

TE Verg Bescheid 2009/1/26 N/0166-BVA/13/2008-38

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.01.2009

Norm

BVergG 2006 §20 Abs2

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13, MR Mag. Thomas Gruber, sowie Mag. Wolfgang Pointner als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A 26 Linzer Autobahn, Westring Linz, Abschnitt Süd, Fachbereich Baugrund" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstrassen Finanzierungs- Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Asfinag Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien, aufgrund des Antrages der Bietergemeinschaft "A***" bestehend aus 1. B*** und 2. C***, vertreten durch X***, vom 15. Dezember 2008, wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 1. Dezember 2008 wird gemäß § 320 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 1. Dezember 2008 wird gemäß Paragraph 320, BVergG 2006 abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag "das Bundesvergabeamt wolle die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die Kosten der Pauschalgebühren für das gegenständliche Verfahren, sowie für das gleichzeitig eingeleitete Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen" wird gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag "das Bundesvergabeamt wolle die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die Kosten der Pauschalgebühren für das gegenständliche Verfahren, sowie für das gleichzeitig eingeleitete Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen" wird gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 abgewiesen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins
Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 15. Dezember 2008, beim BVA eingelangt am 18. Dezember 2008, begehrte die Antragstellerin folgendes:

"Das Bundesvergabeamt wolle

1. 1.Ziffer eins
eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen
2. 2.Ziffer 2
die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 1. Dezember 2008 für nichtig erklären und
3. 3.Ziffer 3
die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die Kosten der Pauschalgebühren für das

gegenständliche Verfahren, sowie für das gleichzeitig eingeleitete Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Weiters möge das Bundesvergabeamt mittels einstweiliger Verfügung

1. 4.Ziffer 4
die Zuschlagsentscheidung vom 1. Dezember 2008 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aussetzen und
2. 5.Ziffer 5
der Antragsgegnerin bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag die Erteilung des Zuschlags

untersagen sowie

1. 6.Ziffer 6
aussprechen, dass die Antragsgegnerin verpflichtet ist, der Antragstellerin die Kosten für die Pauschalgebühren zu ersetzen."

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Asfinag als Auftraggeberin Planungs- und Beratungsleistungen im Fachbereich Baugrund bezüglich des Abschnittes Süd der A 26 Linzer Autobahn/Westring Linz vom Knoten Hummelhof (Westbrücke) bis zur Anschlussstelle Donau-Nord ausgeschrieben habe. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein Angebot gelegt. Mit Schreiben vom 1. Dezember 2008, welches der Antragstellerin per E-Mail am 2. Dezember 2008 zugestellt worden sei, habe die Auftraggeberin der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richte sich der nunmehrige Nachprüfungsantrag. Das Angebot der Antragstellerin sei an zweiter Stelle gereiht worden. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei mit Rechtswidrigkeit behaftet, wodurch der Antragstellerin ein Schaden in Höhe des Erfüllungsinteresses von € 588.885, frustrierte Aufwendungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren in Höhe von € 6.000 sowie der Entgang des Referenzprojektes drohen würden.

Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in ihrem Recht auf Ausscheiden eines den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebotes, auf Zuschlagsentscheidung nach den Bestimmungen des BVergG 2006 sowie den in der gegenständlichen Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien, allenfalls in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem neuen, rechtskonformen Vergabeverfahren verletzt.

Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung führte die Antragstellerin wie folgt aus:

* Befangenheit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und beigezogener Sachverständigen

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei eine Bietergemeinschaft und somit eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Diese Gesellschaft bestehe aus folgenden drei Gesellschaftern: D***, E***, F***. Die Branchenkenntnisse und der Antragstellerin vorliegende Informationen würden belegen, dass zwei Mitglieder der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufrechte Vertragsverhältnisse mit der Antragsgegnerin hätten, die eine Teilnahme an einem Vergabeverfahren der Antragsgegnerin an sich schon ausschließen würden. So sei die F*** seitens der Antragsgegnerin mit einem Prüfauftrag für bau- und hydrogeologische sowie geotechnische Grundlagen für die Planung der Tunnelbauwerke hinsichtlich des gegenständlichen Vergabegegenstandes betraut. Dieser Prüfauftrag umfasse sowohl die Überprüfung der Erstellung der bau- und hydrogeologischen sowie geotechnischen Grundlagen eines einreichfähigen Projektes wie zum Beispiel eines wasserrechtlichen Einreichprojektes im Rahmen einer Umweltverträglichkeitserklärung für ein nachfolgend abzuführendes UVP-Verfahren. Nachdem das Bauvorhaben im innerstädtischen Bereich mit zahlreichen Wassernutzungen situiert sei, komme den hydrogeologischen Grundlagen im

