

# TE Verg Bescheid 2009/6/19 N/0037-BVA/11/2009-25

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.06.2009

## Norm

BVergG 2006 §68 Abs1 Z5

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

## Text

### Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof und Dr. Sabine Weniger als Mitglied der Auftraggeberseite sowie Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Errichtung von Infrastrukturzeilen und Außenanlagen der Schwerpunktrastplätze auf der A1 Westautobahn im Bereich Amstetten (km 118,2 bis 119,8) sowie im Bereich Hainbach (km 229,5/231,2)" der Auftraggeberin Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs – Aktiengesellschaft (ASFINAG), vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, 1030 Wien, Modecenterstraße 16/3, diese vertreten durch X\*\*\*, über Antrag der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof und Dr. Sabine Weniger als Mitglied der Auftraggeberseite sowie Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Errichtung von Infrastrukturzeilen und Außenanlagen der Schwerpunktrastplätze auf der A1 Westautobahn im Bereich Amstetten (km 118,2 bis 119,8) sowie im Bereich Hainbach (km 229,5/231,2)" der Auftraggeberin Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs – Aktiengesellschaft (ASFINAG), vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, 1030 Wien, Modecenterstraße 16/3, diese vertreten durch X\*\*\*, über Antrag der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, wie folgt entschieden:

### Spruch

1. 1.)eins,  
Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die mit Schreiben vom 10.4.2009 bekannt gegebene Entscheidung

über das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die mit Schreiben vom 10.4.2009 bekannt gegebene Ausscheidensentscheidung wird für nichtig erklärt.

1. 2.)2,

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Antragstellerin den Ersatz der entrichteten Gebühren auferlegen", wird stattgegeben.

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, 1030 Wien, Modecenterstraße 16/3, diese vertreten durch X\*\*\*, hat der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, den Betrag von Euro 3.750,-- für die von der Antragstellerin gemäß § 318 Abs 1 BVergG für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 entrichteten Pauschalgebühren binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Bescheides zu Händen ihrer Rechtsvertreterin bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, 1030 Wien, Modecenterstraße 16/3, diese vertreten durch X\*\*\*, hat der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, den Betrag von Euro 3.750,-- für die von der Antragstellerin gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 entrichteten Pauschalgebühren binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Bescheides zu Händen ihrer Rechtsvertreterin bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

#### Begründung

Die ASFINAG Bau Management GmbH schrieb im Vollmachtsnamen der ASFINAG die Errichtung einer Infrastrukturzeile samt Außenanlagen in Amstetten/Viehdorf und in Hainbach Nord/Süd (Bauleistung) aus. Die Antragstellerin beteiligte sich am Vergabeverfahren und legte am 16.12.2008 ein Angebot.

Mit Telefax vom 10.04.2009 wurde der Antragstellerin von Seiten der Auftraggeberin mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß §§ 68 Abs. 1 Z 5, 129 Abs. 1 Z 3 und 129 Abs. 2 BVergG ausgeschieden werde. Gegen die Ausscheidensentscheidung richtet sich der nunmehrige Nachprüfungsantrag, in dem die Antragstellerin begründend ausführt, sie erachte sich in ihrem Recht, dass ihr Angebot nicht ausgeschieden werde, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bewerber sowie im Recht auf gesetzmäßige Durchführung des Vergabeverfahrens verletzt. Mit Telefax vom 10.04.2009 wurde der Antragstellerin von Seiten der Auftraggeberin mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraphen 68, Absatz eins, Ziffer 5, 129, Absatz eins, Ziffer 3 und 129 Absatz 2, BVergG ausgeschieden werde. Gegen die Ausscheidensentscheidung richtet sich der nunmehrige Nachprüfungsantrag, in dem die Antragstellerin begründend ausführt, sie erachte sich in ihrem Recht, dass ihr Angebot nicht ausgeschieden werde, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bewerber sowie im Recht auf gesetzmäßige Durchführung des Vergabeverfahrens verletzt.

Die Auftraggeberin habe das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht ausgeschieden, da dieses vollinhaltlich den Ausschreibungsbedingungen entsprochen habe. Unklarheiten seien im Zuge des ersten Aufklärungsgespräches ausgeräumt worden. Die im Schreiben der Auftraggeberin vom 10.04.2009 angeführten Ausscheidensgründe träfen nicht zu.

Die Auftraggeberin habe das Ausscheiden gemäß § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG damit begründet, dass "im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung nachweislich festgestellt wurde. Auf Grund der von Ihnen angekündigten Maßnahmen kann nicht glaubwürdig ausgeschlossen werden, dass für die Zukunft erfolgversprechende Maßnahmen ergriffen wurden, um gleichartige Rechtsverletzungen auszuschließen." Die Auftraggeberin habe die angeführten schweren Verfehlungen jedoch nicht spezifiziert und sei daher ihrer Begründungspflicht für derartig schwerwiegende Behauptungen nicht nachgekommen. Die Auftraggeberin habe im Zuge interner Maßnahmen von der Antragstellerin auch gefordert, den Mitarbeiter der Antragstellerin, B\*\*\*, von der weiteren Befassung mit ihren Projekten fernzuhalten. Dies sei von der Antragstellerin zugesagt worden, wobei man aber seitens der Auftraggeberin ausdrücklich die Beiziehung von B\*\*\* zum ersten Aufklärungsgespräch gewünscht habe, da von diesem die Kalkulation des Angebotes vorgenommen worden sei. Die Auftraggeberin habe das Ausscheiden gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG damit begründet, dass "im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung nachweislich festgestellt wurde. Auf Grund der von Ihnen angekündigten Maßnahmen kann nicht glaubwürdig ausgeschlossen werden, dass für die Zukunft erfolgversprechende Maßnahmen ergriffen wurden, um gleichartige Rechtsverletzungen auszuschließen." Die Auftraggeberin habe die angeführten schweren Verfehlungen jedoch nicht

spezifiziert und sei daher ihrer Begründungspflicht für derartig schwerwiegende Behauptungen nicht nachgekommen. Die Auftraggeberin habe im Zuge interner Maßnahmen von der Antragstellerin auch gefordert, den Mitarbeiter der Antragstellerin, B\*\*\*, von der weiteren Befassung mit ihren Projekten fernzuhalten. Dies sei von der Antragstellerin zugesagt worden, wobei man aber seitens der Auftraggeberin ausdrücklich die Beziehung von B\*\*\* zum ersten Aufklärungsgespräch gewünscht habe, da von diesem die Kalkulation des Angebotes vorgenommen worden sei.

