".G*** hat nun gerade am - auf der Ist-Bestandsplanung unter Aufdeckung und Beseitigung bestehender struktureller Schwächen aufbauenden - Zustandekommen der neuen Bestandspläne wesentlich mitgewirkt. So hat G*** gar nicht in Abrede gestellt, dass er im Zuge seiner Tätigkeit allenfalls vorhandene strukturelle Schnittstellenprobleme wahrzunehmen gehabt haben könnte, was wiederum Auswirkungen auf die Ausführung selbst gehabt hätte vergleiche G***: "Dies kann sein"). Vgl. auch Auftraggeber: "Zweifellos hat G*** aus seiner Planprüfungstätigkeit wichtige Erkenntnisse über den Planungsprozess und allfällige Schwachstellen in diesem Planungsprozess gewonnen".

Dass die Tätigkeit des G***, die unter anderem im Erkennen und in der Ausräumung bestehender struktureller Schwachstellen der Ist-Bestandsplanung besteht, notwendiger Weise eine entsprechende Kenntnis dieses Ist-Standes ("der Nullung") voraussetzt - bzw. ohne eine solche gar nicht denkbar ist - versteht sich von selbst.

Bezeichnender Weise hat G*** dem Vorhalt des fachkundigen Senatsmitgliedes DI Kleiner, dass er Kenntnis über den bis zur "Nullung" verwirklichten Realisierungsstand habe, bloß entgegengesetzt, dass er allerdings keine flächendeckende Kenntnis der Pläne habe und dem Auftraggeber gegenüber nur die grundsätzliche Forderung erhoben haben will, "dass das, was im Bestand sei, in der Planung Niederschlag finden solle".

Wenn auch G*** durch diese Aussage wohl seinen vorhandenen Kenntnisstand in Bezug auf die "Nullung" abzuschwächen versucht hat, so hat er damit grundsätzlich doch zugestanden, dass er tatsächlich über eine entsprechende Kenntnis verfügt hat. Dies gibt er auch mit der von ihm selbst vorgenommenen Umschreibung seiner

Tätigkeit für die FWAG als "Überprüfung der Struktur der Planung auf ihre Eignung, Grundlage für die Erstellung von Ausführungsplänen zu bilden", zu erkennen.

Mit der Beschäftigung des G*** bei der FWAG geht ein Wissens- bzw. Informationsvorsprung einher, der, wie auch der Auftraggeber außer Streit gestellt hat, durchaus geeignet ist, einem Bieter im nunmehr verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren der ÖBA einen Vorteil bei der Fragenbeantwortung im für die Angebotsbewertung maßgeblichen Fachgespräch, wie auch bei der Angebotskalkulation, zu verschaffen.

- -Strichaufzählung
  Zurechenbarkeit der Tätigkeiten des G*** für die FWAG zur D***:

Gemäß Punkt 1.15, Abs. 2, Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, Teil A der Teilnahmeantragsunterlagen ("Unvereinbarkeiten..."), sind Unternehmer, die in der Vergangenheit beim Projekt Skylink in verantwortlichen Funktionen tätig waren (ÖBA, Projektsteuerung, Begleitende Kontrolle), aufgrund ihres spezifischen Wissensvorsprungs von der Teilnahme an diesem Vergabeverfahren ausgeschlossen.Gemäß Punkt 1.15, Absatz 2,, Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, Teil A der Teilnahmeantragsunterlagen ("Unvereinbarkeiten..."), sind Unternehmer, die in der Vergangenheit beim Projekt Skylink in verantwortlichen Funktionen tätig waren (ÖBA, Projektsteuerung, Begleitende Kontrolle), aufgrund ihres spezifischen Wissensvorsprungs von der Teilnahme an diesem Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Es ist daher zu beurteilen, ob die Tätigkeit des G*** für die FWAG in inhaltlicher Hinsicht unter den zit. Unvereinbarkeitstatbestand der Ausschreibung zu subsumieren ist, und, bejahendenfalls, ob diese Tätigkeit der D*** zurechenbar ist.

Zunächst besteht kein Zweifel daran, dass die in Rede stehende Planprüfungs- und Beratungstätigkeit des G*** von ihrer Bedeutung her gesehen, den in der demonstrativen Aufzählung der Ausschreibungsbestimmung genannten, zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führenden verantwortlichen Funktionen entspricht.

Die Planprüfungs- und Beratungstätigkeit des G*** ist der D***, wie im Folgenden ausgeführt wird, aber auch zurechenbar:

Die zit. Ausschreibungsbestimmung bezweckt die Gewährleistung der Einhaltung der allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze, insbesondere des Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatzes, die in § 187 Abs. 1 BVergG auch für den Sektorenbereich uneingeschränkt anwendbar erklärt werden. Ihrer Zielsetzung entsprechend, ist diese Ausschreibungsbestimmung tendenziell weit auszulegen.Die zit. Ausschreibungsbestimmung bezweckt die Gewährleistung der Einhaltung der allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze, insbesondere des Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatzes, die in Paragraph 187, Absatz eins, BVergG auch für den Sektorenbereich uneingeschränkt anwendbar erklärt werden. Ihrer Zielsetzung entsprechend, ist diese Ausschreibungsbestimmung tendenziell weit auszulegen.