Wasserrechtsverfahren sehr große Bedeutung zu. Diese Erstellung der zu überprüfenden hydrogeologischen Unterlagen sei jedoch genau der Gegenstand der gegenständlichen Ausschreibung. Auf Grundlage dieses Prüfauftrages sei es der F*** nicht nur möglich, sondern sie sei tatsächlich vertraglich verpflichtet, die Dienstleistung, die Gegenstand der Ausschreibung darstelle, zu überprüfen und entsprechende Freigaben (beispielsweise auch für die Entlohnung der Dienstleistung) zu erteilen, und darüber hinaus allenfalls notwendige und von der Ausschreibung somit indirekt erfasste Ergänzungen für die Antragsgegnerin zu definieren. Rein wirtschaftlich betrachtet könne die F*** daher (nachträglich) den Ausschreibungsgegenstand auch erweitern bzw präzisieren, was wiederum für sie selbst als Gesellschafterin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin möglicherweise auch eine Ausweitung ihres Dienstleistungsauftrages bedeuten würde. Die D*** sei praktisch eine Art Schwester- oder Tochterunternehmen der G***. Die G*** habe einen noch deutlich umfassenderen Prüfauftrag wie die F***, da sie hinsichtlich des von der Antragsgegnerin ausgeschriebenen Projektes die begleitende Kontrolle überhabe. In dieser Funktion sei sie dazu berufen und auch vertraglich verpflichtet, für die Antragsgegnerin sämtliche Ausschreibungen zu prüfen und freizugeben. Sie habe dabei die Funktion einer externen Projektbegleitung/-kontrolle des gegenständlichen Projektes und berichte direkt an den Vorstand der Antragsgegnerin. Insbesondere sei die G*** vertraglich von der Teilnahme an den von dem Prüfauftrag direkt oder indirekt berührten Vergabeverfahren ausgeschlossen. Nichtsdestotrotz habe die H*** als Gesellschafterin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin am gegenständlichen Vergabeverfahren teilgenommen. Die G*** habe jedoch einen maßgeblichen Einfluss auf die operative Tätigkeit der H***. Die G*** sei auch als zur Prüfung von Angeboten beigezogener Sachverständiger im Sinne des § 122 BVergG 2006 anzusehen. Zusammenfassend könne festgehalten werden, dass zwei der drei Gesellschafterinnen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufgrund vertraglicher Beziehungen durch die jeweiligen Prüfaufträge nach Ansicht der Antragstellerin nicht berechtigt gewesen wären, am gegenständlichen Vergabeverfahren teilzunehmen. Dies hätte zur Folge gehabt, dass die Antragsgegnerin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls ausscheiden hätte müssen. *

Unterlassung der Anmeldung als BietergemeinschaftDie präsumtive Zuschlagsempfängerin sei eine Bietergemeinschaft und somit eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Diese Gesellschaft bestehe aus folgenden drei Gesellschaftern: D***, E***, F***. Die Branchenkenntnisse und der Antragstellerin vorliegende Informationen würden belegen, dass zwei Mitglieder der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufrechte Vertragsverhältnisse mit der Antragsgegnerin hätten, die eine Teilnahme an einem Vergabeverfahren der Antragsgegnerin an sich schon ausschließen würden. So sei die F*** seitens der Antragsgegnerin mit einem Prüfauftrag für bau- und hydrogeologische sowie geotechnische Grundlagen für die Planung der Tunnelbauwerke hinsichtlich des gegenständlichen Vergabegegenstandes betraut. Dieser Prüfauftrag umfasse sowohl die Überprüfung der Erstellung der bau- und hydrogeologischen sowie geotechnischen Grundlagen eines einreichfähigen Projektes wie zum Beispiel eines wasserrechtlichen Einreichprojektes im Rahmen einer Umweltverträglichkeitserklärung für ein nachfolgend abzuführendes UVP-Verfahren. Nachdem das Bauvorhaben im innerstädtischen Bereich mit zahlreichen Wassernutzungen situiert sei, komme den hydrogeologischen Grundlagen im Wasserrechtsverfahren sehr große Bedeutung zu. Diese Erstellung der zu überprüfenden hydrogeologischen Unterlagen sei jedoch genau der Gegenstand der gegenständlichen Ausschreibung. Auf Grundlage dieses Prüfauftrages sei es der F*** nicht nur möglich, sondern sie sei tatsächlich vertraglich verpflichtet, die Dienstleistung, die Gegenstand der Ausschreibung darstelle, zu überprüfen und entsprechende Freigaben (beispielsweise auch für die Entlohnung der Dienstleistung) zu erteilen, und darüber hinaus allenfalls notwendige und von der Ausschreibung somit indirekt erfasste Ergänzungen für die Antragsgegnerin zu definieren. Rein wirtschaftlich betrachtet könne die F*** daher (nachträglich) den Ausschreibungsgegenstand auch erweitern bzw präzisieren, was wiederum für sie selbst als Gesellschafterin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin möglicherweise auch eine Ausweitung ihres Dienstleistungsauftrages bedeuten würde. Die D*** sei praktisch eine Art Schwester- oder Tochterunternehmen der G***. Die G*** habe einen noch deutlich umfassenderen Prüfauftrag wie die F***, da sie hinsichtlich des von der Antragsgegnerin ausgeschriebenen Projektes die begleitende Kontrolle überhabe. In dieser Funktion sei sie dazu berufen und auch vertraglich verpflichtet, für die Antragsgegnerin sämtliche Ausschreibungen zu prüfen und freizugeben. Sie habe dabei die Funktion einer externen Projektbegleitung/-kontrolle des gegenständlichen Projektes und berichte direkt an den Vorstand der Antragsgegnerin. Insbesondere sei die G*** vertraglich von der Teilnahme an den von dem Prüfauftrag direkt oder indirekt berührten Vergabeverfahren ausgeschlossen. Nichtsdestotrotz habe die H*** als Gesellschafterin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin am gegenständlichen Vergabeverfahren teilgenommen. Die G*** habe jedoch einen maßgeblichen Einfluss auf die operative Tätigkeit der H***. Die G*** sei auch als zur Prüfung von Angeboten