Punkt 2 der beiden Schreiben der Auftraggeberin vom 03.04.2009 bzw. 10.04.2009 beinhalte den Vorwurf, man habe nicht näher spezifizierte Eventualpositionen mit einem tatsächlichen Wert von Euro xxx mit Euro xxx ausgepreist. Dieser Vorwurf sei für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar. Er sei auch trotz Ersuchens der Antragstellerin durch die Auftraggeberin nicht spezifiziert worden. In diesem Zusammenhang werde auch auf das erste Aufklärungsgespräch verwiesen, wo es zu einer Klärung und Richtigstellung von 2-mal Euro xxx auf 2-mal Euro xxx, sohin zu einer Klärung von über Euro xxx gekommen sei. Woraus der weitergehende Betrag von Euro xxx resultieren solle, sei durch die Auftraggeberin nicht geklärt worden. Auch der Vorwurf einer hochspekulativen Preisbildung träfe nicht zu. Das Ausscheiden gemäß § 129 Abs. 2 BVergG begründe die Auftraggeberin mit "nicht nachvollziehbarer Begründung", und bleibe jede Erklärung schuldig, warum die von der Antragstellerin dargelegten Erläuterungen nicht nachvollziehbar seien. Punkt 2 der beiden Schreiben der Auftraggeberin vom 03.04.2009 bzw. 10.04.2009 beinhalte den Vorwurf, man habe nicht näher spezifizierte Eventualpositionen mit einem tatsächlichen Wert von Euro xxx mit Euro xxx ausgepreist. Dieser Vorwurf sei für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar. Er sei auch trotz Ersuchens der Antragstellerin durch die Auftraggeberin nicht spezifiziert worden. In diesem Zusammenhang werde auch auf das erste Aufklärungsgespräch verwiesen, wo es zu einer Klärung und Richtigstellung von 2-mal Euro xxx auf 2-mal Euro xxx, sohin zu einer Klärung von über Euro xxx gekommen sei. Woraus der weitergehende Betrag von Euro xxx resultieren solle, sei durch die Auftraggeberin nicht geklärt worden. Auch der Vorwurf einer hochspekulativen Preisbildung träfe nicht zu. Das Ausscheiden gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG begründe die Auftraggeberin mit "nicht nachvollziehbarer Begründung", und bleibe jede Erklärung schuldig, warum die von der Antragstellerin dargelegten Erläuterungen nicht nachvollziehbar seien.

Die Antragstellerin habe durch die Abgabe des Angebotes ihr Interesse an der Zuschlagserteilung dokumentiert. Ihr drohe im Fall, dass ihr der Zuschlag nicht erteilt werde, ein Schaden, der sich aus den Kosten im Zusammenhang mit der Zusammenstellung der Angebotsunterlagen und der Erstellung des Angebotes sowie aus den Kosten der rechtlichen Beratung und rechtsfreundlichen Vertretung im Zusammenhang mit den nunmehr geltend gemachten Vergaberechtsverletzungen zusammensetze.

Mit Schriftsatz vom 23.04.2009 trat die Auftraggeberin dem Antragsvorbringen entgegen und führte aus, die Antragstellerin sei im gegenständlichen Vergabeverfahren zunächst als Bestbieterin ermittelt worden. Am 27.01.2009 sei im Zusammenhang mit einem Korruptionsvorfall in einem anderen Bauvorhaben, mit dessen Abwicklung die Antragstellerin beauftragt gewesen sei, gegen die Antragstellerin sowie den Geschäftsführer dieser Gesellschaft Anzeige erstattet worden, weil der Verdacht bestehe, dass die Antragstellerin bzw. deren Organe und/oder Vertreter als unmittelbare Täter einen versuchten Betrug gegen die Auftraggeberin im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeiten verwirklicht hätten. Die Auftraggeberin habe der Staatsanwaltschaft St. Pölten eine Sachverhaltsdarstellung übermittelt. Der auf Seiten der Auftraggeberin am Betrug beteiligte Projektleiter sei fristlos entlassen worden. Gegen ihn sei auch Anzeige erstattet worden. Der Auftraggeberin sei zwar kein Schaden entstanden, da die inkriminierte Vorgehensweise rechtzeitig aufgeklärt worden sei. Durch die Forderung von von vornherein nicht berechtigten Mehrkosten zur Abrechnung von Leistungen, welche durch die Antragstellerin nicht erbracht worden seien, liege jedoch jedenfalls der Versuch vor, die Auftraggeberin vorsätzlich zu täuschen und dadurch zu einer Handlung (Auftragserteilung) zu verleiten, um sich unrechtmäßig im Sinne von § 146 StGB zu bereichern. Die Auftraggeberin habe der Antragstellerin mitgeteilt, dass dieser festgestellte Sachverhalt einen Ausschlussgrund gemäß § 68 Abs 1 Z 5 BVergG darstelle und habe ihr mehrmals die Gelegenheit zur Stellungnahme bzw. zur Rechtfertigung gegeben. Der oben wiedergegebene Sachverhalt sei im Wesentlichen von der Antragstellerin auch nicht bestritten worden. Von deren Geschäftsführer sei lediglich darauf hingewiesen worden, dass die Antragstellerin selbst die wahre Geschädigte sei. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass an den inkriminierten Handlungen der Projektleiter der Antragstellerin maßgeblich beteiligt gewesen sei. Die Antragstellerin habe versucht glaubhaft zu machen, dass trotz des Vorliegens eines Ausscheidensgrundes ihre Zuverlässigkeit gegeben sei. Sie habe jedoch durch die von ihr in Aussicht gestellten Maßnahmen die Bedenken hinsichtlich der fehlenden Zuverlässigkeit nicht ausräumen können. Mit

Schriftsatz vom 23.04.2009 trat die Auftraggeberin dem Antragsvorbringen entgegen und führte aus, die Antragstellerin sei im gegenständlichen Vergabeverfahren zunächst als Bestbieterin ermittelt worden. Am 27.01.2009 sei im Zusammenhang mit einem Korruptionsvorfall in einem anderen Bauvorhaben, mit dessen Abwicklung die Antragstellerin beauftragt gewesen sei, gegen die Antragstellerin sowie den Geschäftsführer dieser Gesellschaft Anzeige erstattet worden, weil der Verdacht bestehe, dass die Antragstellerin bzw. deren Organe und/oder Vertreter als unmittelbare Täter einen versuchten Betrug gegen die Auftraggeberin im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeiten verwirklicht hätten. Die Auftraggeberin habe der Staatsanwaltschaft St. Pölten eine Sachverhaltsdarstellung übermittelt. Der auf Seiten der Auftraggeberin am Betrug beteiligte Projektleiter sei fristlos entlassen worden. Gegen ihn sei auch Anzeige erstattet worden. Der Auftraggeberin sei zwar kein Schaden entstanden, da die inkriminierte Vorgehensweise rechtzeitig aufgeklärt worden sei. Durch die Forderung von von vornherein nicht berechtigten Mehrkosten zur Abrechnung von Leistungen, welche durch die Antragstellerin nicht erbracht worden seien, liege jedoch jedenfalls der Versuch vor, die Auftraggeberin vorsätzlich zu täuschen und dadurch zu einer Handlung (Auftragserteilung) zu verleiten, um sich unrechtmäßig im Sinne von Paragraph 146, StGB zu bereichern. Die Auftraggeberin habe der Antragstellerin mitgeteilt, dass dieser festgestellte Sachverhalt einen Ausschlussgrund gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG darstelle und habe ihr mehrmals die Gelegenheit zur Stellungnahme bzw. zur Rechtfertigung gegeben. Der oben wiedergegebene Sachverhalt sei im Wesentlichen von der Antragstellerin auch nicht bestritten worden. Von deren Geschäftsführer sei lediglich darauf hingewiesen worden, dass die Antragstellerin selbst die wahre Geschädigte sei. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass an den inkriminierten Handlungen der Projektleiter der Antragstellerin maßgeblich beteiligt gewesen sei. Die Antragstellerin habe versucht glaubhaft zu machen, dass trotz des Vorliegens eines Ausscheidensgrundes ihre Zuverlässigkeit gegeben sei. Sie habe jedoch durch die von ihr in Aussicht gestellten Maßnahmen die Bedenken hinsichtlich der fehlenden Zuverlässigkeit nicht ausräumen können.