Für die gebotene extensive Auslegung, insbesondere des Begriffes von - "in der Vergangenheit beim Projekt Skylink in verantwortlichen Funktionen tätig gewesenen Unternehmern" spricht u.a. auch der gesetzliche Ausschlusstatbestand "vorarbeitender Unternehmer" des § 20 Abs. 5 BVergG. Darin werden Unternehmer, die an der Erarbeitung von Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar - oder auch nur mittelbar - beteiligt waren, unter bestimmten Voraussetzungen von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen. Der Gesetzgeber stuft also dort, wo durch einschlägige Tätigkeiten im Vorfeld eines Vergabeverfahrens der Wettbewerbsgrundsatz tangiert wird, grundsätzlich bereits eine bloß mittelbare Beteiligung eines Unternehmers an einer solchen Tätigkeit als problematisch ein.Für die gebotene extensive Auslegung, insbesondere des Begriffes von - "in der Vergangenheit beim Projekt Skylink in verantwortlichen Funktionen tätig gewesenen Unternehmern" spricht u.a. auch der gesetzliche Ausschlusstatbestand "vorarbeitender Unternehmer" des Paragraph 20, Absatz 5, BVergG. Darin werden Unternehmer, die an der Erarbeitung von Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar - oder auch nur mittelbar - beteiligt waren, unter bestimmten Voraussetzungen von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen. Der Gesetzgeber stuft also dort, wo durch einschlägige Tätigkeiten im Vorfeld eines Vergabeverfahrens der Wettbewerbsgrundsatz tangiert wird, grundsätzlich bereits eine bloß mittelbare Beteiligung eines Unternehmers an einer solchen Tätigkeit als problematisch ein.

G*** ist Architekt mit Büros in Graz und Klagenfurt, hat seine Ziviltechnikerbefugnis allerdings mit Wirksamkeit

25.7.2003 ruhend gestellt (siehe auch das Schreiben der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Steiermark und Kärnten an das Bundesvergabeamt vom 14.12.2009; vgl. weiters § 17 Abs. 6 ZTG 1993).G*** ist Architekt mit Büros in Graz und Klagenfurt, hat seine Ziviltechnikerbefugnis allerdings mit Wirksamkeit 25.7.2003 ruhend gestellt (siehe auch das Schreiben der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Steiermark und Kärnten an das Bundesvergabeamt vom 14.12.2009; vergleiche weiters Paragraph 17, Absatz 6, ZTG 1993).

Gemäß § 17 Abs. 7 ZTG 1993 sind Ziviltechniker während des Ruhens der Befugnis zur Erbringung oder zum Anbieten von Ziviltechnikerleistungen (§ 4 Abs. 1 und 2 ZTG 1993) nicht berechtigt.Gemäß Paragraph 17, Absatz 7, ZTG 1993 sind Ziviltechniker während des Ruhens der Befugnis zur Erbringung oder zum Anbieten von Ziviltechnikerleistungen (Paragraph 4, Absatz eins und 2 ZTG 1993) nicht berechtigt.

An der D*** ist G*** als Gesellschafter mit einem Anteil von 10% am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt. Neben G*** hat die D*** noch zwei weitere, ebenfalls mit 10% am Stammkapital der Gesellschaft beteiligte Gesellschafter (P*** und Q***). Geschäftsführende (und jeweils alleinvertretungsbefugte) Gesellschafter der D*** sind J*** und K*** (siehe Firmenbuchauszug FN XXX sowie Punkt 8 des am 19.2.2008 neu gefassten Gesellschaftsvertrages der D***).An der D*** ist G*** als Gesellschafter mit einem Anteil von 10% am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt. Neben G*** hat die D*** noch zwei weitere, ebenfalls mit 10% am Stammkapital der Gesellschaft beteiligte Gesellschafter (P*** und Q***). Geschäftsführende (und jeweils alleinvertretungsbefugte) Gesellschafter der D*** sind J*** und K*** (siehe Firmenbuchauszug FN römisch 30 sowie Punkt 8 des am 19.2.2008 neu gefassten Gesellschaftsvertrages der D***).

Seit Februar 2008 ist G*** - wie auch die Gesellschafter P*** und Q*** - Partner der D***. Dies ist nicht nur der Homepage der D*** zu entnehmen, worauf es auf der Website unter "Practice Profile" lautet: "Die langjährigen, führenden Mitarbeiter, die Architekten G***, P*** und Q***, wurden im Februar 2008 zu Partnern und verstärken seitdem die D***"; siehe ebenso die Homepage des J*** Architekturbüros: "Seit Februar 2008 wird die D*** durch langjährige, führende Mitarbeiter und Partner, die Architekten G***, P*** und Q***, verstärkt", sondern wurde auch vom Geschäftsführer der D***, K*** in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt.

G*** wird auf der genannten Website der Homepage der D***, wie auch auf den anderen Websites der Homepage der Gesellschaft, zudem in der Rubrik "Directors and Associates" geführt.

In der mündlichen Verhandlung bezeichnete K*** die drei Gesellschafter als strategische Partner der Gesellschaft, die als solche als Architekten für die Gesellschaft tätig werden.

Konkret zur Stellung des G*** als Partner der Gesellschaft seit Februar 2008 führte K*** aus, dass darunter zu verstehen ist, dass G*** in Projekten für die D***, etwa als Gesamtprojektleiter, tätig wird. Auftragnehmer ist jeweils die Gesellschaft und diese verfügt (über ihre beiden Geschäftsführer K*** und T***) auch über die Befugnis, während G*** dabei lediglich für die Gesellschaft tätig wird.

Zur Verwendung der Begriffe "Director" und "Associate" im Zusammenhang mit G*** auf den Internetseiten der Gesellschaft erklärte K*** abermals, dass dies bedeutet, dass G*** bei verschiedenen Projekten der Gesellschaft als Projektleiter fungiert.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die drei strategischen Partner der Gesellschaft - einschließlich G*** - im Gesamtverband der Gesellschaft jeweils dort zum Einsatz kommen, "wo dies am günstigsten ist". Diese Umschreibung der Rolle der drei Partner der Gesellschaft durch die Vorsitzende wurde von K*** in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen zur Kenntnis genommen.