beigezogener Sachverständiger im Sinne des Paragraph 122, BVergG 2006 anzusehen. Zusammenfassend könne festgehalten werden, dass zwei der drei Gesellschafterinnen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufgrund vertraglicher Beziehungen durch die jeweiligen Prüfaufträge nach Ansicht der Antragstellerin nicht berechtigt gewesen wären, am gegenständlichen Vergabeverfahren teilzunehmen. Dies hätte zur Folge gehabt, dass die Antragsgegnerin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls ausscheiden hätte müssen. * Unterlassung der Anmeldung als Bietergemeinschaft

Wie sich aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe, wäre eine Bietergemeinschaft innerhalb der halben Angebotsfrist, längstens jedoch bis zum 29. September 2008 mitzuteilen gewesen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe dies unterlassen, weshalb sie gegen die Ausschreibungsunterlagen verstoßen habe und daher auszuschneiden sei.

* Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erbringe die technische Leistungsfähigkeit nicht

Bei einer Bietergemeinschaft müsse zumindest ein Mitglied der Bietergemeinschaft über eine personelle Ausstattung von zumindest 10 ganztätig beschäftigten Dienstnehmern verfügen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erfülle dieses Kriterium nicht. Gleiches gelte auch für die Referenzprojekte. Es sei höchst unwahrscheinlich, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die entsprechenden Referenzen im Bereich der Verankerungsarbeiten vorweisen könne.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 20. Dezember 2008 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstrassen Finanzierungs- Aktiengesellschaft (im Folgenden kurz "Asfinag" genannt) sei, welche durch die Asfinag Bau Management GmbH vertreten werde. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwabenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von €

650.000, der im offenen Verfahren vergeben werden solle. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft D*** / E*** / F*** sei am 2. Dezember 2008 erfolgt. Ein Antrag auf Nachprüfung wäre spätestens am 16. Dezember 2008 einzubringen gewesen. Tatsächlich sei der Nachprüfungsantrag erst am 18. Dezember 2008 beim BVA eingegangen. Der Antrag sei daher verspätet eingebracht worden und somit zurückzuweisen.

Andere als die in den Ausschreibungsunterlagen genannten Unternehmen hätten an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen nicht mitgewirkt. Herr I*** sei als Prüfgeologe für die Tunnelstrecke in der Planungsphase EP (Einreichprojekt) und UVE (Umweltverträglichkeitserklärung) tätig gewesen. Die Leistungen seien jedoch bereits am 31. Mai 2008 fertig gestellt worden und stünden allen Bietern zur Einsichtnahme zur Verfügung. Die Firma D*** mit Sitz in Wien sei mit der Erstellung eines Visualisierungssystems beauftragt gewesen. Die L*** mit Sitz in Salzburg sei Mitglied der begleitenden Kontrolle für die Planung des gegenständlichen Projektes. Ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil liege dabei nicht vor. Es herrsche auch keine Personenidentität hinsichtlich des bei beiden Angeboten eingesetzten Personals.

Auch die Behauptung der Antragstellerin, dass eine Befangenheit der zur Prüfung von Angeboten beigezogenen Sachverständigen vorliege, sei unrichtig.