Auf Grund der festgestellten inkriminierten Handlungen der Antragstellerin sei der Ausschlussgrund des § 68 Abs 1 Z 5 BVergG verwirklicht. Dieser Ausschlussgrund sei gegeben, wenn Umstände vorlägen, die zwar noch nicht zu einer rechtskräftigen Verurteilung geführt hätten, jedoch vom Auftraggeber im Zuge der Überprüfung mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit festgestellt worden seien. Das Erfordernis der nachweislichen Feststellung sei im gegenständlichen Fall erfüllt. Voraussetzung für die nachweisliche Feststellung seien konkrete objektivierte Anhaltspunkte wie etwa schriftlich fixierte Zeugenaussagen, Aufzeichnungen, Belege oder Schriftstücke. Zeugenaussagen lägen in schriftlicher Form zwar noch nicht vor, die urkundenmäßig belegten Indizien ergäben jedoch eine eindeutige Beweislage zu Lasten der Antragstellerin, sodass die schwere Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit als von der Auftraggeberin nachweislich festgestellt anzusehen sei. Mit Schreiben vom 19.02.2009 habe die Antragstellerin der Auftraggeberin mitgeteilt, dass der Austausch des Projektleiters über Aufforderung der Auftraggeberin sowie eine zusätzliche Rechnungsprüfung durch das kaufmännische Controlling betreffend die Übereinstimmung mit den Bestellungen dem Grunde und der Höhe nach als organisatorische Maßnahme zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit vorgenommen worden seien. Im Zuge des Aufklärungsgespräches am 26.02.2009 sei die Antragstellerin nochmals gebeten worden darzulegen, ob sie sich verpflichte, erforderliche Maßnahmen zur Vermeidung von Korruption und sonstigen strafbaren Handlungen zu treffen. Die Antragstellerin habe diese Frage lediglich mit einem "Ja" beantwortet, ohne jedoch konkrete Maßnahmen zu nennen. Am 04.03.2009 sei mit der Antragstellerin ein Gespräch über die in Rede stehenden Vorwürfe und die nicht ausreichenden Maßnahmen zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit geführt worden. Auf Grund dieses Gespräches habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 11.03.2009 mitgeteilt, dass im Hinblick auf das Aufklärungsgespräch vom 04.03.2009 festgehalten werde, dass der bei der Antragstellerin beschäftigte Mitarbeiter B\*\*\* bei Projekten der Auftraggeberin nicht mehr zum Einsatz komme. Es werde ein eintägiger Workshop zum Thema Corporate Compliance stattfinden und das zu diesem Thema in Ausarbeitung befindliche Manual voraussichtlich 2 Wochen später zur Verfügung stehen. Darüber hinaus werde eine weitere "Kontrollschiene" eingeführt. Dieses Controlling werde mit Hilfe der Kostenrechnung stichprobenweise durch die kaufmännische Abteilung in der Art durchgeführt, dass allfällige Differenzen zwischen Materialeinkauf, Subunternehmerleistung und Lohnaufwand gegenüber der dem Bauherren berechneten Leistungen und gegenüber dem beauftragten Leistungsverzeichnis dargestellt werde. Allfällige Differenzen würden der Spartenleitung gemeldet, sollten diese Differenzen nicht aufgeklärt werden können, würden von der Geschäftsleitung entsprechende Maßnahmen gesetzt. Im Übrigen habe die Antragstellerin auf die stichprobenweisen Überprüfungen im Zuge der Abschlussprüfung durch den Wirtschaftsprüfer verwiesen. Die durch die Antragstellerin

gesetzten Maßnahmen seien aus Sicht der Auftraggeberin im Hinblick auf die festgestellten Vorwürfe (§ 126 StGB) als ungenügend zu werten. Den Organen der Antragstellerin fehle jegliches Unrechtsbewusstsein. Auf Grund der festgestellten inkriminierten Handlungen der Antragstellerin sei der Ausschlussgrund des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG verwirklicht. Dieser Ausschlussgrund sei gegeben, wenn Umstände vorlägen, die zwar noch nicht zu einer rechtskräftigen Verurteilung geführt hätten, jedoch vom Auftraggeber im Zuge der Überprüfung mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit festgestellt worden seien. Das Erfordernis der nachweislichen Feststellung sei im gegenständlichen Fall erfüllt. Voraussetzung für die nachweisliche Feststellung seien konkrete objektivierte Anhaltspunkte wie etwa schriftlich fixierte Zeugenaussagen, Aufzeichnungen, Belege oder Schriftstücke. Zeugenaussagen lägen in schriftlicher Form zwar noch nicht vor, die urkundenmäßig belegten Indizien ergäben jedoch eine eindeutige Beweislage zu Lasten der Antragstellerin, sodass die schwere Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit als von der Auftraggeberin nachweislich festgestellt anzusehen sei. Mit Schreiben vom 19.02.2009 habe die Antragstellerin der Auftraggeberin mitgeteilt, dass der Austausch des Projektleiters über Aufforderung der Auftraggeberin sowie eine zusätzliche Rechnungsprüfung durch das kaufmännische Controlling betreffend die Übereinstimmung mit den Bestellungen dem Grunde und der Höhe nach als organisatorische Maßnahme zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit vorgenommen worden seien. Im Zuge des Aufklärungsgespräches am 26.02.2009 sei die Antragstellerin nochmals gebeten worden darzulegen, ob sie sich verpflichte, erforderliche Maßnahmen zur Vermeidung von Korruption und sonstigen strafbaren Handlungen zu treffen. Die Antragstellerin habe diese Frage lediglich mit einem "Ja" beantwortet, ohne jedoch konkrete Maßnahmen zu nennen. Am 04.03.2009 sei mit der Antragstellerin ein Gespräch über die in Rede stehenden Vorwürfe und die nicht ausreichenden Maßnahmen zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit geführt worden. Auf Grund dieses Gespräches habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 11.03.2009 mitgeteilt, dass im Hinblick auf das Aufklärungsgespräch vom 04.03.2009 festgehalten werde, dass der bei der Antragstellerin beschäftigte Mitarbeiter B\*\*\* bei Projekten der Auftraggeberin nicht mehr zum Einsatz komme. Es werde ein eintägiger Workshop zum Thema Corporate Compliance stattfinden und das zu diesem Thema in Ausarbeitung befindliche Manual voraussichtlich 2 Wochen später zur Verfügung stehen. Darüber hinaus werde eine weitere "Kontrollschiene" eingeführt. Dieses Controlling werde mit Hilfe der Kostenrechnung stichprobenweise durch die kaufmännische Abteilung in der Art durchgeführt, dass allfällige Differenzen zwischen Materialeinkauf, Subunternehmerleistung und Lohnaufwand gegenüber der dem Bauherren berechneten Leistungen und gegenüber dem beauftragen Leistungsverzeichnis dargestellt werde. Allfällige Differenzen würden der Spartenleitung gemeldet, sollten diese Differenzen nicht aufgeklärt werden können, würden von der Geschäftsleitung entsprechende Maßnahmen gesetzt. Im Übrigen habe die Antragstellerin auf die stichprobenweisen Überprüfungen im Zuge der Abschlussprüfung durch den Wirtschaftsprüfer verwiesen. Die durch die Antragstellerin gesetzten Maßnahmen seien aus Sicht der Auftraggeberin im Hinblick auf die festgestellten Vorwürfe (Paragraph 126, StGB) als ungenügend zu werten. Den Organen der Antragstellerin fehle jegliches Unrechtsbewusstsein.