Die wiederholte - sich mit der Präsentation des G*** auf den Internetseiten der D*** deckende - Darstellung von Funktion und Tätigkeit des G*** für die D*** als Partner der Gesellschaft durch K*** macht deutlich, dass G*** im Gefüge der Gesellschaft keineswegs nur eine auf die Rolle eines bloßen Minderheitengesellschafters beschränkte Stellung ohne jeglichen Einfluss auf die Gesellschaft zukommt, wie Auftraggeber und präsumtiver Zuschlagsempfänger vermitteln wollen. G*** ist vielmehr ein langjähriger und führender Mitarbeiter der Gesellschaft. Bis vor nicht allzu langer Zeit (laut K*** bis Ende 2007) war G*** an der Wiener Niederlassung der D***, einem Bürostandort der Gesellschaft mit immerhin 26 Mitarbeitern, sogar Büroleiter und wird im Übrigen auf der Website "XXX" der Homepage der D**** nach wie vor (jedenfalls noch im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung) als "Director" ausgewiesen.

Auf ihrer Homepage hat die D*** unter XXX zum Zweck der Präsentation des Profils des G*** sogar eine eigene Website eingerichtet.Auf ihrer Homepage hat die D*** unter römisch 30 zum Zweck der Präsentation des Profils des G*** sogar eine eigene Website eingerichtet.

Durch die Aufnahme des G*** als strategischer Partner der D*** im Februar 2008 wurde die - schon bisher sicherlich nicht als unbedeutend einzustufende, sich lediglich in einer Stammkapitalbeteiligung von 10 % am Gesellschaftskapital erschöpfende - Stellung des G*** noch weiter ausgebaut.

An dieser Tatsache vermag auch nichts zu ändern, dass G*** in seiner Zeugenaussage vor dem Bundesvergabeamt offensichtlich bemüht war, seine Beziehung zur D*** als die eines Gesellschafters mit bloßer gelegentlicher Konsulententätigkeit, jedoch ohne jegliche direkte Tätigkeit für die Gesellschaft, darzustellen (vgl. "Er sei Gesellschafter und übe im Rahmen seiner selbständigen Stellung 'als G*** bzw. mit seinem Büro' immer wieder Beratungstätigkeiten für die D*** aus").An dieser Tatsache vermag auch nichts zu ändern, dass G*** in seiner Zeugenaussage vor dem Bundesvergabeamt offensichtlich bemüht war, seine Beziehung zur D*** als die eines Gesellschafters mit bloßer gelegentlicher Konsulententätigkeit, jedoch ohne jegliche direkte Tätigkeit für die Gesellschaft, darzustellen vergleiche "Er sei Gesellschafter und übe im Rahmen seiner selbständigen Stellung 'als G*** bzw. mit seinem Büro' immer wieder Beratungstätigkeiten für die D*** aus").

Die sogenannte selbständige Konsulententätigkeit für die Gesellschaft, die G*** ("als G*** mit seinem eigenen Büro") anspricht, ist schon vor dem Hintergrund zu betrachten und damit schon insofern zu "relativieren," als G*** über gar keine aufrechte, ihn zu solchen Tätigkeiten ermächtigende Architektenbefugnis verfügt. Wie bereits festgehalten wurde, hat G*** seine Ziviltechnikerbefugnis nämlich bereits im Juli 2003 ruhend gestellt.

Davon abgesehen, ist die Selbstbeschreibung des G*** mit den unmissverständlichen Ausführungen des Geschäftsführers der Gesellschaft, K*** in der mündlichen Verhandlung, der die Tätigkeit des G*** für die D*** mehrmals und dezidiert als die eines strategischen Partners mit insbesondere Projektleitertätigkeit für die Gesellschaft bezeichnet hat, nicht in Einklang zu bringen. Von "bloßen" Konsulententätigkeiten des G*** für die Gesellschaft war in den Ausführungen des DI K*** überhaupt nicht die Rede.

Auch der präsumtive Zuschlagsempfänger spricht in seinem Schriftsatz vom 10.12.2009 nicht von Konsulententätigkeiten, sondern allgemein davon, dass G*** bei Projekten der D*** tätig wird.

Wenn auch G*** - unter Hinweis auf sein nunmehriges zeitintensives Engagement als Lehrbeauftragter an der XXX - in seiner Zeugenaussage zwar offenbar bestrebt war, seine (Projektleiter)tätigkeit für die D*** als in der Vergangenheit liegend, erscheinen zu lassen ("Früher sei er intensiver für die D*** tätig gewesen") und zudem den Begriff "Partner der Gesellschaft" nicht zu deuten wusste, so hat das Bundesvergabeamt keine Veranlassung, die Glaubwürdigkeit und Richtigkeit der eindeutigen Aussagen des K*** in Zweifel zu ziehen. Dies schon deshalb nicht, da vorausgesetzt werden kann, dass ein für die Geschäftsführung einer Gesellschaft verantwortlicher Geschäftsführer über die Strukturen "seiner" Gesellschaft und Funktion und Tätigkeitsbereiche der einzelnen Personen innerhalb der Gesellschaft wohl Bescheid weiß. Auch ist kein Beweggrund ersichtlich, aus welchem Grund ein Geschäftsführer einer Gesellschaft durch eine nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechende Aussage einem Gesellschafter und Partner eine diesem in Wahrheit gar nicht zukommende Stellung zuordnen sollte.Wenn auch G*** - unter Hinweis auf sein nunmehriges zeitintensives Engagement als Lehrbeauftragter an der römisch 30 - in seiner Zeugenaussage zwar offenbar bestrebt war, seine (Projektleiter)tätigkeit für die D*** als in der Vergangenheit liegend, erscheinen zu lassen ("Früher sei er intensiver für die D*** tätig gewesen") und zudem den Begriff "Partner der Gesellschaft" nicht zu deuten wusste, so hat das Bundesvergabeamt keine Veranlassung, die Glaubwürdigkeit und Richtigkeit der eindeutigen Aussagen des K*** in Zweifel zu ziehen. Dies schon deshalb nicht, da vorausgesetzt werden kann, dass ein für die Geschäftsführung einer Gesellschaft verantwortlicher Geschäftsführer über die Strukturen "seiner" Gesellschaft und Funktion und Tätigkeitsbereiche der einzelnen Personen innerhalb der Gesellschaft wohl Bescheid weiß. Auch ist kein Beweggrund ersichtlich, aus welchem Grund ein Geschäftsführer einer Gesellschaft durch eine nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechende Aussage einem Gesellschafter und Partner eine diesem in Wahrheit gar nicht zukommende Stellung zuordnen sollte.