Zur behaupteten unterlassenen Anmeldung als Bietergemeinschaft brachte die Auftraggeberin vor, dass sie mit Berichtigung vom 15. Oktober 2008 auf die Mitteilung von Bietern hinsichtlich einer möglichen Bildung von Bietergemeinschaften oder Argen verzichtet habe.

Der Vorwurf der Antragstellerin, dass die präsumtive Bestbieterin nicht geeignet sei, da sie nicht über eine personelle Ausstattung von zumindest 10 ganztätig beschäftigten Dienstnehmern verfüge, gehe ins Leere, da die Firma L*** aufgrund des aktuellen ANKÖ-Auszuges dieses Kriterium erfülle. Die unsubstantiierten Vermutungen der Antragstellerin bezüglich der fehlenden Referenzen seien vollkommen haltlos. Die von der präsumtiven Bestbieterin angeführten Referenzprojekte seien gemäß den Bestimmungen der Ausschreibung geprüft und bewertet worden. Es werde daher beantragt den Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückzuweisen, in eventu abzuweisen.

Mit Schreiben der präsumptiven Zuschlagsempfängerin Bietergemeinschaft bestehend aus D***, E*** und F*** vom 23. Dezember 2008 sprach sich diese grundsätzlich nicht gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung aus, verwies allerdings darauf, dass der Nachweis des fristgemäßen Einbringens des Nachprüfungsantrages nicht gegeben sei.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 23. Dezember 2008, N/0166/13/2008-14, wurde der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 29. Jänner 2009

untersagt. Weiters wurde in der Begründung festgestellt, dass der Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht worden ist.

Mit Schreiben der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vom 5. Jänner 2009 brachte diese im Wesentlichen vor, dass kein Mitglied ihrer Bietergemeinschaft an der Erarbeitung der vorliegenden Ausschreibungsunterlagen oder der Angebotsprüfung mittelbar oder unmittelbar mitgewirkt habe. Eine Befangenheit oder ein vergaberechtlich relevanter Wettbewerbsvorteil sei daher nicht gegeben. Bei der H*** als Mitglied der Bietergemeinschaft und der G*** würde es sich um eigenständige juristische Personen handeln, die insbesondere in Bezug auf das vorliegende Beschaffungsvorhaben in keinerlei Verbindung stehen würden. Weiters hätte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nachgewiesen, dass sie über zumindest 10 ganztägig beschäftigte Dienstnehmer verfüge und hätte außerdem die geforderten Referenzen im Bereich der Verankerungsarbeiten nachgewiesen.

Am 12. Jänner 2009 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden, bei welcher folgendes protokolliert wurde:

"Der Vorsitzende befragt die Antragstellerin, ob sie an Vorarbeiten zu diesem Vergabeverfahren beteiligt war. Unter Vorarbeiten sind alle wie auch immer gearteten Leistungen im Zusammenhang mit diesem Vergabeverfahren gemeint nicht lediglich das Erarbeiten von Unterlagen für das Vergabeverfahren. P*** gibt dazu an, dass die Antragstellerin nicht an Vorarbeiten zum gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt war. Die Auftraggeberin bestätigt dies.

Y*** gibt an, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin dazu nichts sagen kann.

P*** bringt vor, dass der Vorwurf der Befangenheit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht dahingehend lautet, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei Vorarbeiten bei diesem Vergabeverfahren beteiligt war. Der Vorwurf besteht jedoch darin, dass die L*** (im Folgenden G*** genannt) aufgrund ihres Marktauftrittes gleichsam als ein Unternehmen gemeinsam mit der D*** (im Folgenden H*** genannt) wie Schwestergesellschaften betrachtet werden muss. Die G*** ist jedoch mit einem Prüfauftrag hinsichtlich des Ausschreibungsgegenstandes betraut womit somit der Dienstleister seine eigenen Leistungen prüft. Q*** bestreitet und weist darauf hin, dass die begleitende Kontrolle durch eine ARGE bestehend aus folgenden 5 Unternehmen durchgeführt wird: J***; K***; L*** (G***); M***; N***. Das Schlüsselpersonal der gegenständlichen Ausschreibung wird nicht von der H*** gestellt.

R*** gibt an, dass die begleitende Kontrolle durch die oben genannte ARGE seit ca. 1 1/2 Jahren bereits durchgeführt wird. Die Aufgabe der begleitenden Kontrolle ist es, die Ergebnisse der diversen Planungsarbeiten die im Zuge der Errichtung der A26 durchgeführt werden zu kontrollieren. Das Projekt A26 Linzer Autobahn gliedert sich in mehrere Ausschreibungen von Planungsarbeiten. Die gegenständliche Ausschreibung betrifft nur einen kleinen Bereich von mehreren dieser ausgeschriebenen Planungsarbeiten des Gesamtprojektes.