Zur Frage der spekulativen Preisgestaltung führt die Auftraggeberin aus, dass die Summe der Eventualpositionen gemäß der Kostenschätzung der Auftraggeberin ca. Euro xxx betrage. Die an zweiter Stelle gereichte Bieterin habe für diese Leistungen einen Betrag von Euro xxx angeboten. Auch die diesbezüglichen Angebotssummen der restlichen Bieter mit Ausnahme der Antragstellerin bestätigten weitestgehend die Richtigkeit der Kostenschätzung der Auftraggeberin, da sie lediglich innerhalb der üblichen Bandbreite von dieser abwichen. Im Angebot der Antragstellerin seien die Eventualpositionen mit einem Betrag von Euro xxx ausgepreist. Besonders deutlich werde dies bei der Position "Schlussreinigung Verkehrsfläche", wonach die Antragstellerin hier eine Position, die zwischen ca. Euro xxx und xxx wert sei, mit Euro xxx angeboten habe. Gemäß ÖNORM würden Eventualpositionen nicht in die Normalangebotssumme aufgenommen. Sie könnten daher im Zuge der Angebotsprüfung untergehen, da sie in die Preisbewertung nicht einbezogen würden. Es liege somit der Verdacht nahe, dass sich die Antragstellerin mit dem günstigen Angebotspreis die Zuschlagserteilung sichern wolle, im Auftragsfall jedoch damit spekuliere, dass sie mit den weitaus überhöhten Eventualpositionen beauftragt werde. Damit liege ein weiterer Ausscheidensgrund für das Angebot der Antragstellerin vor und zwar der, der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises im Sinne von § 129 Abs 1 Z 3 BVergG. Die massiv spekulative Preisbildung stelle weiters ein standeswidriges Verhalten im Sinne des § 4 Z 3 Verordnung des BMWA über Standesregeln für das Gewerbe der Baumeister (BGBl II 2008/226) dar. Auch insoweit liege daher eine die Zuverlässigkeit beeinträchtigende Verfehlung der Antragstellerin vor. Zur Frage der spekulativen Preisgestaltung führt die Auftraggeberin aus, dass die Summe der Eventualpositionen gemäß der Kostenschätzung der Auftraggeberin ca. Euro xxx betrage. Die an zweiter Stelle gereichte Bieterin habe für diese

Leistungen einen Betrag von Euro xxx angeboten. Auch die diesbezüglichen Angebotssummen der restlichen Bieter mit Ausnahme der Antragstellerin bestätigten weitestgehend die Richtigkeit der Kostenschätzung der Auftraggeberin, da sie lediglich innerhalb der üblichen Bandbreite von dieser abwichen. Im Angebot der Antragstellerin seien die Eventualpositionen mit einem Betrag von Euro xxx ausgepreist. Besonders deutlich werde dies bei der Position "Schlussreinigung Verkehrsfläche", wonach die Antragstellerin hier eine Position, die zwischen ca. Euro xxx und xxx wert sei, mit Euro xxx angeboten habe. Gemäß ÖNORM würden Eventualpositionen nicht in die Normalangebotssumme aufgenommen. Sie könnten daher im Zuge der Angebotsprüfung untergehen, da sie in die Preisbewertung nicht einbezogen würden. Es liege somit der Verdacht nahe, dass sich die Antragstellerin mit dem günstigen Angebotspreis die Zuschlagserteilung sichern wolle, im Auftragsfall jedoch damit spekuliere, dass sie mit den weitaus überhöhten Eventualpositionen beauftragt werde. Damit liege ein weiterer Ausscheidensgrund für das Angebot der Antragstellerin vor und zwar der, der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises im Sinne von Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG. Die massiv spekulative Preisbildung stelle weiters ein standeswidriges Verhalten im Sinne des Paragraph 4, Ziffer 3, Verordnung des BMWA über Standesregeln für das Gewerbe der Baumeister (BGBl. römisch zwei 2008/226) dar. Auch insoweit liege daher eine die Zuverlässigkeit beeinträchtigende Verfehlung der Antragstellerin vor.

Die Antragstellerin habe mehrmals Gelegenheit erhalten zu den festgestellten Ausscheidenstatbeständen (Ausschluss auf Grund § 68 Abs 1 Z 5 BVergG, spekulative Preisgestaltung sowie standeswidriges Verhalten) Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 09.04.2009 habe die Antragstellerin Stellung genommen, die Aufklärung sei jedoch äußerst mangelhaft vorgenommen worden. Die offenen Fragen seien in keiner Hinsicht beantwortet worden. Auch der Hinweis auf das Aufklärungsgesprächsprotokoll betreffend den Vorwurf der spekulativen Preisgestaltung sei nicht ausreichend, um die hohen Preise zu erklären, da diesem Protokoll keine nachvollziehbare Aufklärung dafür zu entnehmen sei. Zusammenfassend könne daher festgestellt werden, dass es den erteilten Aufklärungen der Antragstellerin an nachvollziehbaren Begründungen mangle und somit auch der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 2 BVergG verwirklicht sei. Die Antragstellerin habe mehrmals Gelegenheit erhalten zu den festgestellten Ausscheidenstatbeständen (Ausschluss auf Grund Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG, spekulative Preisgestaltung sowie standeswidriges Verhalten) Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 09.04.2009 habe die Antragstellerin Stellung genommen, die Aufklärung sei jedoch äußerst mangelhaft vorgenommen worden. Die offenen Fragen seien in keiner Hinsicht beantwortet worden. Auch der Hinweis auf das Aufklärungsgesprächsprotokoll betreffend den Vorwurf der spekulativen Preisgestaltung sei nicht ausreichend, um die hohen Preise zu erklären, da diesem Protokoll keine nachvollziehbare Aufklärung dafür zu entnehmen sei. Zusammenfassend könne daher festgestellt werden, dass es den erteilten Aufklärungen der Antragstellerin an nachvollziehbaren Begründungen mangle und somit auch der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG verwirklicht sei.

Mit Schriftsätzen vom 29.5.2009 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 2.6.2009) sowie vom 5.6.2009 erstattete die Auftraggeberin ein ergänzendes Vorbringen bezüglich der gegen die Antragstellerin gerichteten strafrechtlichen Vorwürfe und legte zum Beweis für ihr Vorbringen eine ergänzende Sachverhaltsdarstellung an die STA St. Pölten sowie mehrere Polizeiprotokolle betreffend die Einvernahme von an den inkriminierten Tatbeständen Beteiligten vor.