Letztlich hat aber ohnedies auch G*** eingeräumt, dass er immer wieder im Auftrag für die D*** als Architekt tätig wird. So hat er erwähnt, dass er im Jahr 2008 für ein Hotelprojekt in Kroatien im Auftrag der D*** tätig gewesen sei.

Darüber hinaus hat G*** ganz allgemein erklärt, dass er dort, wo es um die Strukturierung der Planung gehe, im

Rahmen seiner zeitlichen Möglichkeiten - und somit nach wie vor für die D*** - tätig wird.

Hiezu sei bemerkt, dass es sich bei der in Rede stehenden Planprüfungstätigkeit des G*** für die FWAG gerade um eine solche, die Strukturierung der Planung betreffende Tätigkeit handelt.

K*** hat in der mündlichen Verhandlung, als er vom Bundesvergabeamt mit der ruhenden Befugnis des G*** konfrontiert wurde, festgestellt, dass jeweils die Gesellschaft (Anm.: Und nicht G***) Auftragnehmer des Projektes wird und die Gesellschaft (Anm.: Und nicht G***) auch über die Befugnis verfügt, G*** hingegen lediglich für die Gesellschaft tätig wird.K*** hat in der mündlichen Verhandlung, als er vom Bundesvergabeamt mit der ruhenden Befugnis des G*** konfrontiert wurde, festgestellt, dass jeweils die Gesellschaft Anmerkung, Und nicht G***) Auftragnehmer des Projektes wird und die Gesellschaft Anmerkung, Und nicht G***) auch über die Befugnis verfügt, G*** hingegen lediglich für die Gesellschaft tätig wird.

Der Geschäftsführer der D*** weiß somit um die ruhende Befugnis seines laufend für die Gesellschaft tätigen, bei dieser nicht angestellten Gesellschafters und Partners G***. K*** vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, dass dies nicht schade und dass G*** dessen ungeachtet unter "Nutzung" der Befugnis der Gesellschaft für die Gesellschaft tätig werden dürfe.

Es ist also festzuhalten, dass G*** im Bewusstsein des Geschäftsführers der D*** um seine ruhende Befugnis und mit dessen Billigung regelmäßig für die Gesellschaft als Architekt agiert.

Da sich aber der Geschäftsführer der D*** im Bezug auf die einschlägigen Aktivitäten des G*** selbst darauf beruft, dass dessen Tätigkeiten von der Ziviltechnikerbefugnis der Gesellschaft erfasst und gedeckt würden, vermag das Bundesvergabeamt nicht zu erkennen, weshalb dies ausgerechnet bei der hier zu beurteilenden Planprüfungstätigkeit des G*** nicht der Fall sein sollte. Dass die konkreten, zumal mit positivem Wissen der D*** und mit deren Billigung (siehe im Folgenden) für die FWAG erbrachten - Leistungen des G*** nicht der Gesellschaft zuzurechnen sein sollten, ist dem Bundesvergabeamt nicht nachvollziehbar.

Hinzu kommt, dass sowohl G*** als auch Geschäftsführer K*** in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll gegeben haben, dass G*** seine Tätigkeit für die FWAG mit Wissen und damit auch unter Billigung der D*** entfaltet hat. Bemerkenswerterweise wurde die Beschäftigung des G*** bei der FWAG zwischen G*** und der D*** auch nicht bei einer beliebigen Gelegenheit, sondern vielmehr im Rahmen einer der regelmäßig stattfindenden Zusammenkünfte der Gesellschafter bzw. Partner der Gesellschaft thematisiert. An diesen regelmäßigen Zusammenkünften (K*** spricht von "Jour fixe") nimmt aber G*** nicht "als Person des G*** bzw. mit seinen Büros", sondern vielmehr in seiner Eigenschaft und Funktion als Gesellschafter und Partner der D*** teil.

Schließlich hat die D*** mit ihrem schon beschriebenen Internetauftritt das Ihrige dazu getan, um sich das Handeln des G*** zurechnen lassen zu müssen:

Wird nämlich jemand auf den Internetseiten als Partner der Gesellschaft bezeichnet und auf sämtlichen Webseiten durchgängig mit den Attributen "Director" und "Associate" versehen und so als eine zweifellos aktiv und in wesentlichem Umfang in das Unternehmensgeschehen eingebundene Person präsentiert, kann schwerlich angenommen werden, dass die Gesellschaft mit dem Handeln einer solchen Person nichts zu schaffen haben sollte. Mit der Bezeichnung des G*** als "Director" erzeugt die D*** vielmehr sogar den äußeren Schein, dass G*** in der Lage sei, die Gesellschaft durch sein Handeln wirksam zu binden und gibt dies mit der dem Internet eigenen breiten Publizitätswirkung auch nach außen zu erkennen.

Mit ihrem Internetauftritt nimmt die D*** geradezu in Kauf, dass ihr ein wie konkret von ihrem "Director" und "Associate" G*** gesetztes Verhalten auch dementsprechend zugerechnet wird.

Zu guter Letzt kann der D*** wohl auch ein gewisses Eigeninteresse an der selbst vom Auftraggeber sinngemäß als dem Auftragserhalt förderlich bezeichneten Tätigkeit des G*** nicht abgesprochen werden.