R*** gibt als Zeuge vernommen und an die Wahrheitspflicht erinnert auf die Frage ob der G*** aus ihrer Tätigkeit bei der begleitenden Kontrolle dieses Projektes wesentliche Informationen für die Erstellung des Angebotes in diesem Vergabeverfahren bekannt waren die der Antragstellerin nicht bekannt oder zugänglich waren an, dass die G*** mit den anderen ARGE Mitgliedern gemeinsam die von anderen Unternehmern erstellten Ausschreibungsunterlagen im Rahmen ihres Prüfauftrages aufgrund der ihr zukommenden begleitenden Kontrolle geprüft hat. Nach dieser Prüfung wurde die Ausschreibung bekannt gemacht. Maximal 14 Tage nach dieser Prüfung wurde die Ausschreibung bekannt gemacht. Die Basis für die weiteren Planungen und die wesentlichste Grundlage für die gegenständliche Ausschreibung ist die Umweltverträglichkeitserklärung, welche ein sehr umfangreiches Unterlagenkonvolut ist (2,5 Meter lang und 100 Kilo schwer). P*** gibt an dass seine Mandantin über die Umweltverträglichkeitserklärung verfügt hat.

R*** gibt weiters an, dass es abgesehen von der Kostenschätzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens seines Wissens keine wesentlichen Unterlagen gibt, über die die G*** verfügt hat aber nicht die Antragstellerin.

Über Befragen durch P***, ob aufgrund der Schlussfolgerungen der begleitenden Kontrolle etwas geändert werden kann, gibt R*** an, dass dies der Fall ist. Allerdings kann die begleitende Kontrolle nur Empfehlungen aussprechen. Es ist Sache des Auftraggebers diesen Empfehlungen nachzukommen oder nicht. Es hat konkret in kleineren Teilstellungnahmen Empfehlung der begleitenden Kontrolle gegeben. Die G*** hat die Ausschreibungsunterlagen in etwa ein Monat vor Bekanntmachung der Ausschreibung gekannt.

Y*** gibt an, dass von der Antragstellerin kein Wettbewerbsvorteil nachgewiesen wurde, der im Vergabeverfahren bestanden hat. Das gesamte Vorbringen bezieht sich auf allfällige Möglichkeiten der Vertragsgestaltung nach der

Beauftragung. Die Wahrnehmung der Antragstellerin, die G*** und die H*** würden als ein Unternehmen auftreten, widerspricht dem Firmenbuchstand.

Q*** gibt zum Vorwurf der Antragstellerin, dass die G*** zur Prüfung von Angeboten beigezogener Sachverständiger sei an, dass die Herrn R*** und S*** die Prüfung der Angebote des gegenständlichen Vergabeverfahrens durchgeführt haben und dem Vergabevorschlag zu Gunsten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin erstellt haben. Dieser Vergabevorschlag wurde sodann von der begleitenden Kontrolle geprüft und für richtig befunden.

P*** gibt dazu an, dass es aufgrund der obigen Aussage offensichtlich keine Einflussnahmen durch die G*** oder andere auf das Angebotsprüfungsergebnis gegeben hat.

Q*** gibt zur Frage der Unterlassung der Anmeldung als Bietergemeinschaft an, dass die Ausschreibung in diesem Punkt geändert wurde. Eine Zustellbestätigung dieser Ausschreibungsänderung der Zustellung an die Antragstellerin kann Q*** trotz Übergabe des Vergabeaktes nicht vorlegen. Sie verweist jedoch auf die Homepage der Asfinag, wo diese Ausschreibungsänderung publiziert wurde.

Der Vorsitzende beauftragt die Auftraggeberin alle diesbezüglichen Unterlagen über die Veröffentlichung der Ausschreibungsänderung bis spätestens 13. 1. 2009 vorzulegen. P*** bringt vor, dass die Änderung der Ausschreibung erst nach Ablauf der Frist zur Meldung der Bietergemeinschaft geändert wurde.

Y*** bringt vor, dass in den Ausschreibungsunterlagen nicht festgelegt ist, dass die Meldung bei sonstigen Ausscheiden zu erfolgen hat selbst wenn die Berichtigung nicht ordnungsgemäß erfolgt wäre liegt daher kein Ausscheidensgrund vor. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat binnen der halben Angebotsfrist keine Mitteilung an die Auftraggeberin über die Bildung einer Bietergemeinschaft gemacht.

Der Vorsitzende fordert die Auftraggeberin auf, das Dokument mit welchem die Antragstellerin eine Mitteilung über die Bildung einer Bietergemeinschaft übermittelt hat bis spätestens 13. 1. 2009 dem BVA vorzulegen.