In der mündlichen Verhandlung vom 08.06.2009 führte der seit 26.1.2009 mit der Prüfung der Angebote betraute C\*\*\* als Zeuge zu der Eventualposition "Schlussreinigung Verkehrsflächen" aus, dass diese im Angebot der Antragstellerin mit einem Betrag von Euro xxx einen überhöhten Preis aufweise. Der Vertreter der Antragstellerin, A1\*\*\*, erklärte zu diesem Vorwurf, dass diese Position irrtümlich als Pauschale kalkuliert worden sei. Es sei jedoch immer beabsichtigt gewesen, ein Angebot im Betrag von Euro xxx zu legen. Dies gehe auch aus den Beilagen 2 und 3 zum Antrag hervor. Dieser Preis ergebe sich aus einem m<sup>2</sup>-Preis von Euro xxx bei einer Fläche von 158 m<sup>2</sup>. Dem hielt der Zeuge C\*\*\* entgegen, dass auch ein m<sup>2</sup>-Preis von Euro xxx überhöht sei, da die Auftraggeberin in ihrer Schätzung von einem m<sup>2</sup> - Preis von Euro xxx ausgegangen sei.

Der Zeuge C\*\*\* erklärte weiters, dass es eine Position "Zwischenreinigung" für den inneren Kern des Gebäudes gebe – wobei es sich dabei um keine Eventualposition handle – sowie die Eventualposition Schlussreinigung der gesamten Außenanlage, die auch eine Pauschale sei. Die Position "Zwischenreinigung" beziehe sich auf die Bodenplatte, wobei hierbei 530m<sup>2</sup> + 158m<sup>2</sup> zu addieren seien. Da es sich jedoch um 2 Rastplätze handle, sei diese Summe zu halbieren. Die Zwischenreinigung sei für jedes "Rastplatzpärchen" pro Fahrtrichtung einmal ausgeschrieben. Die Zwischenreinigung umfasse eine Fläche von 530m<sup>2</sup>, wobei die Antragstellerin in diesem Bereich einen sehr niedrigen Preis angesetzt

habe. Diese 530m<sup>2</sup> würden sich jedoch auf 158m<sup>2</sup> reduzieren. Die Schlussreinigung der Verkehrsfläche, die keine Zwischenreinigung beinhalte, gehe von 158m<sup>2</sup> aus, wobei diese sich jedoch auf 530m<sup>2</sup> erhöhen werde. Diese Änderung der m<sup>2</sup>- Zahlen ergebe sich aus einem Fehler des Planers, der die Größe der beiden Flächen in der Ausschreibung verwechselt habe. Dieser Fehler des Planers in der Ausschreibung sei für den Bieter im Leistungsverzeichnis nicht ersichtlich. Der Bieter könnte diesen Fehler jedoch aus den der Ausschreibung angeschlossenen Unterlagen sowie aus seinen Grundkenntnissen betreffend ähnliche Konstruktionen erkannt und für seine Preisgestaltung genützt haben. Im Aufklärungsgespräch sei der Fehler des Planers im Leistungsverzeichnis durch die Auftraggeberin nicht angesprochen worden. Man habe sich ausschließlich die K7-Blätter in Kombination mit der Argumentation des Antragstellers angesehen und erkannt, dass es auf Grund der angebotenen Preise in dieser Leistungsposition "Schlussreinigung" zu einer Kostenexplosion kommen würde.

Der Vertreter der Antragstellerin, A1\*\*\*, gab dazu an, er habe von dem Fehler des Planers bei Erstellung des Leistungsverzeichnisses in der heutigen Verhandlung zum ersten Mal gehört.

Zum Aufklärungsschreiben der Antragstellerin vom 05.03.2009 führte der Zeuge, C\*\*\*, aus, dass viele Bieter ähnliche Aufklärungen wie unter Pkt. II 1 des Aufklärungsschreibens abgeben. Es handle sich bei der Erklärung "Nachkalkulation von Preisen vergleichbarer Projekte" um eine reine Glaubensfrage. Für den Auftraggeber seien derartige Aufklärungen sehr schwer bis gar nicht nachvollziehbar, da man die vergleichbaren Projekte und die Umstände, unter denen sie durchgeführt wurden, nicht kenne. Die Beurteilung derartiger Antworten sei von Fall zu Fall sehr unterschiedlich und könne vielfach nur im Zusammenhang mit den Kalkulationsblättern beurteilt werden. Es handle sich dabei zum Teil um reine "Gefühlssache" in Verbindung mit Erfahrungswerten. Insbesondere bei der Position Regieleistungen (LG 01 20) sei im Zusammenhang mit der Preisgestaltung im Angebot der Antragstellerin trotz der erfolgten Aufklärungen keine Nachvollziehbarkeit gegeben. Der Vertreter der Antragstellerin, A1\*\*\*, entgegnete, dass die vergleichbaren Projekte, auf die er im Rahmen des Aufklärungsschreibens Bezug genommen habe, der ASFINAG bekannt seien, da derartige Bauprojekte, wie sie für die Preisgestaltung im Anbot herangezogen würden, seit 2006 nur durch die ASFINAG errichtet würden. Zum Aufklärungsschreiben der Antragstellerin vom 05.03.2009 führte der Zeuge, C\*\*\*, aus, dass viele Bieter ähnliche Aufklärungen wie unter Pkt. römisch zwei 1 des Aufklärungsschreibens abgeben. Es handle sich bei der Erklärung "Nachkalkulation von Preisen vergleichbarer Projekte" um eine reine Glaubensfrage. Für den Auftraggeber seien derartige Aufklärungen sehr schwer bis gar nicht nachvollziehbar, da man die vergleichbaren Projekte und die Umstände, unter denen sie durchgeführt wurden, nicht kenne. Die Beurteilung derartiger Antworten sei von Fall zu Fall sehr unterschiedlich und könne vielfach nur im Zusammenhang mit den Kalkulationsblättern beurteilt werden. Es handle sich dabei zum Teil um reine "Gefühlssache" in Verbindung mit Erfahrungswerten. Insbesondere bei der Position Regieleistungen (LG 01 20) sei im Zusammenhang mit der Preisgestaltung im Angebot der Antragstellerin trotz der erfolgten Aufklärungen keine Nachvollziehbarkeit gegeben. Der Vertreter der Antragstellerin, A1\*\*\*, entgegnete, dass die vergleichbaren Projekte, auf die er im Rahmen des Aufklärungsschreibens Bezug genommen habe, der ASFINAG bekannt seien, da derartige Bauprojekte, wie sie für die Preisgestaltung im Anbot herangezogen würden, seit 2006 nur durch die ASFINAG errichtet würden.