Es ist eine Tatsache, dass ein Unternehmer nach den allgemeinen Grundsätzen des Wirtschaftslebens naturgemäß ein Interesse am Erhalt von Aufträgen mit größerem Auftragsvolumen hat.

Weiters lässt sich - und auch dies durchaus losgelöst vom konkreten Sachverhalt und ohne damit G*** eine tatsächliche Informationsweitergabe unterstellen zu wollen - allgemein sagen, dass dem umgekehrt ein Interesse eines am Gewinn einer Gesellschaft beteiligten Gesellschafters und Partners am Geschäftsgang und Prosperieren "seiner"

Gesellschaft und damit an der Akquisition von Aufträgen durch die Gesellschaft entspricht.

Über die Gewinnverteilung bzw. Verwendung des Bilanzgewinnes der D*** beschließt die Generalversammlung mit einfacher Mehrheit. Jeder Gesellschafter nimmt an der Willensbildung der Generalversammlung durch seine Stimmrechte teil. Je Euro 10 einer übernommenen Stammeinlage gewähren eine Stimme. Eine von den Beteiligungsverhältnissen an der Gesellschaft abweichende Gewinnverwendung ist möglich und kann mit Zustimmung aller Gesellschafter beschlossen werden (siehe im Einzelnen den am 19.2.2008 neu gefassten Gesellschaftsvertrag der D***). Nicht auszuschließen ist, dass dabei etwa auch die Verdienstlichkeit bei der Auftragsakquisition ein Gesichtspunkt sein könnte. In der Stammfassung des Gesellschaftsvertrages der D*** vom 12.10.1998 war dies sogar explizit vorgesehen.

Im Ergebnis kann es freilich auch keinen Unterschied machen, ob nun die Ziviltechnikergesellschaft selbst oder "nur" ein regelmäßig für die Gesellschaft tätiger strategischer Partner und Gesellschafter gehandelt hat. Angesichts sonstiger Umgehungsmöglichkeiten und der schon angesprochenen, im Hinblick auf den Wettbewerbsgrundsatz angezeigten, grundsätzlich weiten Auslegung der Unvereinbarkeitsbestimmungen der Ausschreibung ist es jedenfalls nicht angebracht, hier einen rein formalen Standpunkt einzunehmen und zwischen dem Handeln eines (zwar formell nicht organschaftlichen, jedoch nach außen als "Director" präsentierten) Gesellschafters und Partners der Gesellschaft und der Gesellschaft selbst zu trennen.

Im Sinne des oben Gesagten sind die G*** im Zuge seiner Tätigkeit für die FWAG zugänglich gewordenen Informationen aber nicht nur als ihm selbst, sondern auch als "seiner" Gesellschaft zugekommen und damit dieser zu Gute gekommen, anzusehen. Die D*** und damit letzlich auch die Bietergemeinschaft, bei der die D*** Mitglied ist, in ihrer Gesamtheit, kommen in den Genuss des von ihrem Gesellschafter und Partner G*** erworbenen, bei der Akquisition des gegenständlichen Auftrages durchaus hilfreichen Wissens(vorsprunges) gegenüber den anderen Bietern. Im Ergebnis tritt der verpönte Wettbewerbsvorsprung bei der gesamten Bietergemeinschaft ein.

Dass weder G*** noch die D*** am Fachgespräch mit dem Auftraggeber teilgenommen haben und in die Angebotserstellung der Bietergemeinschaft nicht einbezogen gewesen sein mögen, ist dabei unerheblich. Gleiches gilt auch dafür, dass G*** im Zuge der nunmehrigen Auftragsabwicklung keinerlei Funktion zugedacht worden sein soll.

1. d)Litera d
   Schlussfolgerungen:

In Abs. 2 der mangels Anfechtung bestandsfest gewordenen Unvereinbarkeitsregelung des Pkt. 1.15, Teil A der Teilnahmeunterantragsunterlagen (vgl. dazu etwa VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233 ua) nimmt der Auftraggeber einen spezifischen Wissensvorsprung von in der Vergangenheit beim Projekt Skylink in verantwortlichen Funktionen tätig gewesenen Unternehmern von vornherein als gegeben an und verfügt den Ausschluss solcher Unternehmer von der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren, ohne diesen an weitere Bedingungen zu knüpfen (arg. "Unternehmer, die in der Vergangenheit beim Projekt SkylinkIn Absatz 2, der mangels Anfechtung bestandsfest gewordenen Unvereinbarkeitsregelung des Pkt. 1.15, Teil A der Teilnahmeunterantragsunterlagen vergleiche dazu etwa VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233 ua) nimmt der Auftraggeber einen spezifischen Wissensvorsprung von in der Vergangenheit beim Projekt Skylink in verantwortlichen Funktionen tätig gewesenen Unternehmern von vornherein als gegeben an und verfügt den Ausschluss solcher Unternehmer von der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren, ohne diesen an weitere Bedingungen zu knüpfen (arg. "Unternehmer, die in der Vergangenheit beim Projekt Skylink

in verantwortlichen Funktionen tätig waren ... sind aufgrund ihres

spezifischen Wissensvorsprungs von der Teilnahme an diesem Vergabeverfahren ausgeschlossen").

Dass es hierbei auf die Tatsache einer entsprechenden Tätigkeit an sich, nicht aber auf das konkrete Zeitausmaß dieser Tätigkeit ankommen kann (Auftraggeber und präsumtiver Zuschlagsempfänger führen das geringe Zeitausmaß der Beschäftigung des G*** am Flughafen Wien ins Treffen), versteht sich von selbst.

Da bereits der mit einer entsprechenden Vorbefassung unwiderlegbar verknüpfte Wissensvorsprung eines Unternehmers zum Ausschluss dieses Unternehmers von der Teilnahme am Vergabeverfahren führt, ist es weiters ohne Relevanz, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang es tatsächlich zu einer Informationsweitergabe von G***

an die D*** bzw an die Bietergemeinschaft gekommen ist. Dahin gestellt bleiben kann somit auch, ob G*** gegenüber der FWAG tatsächlich eine "Verschwiegenheitserklärung" betreffend seine Tätigkeit für die FWAG abgegeben hat.