T*** gibt an, dass er etwa eine Woche nach Angebotsöffnung von der Änderung der Ausschreibung Kenntnis erlangt hat. Der Senatsvorsitzende beauftragt die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin Beweise über die Zahl der von ihr ganztätig beschäftigten Dienstnehmer bis spätestens 15. Jänner 2009 dem BVA vorzulegen.

R*** gibt zur Frage der Referenzen im Bereich der Verankerungsarbeiten an, dass diese in der Ausschreibung A1 Seite 18 gefordert werden. Im Teil A4 Seite 15 findet sich eine Tabelle die auszufüllen ist. Referenzen als Teil der Eignung sind keine gefordert sondern lediglich Referenzen als Teil der Zuschlagskriterien.

P*** schränkt sein Vorbringen im Antrag dahingehend ein, dass nicht die Leistungsfähigkeit an sich der präsumtiven Zuschlagsempfänger bezweifelt wird, da ja keine bestimmte Leistungsfähigkeit in der Ausschreibung als Eignung gefordert wurde. Bezweifelt wird vielmehr lediglich die Punktzahl von 68,5 welche die präsumtive Zuschlagsempfängerin betreffend die Leistungsfähigkeit von der Auftraggeberin bei der Angebotsprüfung erhalten hat.

Y*** ist damit einverstanden, dass die Zeile Senior-Experte Geotechnik der Qualitätsbewertung betreffend die präsumtive Bestbieterin Seite 1 von 1 vorgelesen wird. Diese lautet Senior-Experte Geotechnik; Gewichtung 5%; Name U***; Max. Punkte 100;

Referenzprojekt A2 Degen Damm; Kriterien Selbstdeklaration 1,0;

Planungsphasen Selbstdeklaration 1,0; Zwischensumme 5; Kriterien Bewertung AG 1,0; Planungsphasen Bewertung AG 1,0; Zwischensumme

1. 5.Ziffer 5

Die Antragstellerin bringt vor, dass sie mit dieser Information einverstanden ist. Sie bringt weiters vor, dass aufgrund der nun vorliegenden Tatsachen und des nun vorliegenden Sachverhaltes das Vorbringen, dass es Rechtswidrigkeiten im Zusammenhang mit Referenzen im Bereich der Verankerungsarbeiten gäbe zurückgezogen wird.

Über Befragen durch Wohlgemuth gibt P*** an, dass die Beauftragung der F*** nach Angaben der Antragsgegnerin bereits abgeschlossen ist und das diesbezügliche Vorbringen nicht weiter aufrechterhalten wird."

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 15. Jänner 2009 hat diese bekannt gegeben, dass die Berichtigung am 22. 10. 2008 eu-weit bekannt gemacht wurde.

Mit Schreiben der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vom 20. Jänner 2009 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die Berichtigung der Ausschreibung österreichweit im amtlichen Lieferanzeiger und damit im gesetzlich vorgesehenen Publikationsmedium vor Ende der Angebotsfrist am 20. Oktober 2008 veröffentlicht worden wäre. Die Antragstellerin hätte diese Berichtigung jedenfalls binnen 14 Tagen ab Veröffentlichung mit einem Nachprüfungsantrag bekämpfen müssen. Die bloß nationale Bekanntmachung sei für den Beginn dieses Fristenlaufs jedenfalls ausreichend, weil die Bieter verpflichtet seien, eine gesondert anfechtbare Entscheidung innerhalb der Anfechtungsfrist zu bekämpfen, sobald diese von der Entscheidung Kenntnis erlangt haben oder hätten Kenntnis erlangen können.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 21. Jänner 2009 brachte diese im Wesentlichen vor, dass gemäß den Ausschreibungsunterlagen die Angebotsfrist am 19. Oktober 2008 enden würde, sodass die Berichtigung der Ausschreibung erst nach Ablauf der Angebotsfrist veröffentlicht worden sei. Das Unterlassen der Meldung der Bietergemeinschaft hätte der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin einen Wettbewerbsvorteil gebracht. Es hätte der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin weiteres einen Wettbewerbsvorteil gebracht, dass sie bis zu einem Monat vor Bekanntmachung der Ausschreibung über die Ausschreibungsinhalte verfügt hätte. Die Antragstellerin bestätigte, dass ihr die Umweltverträglichkeitserklärung nicht nur grundsätzlich sondern auch rechtzeitig zur Verfügung gestanden sei.