C\*\*\* führte hierzu aus, dass die Aussagen im Aufklärungsschreiben schon deshalb für ihn nicht nachvollziehbar seien, da er die Projekte auf Grund der Organisationsstruktur der ASFINAG persönlich nicht kenne. Die Nachvollziehbarkeit der Nachkalkulation des Bieters sei ihm generell nicht möglich. Weiters wies er darauf hin, dass D\*\*\*, ein ehemaliger Mitarbeiter der Auftraggeberin, am 16.01.2009 von der Antragstellerin eine Nachreichung von Unterlagen gefordert habe. Ein Schreiben gleichlautenden Inhaltes sei am 27.01.2009 von E\*\*\* an die Antragstellerin ergangen. Diese habe am 22.01.2009 Unterlagen übermittelt, nicht jedoch das geforderte Bieterlückenverzeichnis. Auch am 29.01.2009 seien Unterlagen übermittelt worden, jedoch wiederum nicht das Bieterlückenverzeichnis. Dieses sei erst mit 05.03.2009 als Beilage zum Aufklärungsschreiben nachgereicht worden. Die Rechtsvertreterin der Antragstellerin erklärte dazu, dass dieses Vorbringen der Auftraggeberin für die Antragstellerin völlig neu und nicht nachvollziehbar sei. Von Seiten der Antragstellerin seien sämtliche Unterlagen stets zeitgerecht vorgelegt worden. Auch die Schreiben der Auftraggeberin vom 03.04.2009 und vom 10.04.2009 sowie das Protokoll über das Aufklärungsgespräch würden keine derartigen Vorwürfe beinhalten.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Bei der ASFINAG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; 17.10.2007, N/0095-BVA/04/2007-EV6 u.v.a.). Bei der

ASFINAG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; 17.10.2007, N/0095-BVA/04/2007-EV6 u.v.a.).

Das vorliegende Vergabeverfahren ist dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Es handelt sich um einen Bauauftrag, der nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll.

Im gegenständlichen Verfahren wurde weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen.

Spruchpunkt 1.):

a.) Zum Ausschlussgrund gemäß § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergGa.) Zum Ausschlussgrund gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG:

Die Auftraggeberin bringt in ihrer beim Bundesvergabeamt am 23.4.2009 eingelangten Stellungnahme vor, sie habe im Zusammenhang mit einem anderen Bauvorhaben am 27.1.2009 gegen die Antragstellerin sowie gegen deren Geschäftsführer Anzeige iZm mit einem Korruptionsfall erstattet, weil der dringende und urkundlich belegte Verdacht bestehe, dass die Antragstellerin bzw. deren Organe und/oder Vertreter als unmittelbare Täter einen (versuchten) Betrug gegen die Auftraggeberin im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit verwirklicht hätten. Die von der Auftraggeberin an die Staatsanwaltschaft St. Pölten erstattete Sachverhaltsdarstellung war dem Schriftsatz angeschlossen. Eine Anfrage des Bundesvergabeamtes hinsichtlich des Standes des Strafverfahrens bei der STA St. Pölten ergab, dass das LKA NÖ am 5.5.2009 einen Abschlussbericht erstattet hat, die Auftraggeberin aber angekündigt habe, ergänzende Unterlagen und Informationen zur Verfügung zu stellen und daher derzeit noch nicht absehbar sei, wann und mit welchem Ergebnis die Ermittlungen abgeschlossen würden.

Von der Auftraggeberin wurden im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bislang lediglich Verdachtsmomente hinsichtlich des Vorliegens einer Straftat vorgebracht. Eine Straftat, die mit einer Verurteilung geendet hätte, liegt jedoch zum Zeitpunkt der Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag nicht vor. Die Auftraggeberin vermeint bereits aus den vorliegenden von ihr geäußerten Verdachtsmomenten eine schwere Verfehlung im Sinne von § 68 Abs.1 Z. 5 BVergG ableiten zu können. Von der Auftraggeberin wurden im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bislang lediglich Verdachtsmomente hinsichtlich des Vorliegens einer Straftat vorgebracht. Eine Straftat, die mit einer Verurteilung geendet hätte, liegt jedoch zum Zeitpunkt der Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag nicht vor. Die Auftraggeberin vermeint bereits aus den vorliegenden von ihr geäußerten Verdachtsmomenten eine schwere Verfehlung im Sinne von Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG ableiten zu können.

Gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (18.3.2009, GZ2007/04/0234) ist nach der zitierten Bestimmung nicht nur entscheidend, dass die schwere Verfehlung begangen wurde, sondern dass die Begehung "vom Auftraggeber auch nachweislich festgestellt wurde". Es muss daher einerseits objektivierbar eine schwere Verfehlung vorliegen und andererseits diese schwere Verfehlung auch vom Auftraggeber nachweislich festgestellt worden sein. Im vorliegenden Fall hat die Auftraggeberin zum Beweis für ihre Feststellung einer schweren die Unzuverlässigkeit der Antragstellerin begründenden Verfehlung ihre Sachverhaltsdarstellungen an die Staatsanwaltschaft St. Pölten vorgelegt, in welcher sie ihre Verdachtsmomente äußert, sowie Protokolle betreffend die polizeiliche Einvernahmen mehrerer Zeugen. Für den Senat nachvollziehbare Feststellungen der Auftraggeberin – wie sie entsprechend der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gefordert wären - wurden im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nicht vorgelegt. Auch ist das Vorliegen einer objektivierbar schweren Verfehlung nicht gegeben. Die strafrechtlichen Ermittlungen hinsichtlich der von der Auftraggeberin geäußerten Verdachtsmomente sind derzeit noch nicht abgeschlossen, eine Anklageerhebung noch nicht erfolgt. Als Hinweis darauf, dass die Sachlage keineswegs so eindeutig ist, wie die Auftraggeberin behauptet, ist die Tatsache zu werten, dass, wie von der Auftraggeberin selbst mit Schriftsatz vom 5.6.2009 vorgebracht wird, von der Staatsanwaltschaft die Beiziehung eines Sachverständigen erwogen werde. Da die Antragstellerin mangels einer gerichtlichen Verurteilung weiterhin als unbescholten gilt und somit, wie sich auch aus sämtlichen durch die Auftraggeberin im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vorgelegten Unterlagen ergibt, lediglich der "Verdacht" einer strafbaren Handlung im Raum steht, ist der Tatbestand des § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergG nicht erfüllt. Gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (18.3.2009, GZ2007/04/0234) ist nach der zitierten Bestimmung nicht nur entscheidend, dass die schwere Verfehlung begangen wurde, sondern dass die Begehung "vom Auftraggeber auch nachweislich festgestellt wurde". Es muss daher einerseits objektivierbar eine schwere Verfehlung

vorliegen und andererseits diese schwere Verfehlung auch vom Auftraggeber nachweislich festgestellt worden sein. Im vorliegenden Fall hat die Auftraggeberin zum Beweis für ihre Feststellung einer schweren die Unzuverlässigkeit der Antragstellerin begründenden Verfehlung ihre Sachverhaltsdarstellungen an die Staatsanwaltschaft St. Pölten vorgelegt, in welcher sie ihre Verdachtsmomente äußert, sowie Protokolle betreffend die polizeiliche Einvernahmen mehrerer Zeugen. Für den Senat nachvollziehbare Feststellungen der Auftraggeberin – wie sie entsprechend der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gefordert wären – wurden im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nicht vorgelegt. Auch ist das Vorliegen einer objektivierbar schweren Verfehlung nicht gegeben. Die strafrechtlichen Ermittlungen hinsichtlich der von der Auftraggeberin geäußerten Verdachtsmomente sind derzeit noch nicht abgeschlossen, eine Anklageerhebung noch nicht erfolgt. Als Hinweis darauf, dass die Sachlage keineswegs so eindeutig ist, wie die Auftraggeberin behauptet, ist die Tatsache zu werten, dass, wie von der Auftraggeberin selbst mit Schriftsatz vom 5.6.2009 vorgebracht wird, von der Staatsanwaltschaft die Beiziehung eines Sachverständigen erwogen werde. Da die Antragstellerin mangels einer gerichtlichen Verurteilung weiterhin als unbescholten gilt und somit, wie sich auch aus sämtlichen durch die Auftraggeberin im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vorgelegten Unterlagen ergibt, lediglich der "Verdacht" einer strafbaren Handlung im Raum steht, ist der Tatbestand des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG nicht erfüllt.