Aufgrund des in der Ausschreibung von vornherein angenommenen Wissensvorsprunges und des notwendiger Weise damit einhergehenden Wettbewerbsvorteiles ist es weiters ohne Belang, ob bzw. wie sich dieser Wissensvorsprung des präsumtiven Zuschlagsempfängers konkret ausgewirkt hat und ob dieser tatsächlich für den Punktevorsprung des präsumtiven Zuschlagsempfängers gegenüber dem Antragsteller ursächlich war.

Nicht verschwiegen werden soll allerdings, dass sich im vorliegenden Fall tatsächlich gewisse Anhaltspunkte finden, die einen derartigen Schluss durchaus nahelegen könnten:

Hinzuweisen sei etwa darauf, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger - anders als die beiden anderen Bieter - im Fachgespräch mit dem Auftraggeber die Bedeutung der Nullstellung besonders gut erkannt und herausgearbeitet haben dürfte ("Wir arbeiten mit dem aktuellsten Planstand, der uns zur Verfügung gestellt wird. Zuerst müssen wir die Nullstellung, die Basis abgrenzen, anders geht es nicht"). In seiner Bewertung hat der Auftraggeber die vom ÖBA-Team des präsumtiven Zuschlagsempfängers für die Anlaufphase vorgeschlagene Nullung als für das weitere Vorgehen unumgänglich und als notwendige Basis für das Aufsetzen der ausständigen Bauleistungen bezeichnet (vgl. "Der Hinweis, dass zuerst die Kollisionspunkte gelöst werden müssen, bevor weitergebaut wird, wird als besonders wichtig und positiv angesehen"). Dementsprechend wurde das Qualitätskriterium 1 (Q1) des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers auch als einziges Angebot von allen vier Mitgliedern der Bewertungskommission einhellig mit der Höchstpunktezahl bewertet.Hinzuweisen sei etwa darauf, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger - anders als die beiden anderen Bieter - im Fachgespräch mit dem Auftraggeber die Bedeutung der Nullstellung besonders gut erkannt und herausgearbeitet haben dürfte ("Wir arbeiten mit dem aktuellsten Planstand, der uns zur Verfügung gestellt wird. Zuerst müssen wir die Nullstellung, die Basis abgrenzen, anders geht es nicht"). In seiner Bewertung hat der Auftraggeber die vom ÖBA-Team des präsumtiven Zuschlagsempfängers für die Anlaufphase vorgeschlagene Nullung als für das weitere Vorgehen unumgänglich und als notwendige Basis für das Aufsetzen der ausständigen Bauleistungen bezeichnet vergleiche "Der Hinweis, dass zuerst die Kollisionspunkte gelöst werden müssen, bevor weitergebaut wird, wird als besonders wichtig und positiv angesehen"). Dementsprechend wurde das Qualitätskriterium 1 (Q1) des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers auch als einziges Angebot von allen vier Mitgliedern der Bewertungskommission einhellig mit der Höchstpunktezahl bewertet.

Wenngleich der präsumtive Zuschlagsempfänger seinen Punktevorsprung gegenüber dem Antragsteller ausschließlich auf seine behauptete eindeutige Besserqualifikation zurückführt, so erscheint es dem erkennenden Senat des Bundesvergabeamtes doch bemerkenswert, dass der wohl ebenso als fachkundiger Bieter einzustufende Antragsteller - wie auch der dritte Bieter - die hier tragende Bedeutung der Nullstellung vergleichsweise nur äußerst rudimentär erkannt haben sollten. So findet in den Beantwortungen der beiden anderen Bieter die Nullstellung mit keinem Wort Erwähnung, was sich dementsprechend auch in deren Bewertung niedergeschlagen hat.

Weiters ist in der Beantwortung zum Qualitätskriterium 2 (Q2) des präsumtiven Zuschlagsempfängers ausdrücklich davon die Rede, dass die hereinkommenden Ausführungspläne in entsprechender Schärfe fachlich geprüft und auch die Werk- und Montagepläne sehr genau geprüft würden. In der Bewertung wurde die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger - auch als Claim - Vermeidungsmaßnahme - genannte sorgfältige und frühzeitige Planprüfung eigens erwähnt.

Beim Antragsteller hätten laut Detailprotokoll über das Fachgespräch hingegen die besonders wichtigen Maßnahmen in bezug auf die Montagepläne gefehlt. Auch beim 3. Bieter wird kritisiert, dass die besondere Bedeutung der M+W-Planung vorerst nicht erwähnt, sondern erst auf Nachfrage durch die Bewertungskommission in den dargestellten Planlauf einbezogen worden sei.

Auch beim Qualitätskriterium Q2 hat somit wiederum allein der präsumtive Zuschlagsempfänger die wesentliche Rolle der sorgfältigen und frühzeitigen Planprüfung, insbesondere auch als Schadenersatzabwehrmaßnahme, erkannt. Das Bundesvergabeamt ist über das den beiden anderen Bietern auch in diesem Punkt offensichtlich weitgehend fehlende Problembewusstsein doch ein wenig erstaunt.

All dies muss letztlich aber ohnehin zur dezitierten Feststellung des Auftraggebers in Beziehung gesetzt werden, dass die aus der Planprüfungstätigkeit des G*** gewonnenen Erkenntnisse durchaus geeignet sind, einem Bieter unter anderem auch bei der Beantwortung der Fragen im Rahmen des Fachgespräches, einen Wissensvorsprung zu

verschaffen.