Mit Schreiben der Wiener Gebietskrankenkasse vom 22. Jänner 2009 bestätigte diese, dass bei der Firma D*** am 21. Oktober 2008 26 vollbeschäftigte Personen zur Sozialversicherung gemeldet waren.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die ASFINAG hat zur Beschaffung der Planungs- und Beratungsleistungen im Fachbereich Baugrund (Ingenieurgeologie - Hydrogeologie - Geotechnik - Geomechanik) betreffend die A 26 Linzer Autobahn, Westring Linz, Abschnitt Süd, einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von € 650.000 ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 1. Dezember 2008 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus D***, E*** und F*** getroffen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 20. Dezember 2008; Akt des Vergabeverfahrens)

Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 2. Dezember 2008 zugestellt. (Akt des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin hat ihren Nachprüfungsantrag am 15. Dezember 2008 zur Post gegeben. (Poststempel des Briefumschlages des Nachprüfungsantrages)

1. 3.Ziffer 3

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin

Aufgrund des diesbezüglichen Vorbringens der Auftraggeberin sowie der in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, der Bietergemeinschaft A26 bestehend aus 1. D***, 2. E*** und 3. F***, vertreten durch Y***, war zu prüfen, ob der Antragstellerin wegen eventueller Vorarbeiten möglicherweise keine Antragslegitimation zukommt.

In der mündlichen Verhandlung haben sowohl die Antragstellerin als auch die Auftraggeberin bestätigt, dass die Antragstellerin nicht an Vorarbeiten zu diesem Vergabeverfahren beteiligt war. Auch die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin konnte diesbezüglich nichts angeben. Die Antragstellerin war daher offenbar nicht an Vorarbeiten zu diesem Vergabeverfahren beteiligt. Ein weiterer Grund, warum ihr keine Antragslegitimation zukommen sollte, ist nicht ersichtlich und wurde auch nicht vorgebracht. Der Antragstellerin kommt daher Antragslegitimation zu.

1. 4.Ziffer 4

Zum Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung

1. 4.Ziffer 4

a Befangenheit beigezogener Sachverständiger

In der mündlichen Verhandlung vom 12. Jänner 2009 hat die Auftraggeberin zum Vorwurf der Antragstellerin, dass die G*** zur Prüfung von Angeboten beigezogener Sachverständiger sei, glaubwürdig angegeben, dass die Herrn R*** und S*** die Prüfung der Angebote des gegenständlichen Vergabeverfahrens durchgeführt hätten und den Vergabevorschlag zu Gunsten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin erstellt hätten.

Dies deckt sich auch mit dem Inhalt des von der Auftraggeberin vorgelegten Vergabeaktes, insbesondere mit dem Vergabebericht.

Die Antragstellerin hat angegeben, dass es aufgrund der obigen Aussage offensichtlich keine Einflussnahmen durch die G*** oder andere auf das Angebotsprüfungsergebnis gegeben hat. Dies ist auch die Ansicht des entscheidenden Senates.

Es konnten somit keine Rechtswidrigkeiten bei der Prüfung der Angebote festgestellt werden.

1. 4.Ziffer 4

b "Befangenheit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin" - F***

Die Antragstellerin hat dazu zusammengefasst vorgebracht, dass zwei Mitglieder der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufrechte Vertragsverhältnisse mit der Antragsgegnerin hätten, die eine Teilnahme an einem Vergabeverfahren der Antragsgegnerin an sich schon ausschließen würden. So sei die F*** seitens der Antragsgegnerin mit einem Prüfauftrag für bau- und hydrogeologische sowie geotechnische Grundlagen für die Planung der Tunnelbauwerke hinsichtlich des gegenständlichen Vergabegegenstandes betraut.

Die Antragstellerin hat dazu in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass die Beauftragung der F*** nach Angaben der Antragsgegnerin bereits abgeschlossen sei und das diesbezügliche Vorbringen nicht weiter aufrechterhalten werde.

Da dieser Beschwerdepunkt nicht aufrechterhalten wurde, war dem diesbezüglichen Vorbringen nicht weiter nachzugehen.