Eine unzulässige Abrede gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG kann schon deshalb nicht auf die im Raum stehenden Malversationen bezogen werden, da eine solche Abrede im gegenständlichen Vergabeverfahren erfolgt sein müsste, dieser Tatbestand jedoch nicht auf vergangene Vergabeverfahren gestützt werden kann, wie dies durch die Auftraggeberin nunmehr versucht wird. Eine unzulässige Abrede gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG kann schon deshalb nicht auf die im Raum stehenden Malversationen bezogen werden, da eine solche Abrede im gegenständlichen Vergabeverfahren erfolgt sein müsste, dieser Tatbestand jedoch nicht auf vergangene Vergabeverfahren gestützt werden kann, wie dies durch die Auftraggeberin nunmehr versucht wird.

b.) Zum Ausscheidensgrund wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß § 129 Abs.1 Z 3 BVergG: b.) Zum Ausscheidensgrund wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG:

Zur Frage der spekulativen Preisgestaltung in der Eventualposition "Schlussreinigung Verkehrsflächen" führte die Auftraggeberin in ihrem Schriftsatz vom 23.4.2009 aus, dass die Antragstellerin hier eine Leistung, die ca. Euro xxx und xxx wert sei, mit Euro xxx angeboten habe. Die Antragstellerin führte sowohl im Rahmen des Aufklärungsgesprächs vom 26.2.2009 als auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt dazu aus, die angesprochene Position sei irrtümlich als Pauschale kalkuliert worden. Wie sich aus den Beilagen 2 und 3 zum Antrag ergebe, sei immer beabsichtigt gewesen, in dieser Position ein Angebot im Betrag von insgesamt Euro xxx zu legen. Dieser Preis ergibt sich nachvollziehbar aus einem Quadratmeterpreis von Euro xxx bei einer Fläche von 158 m<sup>2</sup>. Im Rahmen der Verhandlung kam hervor, dass sich der Preis von Euro xxx aufgrund des von der Auftraggeberin herangezogenen Prüfprogrammes ABK ergibt. Die von der Antragstellerin gebotene Erklärung ist glaubhaft und aufgrund der vorgelegten Unterlagen auch nachvollziehbar. Der Zeuge, C\*\*\*, wies jedoch darauf hin, dass nach Ansicht der Auftraggeberin auch ein Quadratmeterpreis von Euro xxx überhöht sei, da die Auftraggeberin in ihrer Schätzung von einem Quadratmeterpreis von Euro xxx ausgegangen sei. Weiters führte der Zeuge sodann aus, dass es einerseits für die Reinigung des inneren Kerns des Gebäudes eine Position "Zwischenreinigung" gebe, andererseits aber die Eventualposition "Schlussreinigung der gesamten Außenanlage". Die Position "Zwischenreinigung" beziehe sich auf die Bodenplatte. Dabei seien 530 m<sup>2</sup> und 158 m<sup>2</sup> zu addieren und diese Summe sodann, da es sich um 2 Rastplätze handle, zu halbieren. Die Position "Zwischenreinigung", für die die Antragstellerin einen niedrigen Preis angesetzt habe, umfasse eine Fläche von 530 m<sup>2</sup>. Aufgrund eines Planungsfehlers werde sich jedoch diese Quadratmeterzahl auf 158 m<sup>2</sup> reduzieren und sich im Gegenzug die Position "Schlussreinigung Verkehrsfläche", die keine Zwischenreinigung beinhalte, auf 530 m<sup>2</sup> erhöhen. Aus diesen Aussagen des Zeugen, C\*\*\*, ergibt sich eindeutig, dass die von der Auftraggeberin befürchtete Kostenexplosion in der Position "Schlussreinigung" sich nicht aus dem Angebot des Antragstellers, sondern vielmehr aus dem Planungsfehler des Vertauschens der Flächen in den Positionen "Schlussreinigung Verkehrsfläche" und "Zwischenreinigung" ergibt. Wie der Zeuge zu diesem Planungsfehler zugestand, ist dieser für den Bieter aus dem Leistungsverzeichnis nicht erkennbar und wurde auch nicht im Aufklärungsgespräch durch die Auftraggeberin angesprochen. Auch der Vertreter der Antragstellerin, A1\*\*\*, bestätigte, dass er in der Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt erstmals von diesem Planungsfehler in der

Ausschreibung Kenntnis erlangt hat. Wie sich ebenfalls aus den Aussagen des Zeugen im Zusammenhang mit den Ausführungen der Auftraggeberin in ihren Schriftsätzen ergibt, unterstellt die Auftraggeberin der Antragstellerin, den Planungsfehler in der Ausschreibung erkannt zu haben und basierend auf dieser Kenntnis dieses Planungsfehlers eine spekulative Preisgestaltung hinsichtlich der Eventualposition "Schlussreinigung Verkehrsfläche" vorgenommen zu haben. Dass die von der Auftraggeberin angenommene Kostenexplosion in dieser Position aufgrund eines Fehlers im Leistungsverzeichnis zustande kommen könnte, wurde erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt und dies auch erst nach eingehender Befragung des Zeugen, C\*\*\*, durch den Senat eingestanden. Für die von der Auftraggeberin geäußerte Unterstellung, die Antragstellerin habe den Fehler im Leistungsverzeichnis erkannt und zu einer spekulativen Preisgestaltung genutzt, wurden durch die Auftraggeberin jedoch keine Beweise erbracht. Der von der Antragstellerin in der Position "Schlussreinigung Verkehrsfläche" gebotene Preis mag überhöht sein, eine spekulative Preisgestaltung ist jedoch nicht erkennbar. Das Leistungsverzeichnis ist grundsätzlich so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist. Im vorliegenden Fall gewährleistet das bestandfest gewordene Leistungsverzeichnis jedoch aufgrund eines Austausches der Flächen in zwei Positionen nicht, dass diese vom Gesetz geforderte Voraussetzung erfüllt ist.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 5.3.2009 klärte diese, wie von der Auftraggeberin im Rahmen des Aufklärungsgesprächs vom 26.2.2009 gefordert, die Preise hinsichtlich einzelner Positionen in den K7-Blättern auf. Sie wählte dafür zu mehreren Positionen die Formulierung "Nachkalkulation von Preisen vergleichbarer Projekte". Zur Nachvollziehbarkeit solcher Aussagen führte der Zeuge, C\*\*\*, in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt aus, es handle sich bei derartigen Aufklärungen um reine "Glaubensfragen", die für den Auftraggeber nur schwer bis gar nicht nachvollziehbar seien, da dieser weder die vergleichbaren Projekte noch die Umstände, unter denen diese durchgeführt worden seien, kenne. Der Vertreter der Antragstellerin, A1\*\*\*, verwies in diesem Zusammenhang darauf, dass die im Aufklärungsschreiben vom 5.3.2009 Bezug habenden vergleichbaren Projekte der Auftraggeberin schon deshalb bekannt seien, da solche Bauprojekte seit dem Jahr 2006 nur mehr durch die ASFINAG errichtet werden. Dies blieb von der Auftraggeberin unwidersprochen. Der Zeuge zog sich in seinen folgenden Aussagen nunmehr darauf zurück, dass er die von der Antragstellerin herangezogenen Projekte auf Grund der Organisationsstruktur der Auftraggeberin nicht persönlich kenne und die Aussagen der Antragstellerin in ihrem Aufklärungsschreiben daher für ihn nicht nachvollziehbar seien. Dieser Argumentation der Auftraggeberin kann nicht gefolgt werden. Einerseits wäre es der Auftraggeberin durchaus zumutbar gewesen, dem Antragsteller die Namhaftmachung jener Projekte, die zur Preiskalkulation herangezogen wurden, aufzutragen. Andererseits sagte der Zeuge, der wohl laufend mit der Durchführung von Angebotsprüfungen befasst ist, auch aus, dass viele Bieter ähnliche Aufklärungen wie die Antragstellerin abgeben. Diese würden dann aufgrund von Erfahrungswerten im Zusammenhang mit den vorgelegten Kalkulationsblättern beurteilt werden. Da aus den durch die Auftraggeberin vorgelegten Unterlagen nicht hervorgeht, dass die Auftraggeberin die durch die Antragstellerin gebotene Aufklärung nicht nachvollziehen hätte können und auch aus der Zeugenaussage hervorkam, dass für einen Fachmann, wie dem Zeugen, C\*\*\*, aufgrund seiner Erfahrung sowie in Zusammenschau mit den Kalkulationsblätter eine Beurteilung durchaus möglich ist, ist davon auszugehen, dass die von der Antragstellerin gelieferte Aufklärung betreffend einzelne Preispositionen für die Auftraggeberin offensichtlich sehr wohl nachvollziehbar war. Die in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt erstmals über ausdrückliches Befragen getätigten Aussagen, dass die von der Antragstellerin in ihrem Aufklärungsschreiben getroffenen Erklärungen betreffend die Kalkulation der abgefragten Preispositionen nicht nachvollziehbar wären, sind im Lichte der obigen Ausführungen nicht glaubwürdig.