Da die Planprüfungstätigkeit des G*** der D*** zuzurechnen ist, ist die D*** als ein in der Vergangenheit beim Projekt Skylink in verantwortlichen Funktionen tätig gewesener Unternehmer zu qualifizieren, der von der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren iSd Pkt. 1.15, Abs. 2, Teil A der Teilnahmeantragsunterlagen ausgeschlossen ist.Da die Planprüfungstätigkeit des G*** der D*** zuzurechnen ist, ist die D*** als ein in der Vergangenheit beim Projekt Skylink in verantwortlichen Funktionen tätig gewesener Unternehmer zu qualifizieren, der von der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren iSd Pkt. 1.15, Absatz 2,, Teil A der Teilnahmeantragsunterlagen ausgeschlossen ist.

Der Ausschluss eines solchen Unternehmers von der Teilnahme am Vergabeverfahren erfasst selbstverständlich auch dessen Ausschluss von der Teilnahme am Vergabeverfahren in Gestalt der Beteiligung an einer Bietergemeinschaft und erstreckt sich in weiterer Folge auf die Bietergemeinschaft in ihrer Gesamtheit. Vgl. hiezu Punkt 1.4, Teil C der Ausschreibungsunterlagen, Verfahrensregeln für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens, worin klargestellt wird, dass die in den Teilnahmeantragsunterlagen festgelegten Vorgaben naturgemäß auch für Arbeits- und Bietergemeinschaften zu gelten haben.

Dessen ungeachtet hat der Auftraggeber den präsumtiven Zuschlagsempfänger zur Angebotslegung eingeladen, obwohl ein Mitglied dieser Bietergemeinschaft zu diesem Zeitpunkt (6.10.2009) bereits seit rund 2 ½ Monaten in verantwortlicher Funktion iSd Pkt. 1.15, Teil A der Teilnahmeantragsunterlagen für ihn mit seinem Wissen (vgl. etwa die Einrichtung eines eigenen Büros für G*** zu diesem Zweck), tätig gewesen war.Dessen ungeachtet hat der Auftraggeber den präsumtiven Zuschlagsempfänger zur Angebotslegung eingeladen, obwohl ein Mitglied dieser Bietergemeinschaft zu diesem Zeitpunkt (6.10.2009) bereits seit rund 2 ½ Monaten in verantwortlicher Funktion iSd Pkt. 1.15, Teil A der Teilnahmeantragsunterlagen für ihn mit seinem Wissen vergleiche etwa die Einrichtung eines eigenen Büros für G*** zu diesem Zweck), tätig gewesen war.

Dieses Bieter - bzw. Bewerbergemeinschaftsmitglied war im Übrigen schon im Zeitpunkt der Legung des Teilnahmeantrages der Bietergemeinschaft (27.8.2009), somit bereits im Zeitpunkt der Zulassung zur 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens, auf die besagte Art und Weise für den Auftraggeber tätig und ist dies auch noch im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung am 19.11.2009 gewesen.

Gemäß Punkt 1 Abs. 1 Teil C der Verfahrensregeln für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens gelten die allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen, die in den Teilnahmeantragsunterlagen festgelegt sind, auch für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens, sofern diese Bestimmungen nicht ausschließlich für die 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens Relevanz haben.Gemäß Punkt 1 Absatz eins, Teil C der Verfahrensregeln für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens gelten die allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen, die in den Teilnahmeantragsunterlagen festgelegt sind, auch für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens, sofern diese Bestimmungen nicht ausschließlich für die 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens Relevanz haben.

Daraus folgt, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger vom Auftraggeber in Bindung an seine eigenen Ausschreibungsunterlagen jedenfalls nicht mehr zur

1. 2.Ziffer 2
   Stufe des Verhandlungsverfahrens, durch Aufforderung zur Angebotslegung, zuzulassen gewesen wäre. Bereits darin liegt ein Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des Vergabeverfahrens (vgl. EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse sowie etwa BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31).Stufe des Verhandlungsverfahrens, durch Aufforderung zur Angebotslegung, zuzulassen gewesen wäre. Bereits darin liegt ein Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des Vergabeverfahrens vergleiche EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse sowie etwa BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31).

Die Zulassung des präsumtiven Zuschlagsempfängers zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens (Einladung zur Angebotslegung) und infolgedessen auch die zu dessen Gunsten ergangene Zuschlagsentscheidung sind aber nicht nur im Hinblick auf die behandelte Ausschreibungsregelung als rechtswidrig zu qualifizieren:

Die beabsichtige Vergabe eines Auftrages an eine Bietergemeinschaft in der sich hier konkret darstellenden Konstellation ist nämlich auch nach der Regelung des § 187 Abs. 1 BVergG, der die uneingeschränkte Geltung der allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze auch für den Sektorenbereich normiert, unzulässig.Die beabsichtige

Vergabe eines Auftrages an eine Bietergemeinschaft in der sich hier konkret darstellenden Konstellation ist nämlich auch nach der Regelung des Paragraph 187, Absatz eins, BVergG, der die uneingeschränkte Geltung der allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze auch für den Sektorenbereich normiert, unzulässig.

Gemäß § 187 Abs. 1 1. Satz BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen.Gemäß Paragraph 187, Absatz eins, 1. Satz BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen.

In diesem Sinne hat der Auftraggeber sogar mehrmals selbst - sowohl in seinen Teilnahmeantragsunterlagen, vgl. Punkt 2.4, Abs. 2, Teil C, als auch im Laufe des Vergabeverfahrens gegenüber den Bietern, etwa in den Fachgesprächen, an das Gebot der Einhaltung dieser Grundsätze erinnert.In diesem Sinne hat der Auftraggeber sogar mehrmals selbst - sowohl in seinen Teilnahmeantragsunterlagen, vergleiche Punkt 2.4, Absatz 2,, Teil C, als auch im Laufe des Vergabeverfahrens gegenüber den Bietern, etwa in den Fachgesprächen, an das Gebot der Einhaltung dieser Grundsätze erinnert.