c.) Zum Vorwurf, das von der Auftraggeberin geforderte Bieterlückenverzeichnis nicht innerhalb der dafür vorgegebenen Frist vorgelegt zu haben:

In der mündlichen Verhandlung vom 8.6.2009 sagte der Zeuge, C\*\*\*, aus, dass die Antragstellerin ein Bieterlückenverzeichnis, das vom ehemaligen Mitarbeiter der Auftraggeberin, D\*\*\*, mit Schreiben vom 16.1.2009 eingefordert worden sei, nicht termingerecht vorgelegt habe. Wie von der Rechtsvertreterin der Antragstellerin glaubhaft versichert, wurde dieser Vorwurf im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt erstmalig erhoben. Dies blieb auch von der Auftraggeberin unwidersprochen. Wie eine Durchsicht der durch die Auftraggeberin vorgelegten Vergabeunterlagen ergab, hat die Auftraggeberin die Antragstellerin mit Schreiben vom 16.1.2009 sowie vom 27.1.2009 aufgefordert, Unterlagen, die zur vertieften Angebotsprüfung benötigt würden, vorzulegen. Das von C\*\*\* angesprochene Bieterlückenverzeichnis scheint expressis verbis in keinem der beiden

Schreiben auf. Erst im Aufklärungsgespräch vom 26.2.2009 wurde die Antragstellerin unter Punkt II.3. eindeutig auf fehlende Bieterlücken hingewiesen und erklärt in ihrer Antwort, eine detaillierte Beschreibung der Bieterlücken innerhalb der durch die Auftraggeberin vorgegebenen Frist nachreichen zu wollen. Diese Nachreichung erfolgte sodann innerhalb offener Frist mit Aufklärungsschreiben vom 5.3.2009. Das durch die Auftraggeberin im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt erstattete Vorbringen ist daher insbesondere aufgrund der durch die Auftraggeberin vorgelegten Vergabeakten für den erkennenden Senat nicht nachvollziehbar. In der mündlichen Verhandlung vom 8.6.2009 sagte der Zeuge, C\*\*\*, aus, dass die Antragstellerin ein Bieterlückenverzeichnis, das vom ehemaligen Mitarbeiter der Auftraggeberin, D\*\*\*, mit Schreiben vom 16.1.2009 eingefordert worden sei, nicht termingerecht vorgelegt habe. Wie von der Rechtsvertreterin der Antragstellerin glaubhaft versichert, wurde dieser Vorwurf im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt erstmalig erhoben. Dies blieb auch von der Auftraggeberin unwidersprochen. Wie eine Durchsicht der durch die Auftraggeberin vorgelegten Vergabeunterlagen ergab, hat die Auftraggeberin die Antragstellerin mit Schreiben vom 16.1.2009 sowie vom 27.1.2009 aufgefordert, Unterlagen, die zur vertieften Angebotsprüfung benötigt würden, vorzulegen. Das von C\*\*\* angesprochene Bieterlückenverzeichnis scheint expressis verbis in keinem der beiden Schreiben auf. Erst im Aufklärungsgespräch vom 26.2.2009 wurde die Antragstellerin unter Punkt römisch zwei.3. eindeutig auf fehlende Bieterlücken hingewiesen und erklärt in ihrer Antwort, eine detaillierte Beschreibung der Bieterlücken innerhalb der durch die Auftraggeberin vorgegebenen Frist nachreichen zu wollen. Diese Nachreichung erfolgte sodann innerhalb offener Frist mit Aufklärungsschreiben vom 5.3.2009. Das durch die Auftraggeberin im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt erstattete Vorbringen ist daher insbesondere aufgrund der durch die Auftraggeberin vorgelegten Vergabeakten für den erkennenden Senat nicht nachvollziehbar.

Da eine spekulative Preisgestaltung nicht vorliegt, ist auch der von der Auftraggeberin geltend gemachte Ausscheidensgrund "standeswidriges Verhalten" nicht gegeben. Insgesamt ergibt sich somit, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin zu Unrecht ausgeschieden hat. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Spruchpunkt 2.):

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Da – wie sich aus Spruchpunkt 1.) ergibt – dem Nachprüfungsantrag vom 16.4.2009 zur Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen der Antragstellerin iSv § 319 Abs. 1 BVergG vorliegt, ist dem Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG stattzugeben. Da – wie sich aus Spruchpunkt 1.) ergibt – dem Nachprüfungsantrag vom 16.4.2009 zur Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen der Antragstellerin iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, ist dem Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG stattzugeben.

Ebenso ist dem Antrag der Antragstellerin, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß § 319 Abs. 2 BVergG stattzugeben. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 24.4.2009, N/0037-BVA/11/2009- 10EV, stattgegeben. Ebenso ist dem Antrag der Antragstellerin, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG stattzugeben. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 24.4.2009, N/0037-BVA/11/2009- 10EV, stattgegeben.

**Zuletzt aktualisiert am**

16.10.2009

**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](http://www.jusline.at)