Der wesentliche Inhalt des Gleichbehandlungsgebotes bzw. des Diskriminierungsverbotes besteht darin, dass es einem Sektorenauftraggeber verwehrt ist, bestimmten Bietern eine Bevorzugung oder Sonderstellung einzuräumen (vgl. Eilmannsberger/Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 187 Rz 12).Der wesentliche Inhalt des Gleichbehandlungsgebotes bzw. des Diskriminierungsverbotes besteht darin, dass es einem Sektorenauftraggeber verwehrt ist, bestimmten Bietern eine Bevorzugung oder Sonderstellung einzuräumen vergleiche Eilmannsberger/Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 187, Rz 12).

Die verpönte Einräumung einer Sonderstellung an einen Bieter liegt konkret darin, dass der Auftraggeber eine Bietergemeinschaft zur Angebotsabgabe eingeladen hat, der aufgrund der Tätigkeit eines ihrer Mitglieder für den Auftraggeber, die inhaltliche Schnittstellen mit den hier zu vergebenden ÖBA-Leistungen aufweist, über den übrigen Bietern nicht zugängliche, für den Auftragserhalt hilfreiche Informationen verfügt hat. Dadurch werden sowohl der Gleichbehandlungsgrundsatz als auch der Grundsatz des fairen Wettbewerbes verletzt.

Die in der personellen Verflechtung des für den Auftraggeber tätigen G*** mit einem Mitglied der zur Angebotslegung eingeladenen Bietergemeinschaft liegende Problematik wäre für den Auftraggeber bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt auch zu erkennen und entsprechend wahrzunehmen gewesen. Dies schon deshalb, da es sich bei G*** um eine im Zeitpunkt der Aufforderung des präsumtiven Zuschlagsempfängers zur Angebotslegung wie gesagt bereits seit geraumer Zeit für den Auftraggeber vor Ort - unter Nutzung eines ihm hierfür eigens zur Verfügung gestellten Einzelbüros - tätig gewesene Person handelt.

Der als Rechtsberater und bevollmächtigter Vertreter der FWAG im gegenständlichen Vergabeverfahren fungierende XX*** wurde zudem anlässlich einer Baustellenbesichtigung am 28.9.2009 von einem für den Auftraggeber tätigen Architekten persönlich darauf angesprochen, dass der beim Flughafen Wien tätige G*** zu den zur Baustellenbesichtigung erschienenen Personen der D*** "gehöre". Am Abend desselben Tages wurde XX*** auch von H*** (einer Konsulentin für die FWAG) telefonisch kontaktiert und auf diesen Umstand aufmerksam gemacht. Schließlich wurde XX*** vom Projektleiter der FWAG (I***) mit E-Mail vom 3.10.2009 darauf hingewiesen, dass es einen Hinweis von geschäftlichen Verbindungen von dem für die FWAG tätigen G*** zur D*** gebe und dass er diesem nachgehen möge. I*** ersuchte XX*** dabei ausdrücklich um sachliche Klärung, "ob wir da ein Problem haben und wie wir damit umgehen".

Dessen ungeachtet, hat es XX*** bei der ihm von G*** im Gespräch vom 6.10.2009 erteilten Auskunft, dass er mit 10% an der D*** beteiligt, bei dieser Gesellschaft jedoch weder Geschäftsführer, Prokurist noch Dienstnehmer sei, bewenden lassen. Allein aufgrund der ihm gegenüber von G*** gemachten Angaben hat XX*** dessen Tätigkeit für die FWAG als völlig unbedenklich eingestuft. XX*** hat G*** in diesem Gespräch nicht nur keinerlei weitere Fragen zu seiner Beziehung zur D*** gestellt - zumal er solche nach eigener Aussage nicht für erforderlich gehalten hat (siehe mündliche Verhandlung) - sondern hat auch im Anschluss an dieses Gespräch keinerlei Nachforschungen mehr

angestellt. Dies wäre allerdings angezeigt und zumutbar gewesen. Zusätzliche Erkundigungen wären zudem auf relativ einfache Art und Weise, wie etwa durch die vom Bundesvergabeamt vorgenommene Einschau in die Internetseiten der D***, möglich gewesen.

- -Strichaufzählung
  Abschließende Schlussfolgerungen:

Der präsumtive Zuschlagsempfänger wäre vom Auftraggeber sowohl in Bindung an seine Ausschreibungsbestimmungen als auch im Hinblick auf die allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze des § 187 Abs. 1 BVergG nicht zur Angebotsabgabe einzuladen gewesen.Der präsumtive Zuschlagsempfänger wäre vom Auftraggeber sowohl in Bindung an seine Ausschreibungsbestimmungen als auch im Hinblick auf die allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze des Paragraph 187, Absatz eins, BVergG nicht zur Angebotsabgabe einzuladen gewesen.

Der Nichtausschluss des präsumtiven Zuschlagsempfängers von der (weiteren) Teilnahme am Vergabeverfahren belastet die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit, wobei die Rechtswidrigkeit iSd § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.Der Nichtausschluss des präsumtiven Zuschlagsempfängers von der (weiteren) Teilnahme am Vergabeverfahren belastet die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit, wobei die Rechtswidrigkeit iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die Zuschlagsentscheidung war daher schon aus diesem Grunde für nichtig zu erklären.

Auf das weitere Vorbringen des Antragstellers betreffend die mangelnde Preisplausibilität des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers war daher nicht mehr einzugehen, wiewohl der Auftraggeber Wissensvorteile aufgrund der Tätigkeit des G*** auch für die Angebotskalkulation einräumt und die Angebotspreise der beiden anderen Bieter vergleichsweise "eng beieinander" liegen.

Zuletzt aktualisiert am

10.05.2010

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