1. 4.Ziffer 4

c "Befangenheit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin" - D***

Die Antragstellerin hat dazu zusammengefasst vorgebracht, dass zwei Mitglieder der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufrechte Vertragsverhältnisse mit der Antragsgegnerin hätten, die eine Teilnahme an einem Vergabeverfahren der Antragsgegnerin an sich schon ausschließen würden. Die D*** sei praktisch eine Art Schwester- oder Tochterunternehmen der G***. Die G*** habe einen noch deutlich umfassenderen Prüfauftrag als die F***, da sie hinsichtlich des von der Antragsgegnerin ausgeschriebenen Projektes die begleitende Kontrolle überhabe. In dieser Funktion sei sie dazu berufen und auch vertraglich verpflichtet, für die Antragsgegnerin sämtliche Ausschreibungen zu prüfen und freizugeben. Sie habe dabei die Funktion einer externen Projektbegleitung/-kontrolle des gegenständlichen Projektes und berichte direkt an den Vorstand der Antragsgegnerin. Insbesondere sei die G*** vertraglich von der Teilnahme an den von dem Prüfauftrag direkt oder indirekt berührten Vergabeverfahren ausgeschlossen. Nichtsdestotrotz habe die H*** als Gesellschafterin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin am gegenständlichen Vergabeverfahren teilgenommen. Die G*** habe jedoch einen maßgeblichen Einfluss auf die operative Tätigkeit der H***. Es hätte der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin einen Wettbewerbsvorteil gebracht, dass sie bis zu einem Monat vor Bekanntmachung der Ausschreibung über die Ausschreibungsinhalte verfügt hätte. Die Umweltverträglichkeitserklärung sei ihr nicht nur grundsätzlich sondern auch rechtzeitig zur Verfügung gestanden.

Aufgrund der glaubhaften und nachvollziehbaren Ausführungen der Auftraggeberin dazu in der mündlichen Verhandlung wird von folgendem ausgegangen:

Die begleitende Kontrolle des Gesamtprojektes Errichtung der A26 Linzer Autobahn wird durch eine ARGE bestehend aus folgenden 5 Unternehmen durchgeführt: J***; K***; L*** (FN: 47056 a, kurz: "G****" genannt); M***; N***. Die begleitende Kontrolle wird von dieser ARGE bereits seit ca. 1 1/2 Jahren durchgeführt. Die Aufgabe der begleitenden Kontrolle ist es, die Ergebnisse der diversen Planungsarbeiten die im Zuge der Errichtung der A26 durchgeführt werden zu kontrollieren. Das Projekt A26 Linzer Autobahn gliedert sich in mehrere Ausschreibungen von Planungsarbeiten. Die gegenständliche Ausschreibung betrifft nur einen kleinen Bereich von mehreren dieser ausgeschriebenen

Planungsarbeiten des Gesamtprojektes. Die G*** hat gemeinsam mit den anderen ARGE Mitgliedern die von anderen Unternehmern erstellten Ausschreibungsunterlagen im Rahmen ihres Prüfauftrages aufgrund der ihr zukommenden begleitenden Kontrolle geprüft. Allerdings kann die begleitende Kontrolle nur Empfehlungen aussprechen. Es ist Sache des Auftraggebers diesen Empfehlungen nachzukommen oder nicht. Es hat konkret in kleineren Teilstellungnahmen Empfehlung der begleitenden Kontrolle gegeben. Die G*** hat die Ausschreibungsunterlagen in etwa ein Monat vor Bekanntmachung der Ausschreibung gekannt. Die Basis für die weiteren Planungen und die wesentlichste Grundlage für die gegenständliche Ausschreibung ist die Umweltverträglichkeitserklärung, welche ein sehr umfangreiches Unterlagenkonvolut ist (ca 2,5 Meter lang und 100 Kilo schwer). Diese wurde der Antragstellerin - wie diese selbst zugesteht - rechtzeitig zur Verfügung gestellt. Abgesehen von der Kostenschätzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens gibt es keine wesentlichen Unterlagen, über die die G*** verfügt hat aber nicht die Antragstellerin.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist eine Bietergemeinschaft bestehend aus D*** (FN: 132094 g, kurz "H***" genannt), E*** und F***. Dem Firmenbuch kann entnommen werden, dass O***, Gesellschafter der H*** und auch Geschäftsführer der G*** ist.

§ 20 Abs 5 BVergG 2006 lautet: Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 lautet:

(5) Unternehmer, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, sowie mit diesen verbundene Unternehmen sind, soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, von der Teilnahme am Vergabeverfahren um die Leistung auszuschließen, es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden kann.

Die Materialien führen dazu ua aus (EB 1171 der Beilagen XXII. GP 41) Die Materialien führen dazu ua aus (EB 1171 der Beilagen römisch 22. Gesetzgebungsperiode 41):

"Obwohl ein an Vorarbeiten beteiligter Unternehmer immer einen - wenn auch unter Umständen geringen - Vorteil genießt (zB längere Kenntnis bestimmter Informationen; Vertrautheit mit dem Auftragsgegenstand oder Teilen desselben; nähere Kenntnis der Organisationsstruktur und der Bedürfnisse des Auftraggebers), soll nicht absolut jeder Wissensvorsprung durch die Beteiligung an den Vorarbeiten die strenge Sanktion des § 20 Abs. 5 nach sich ziehen (arg. Wettbewerb muss "ausgeschlossen" sein und nicht bloß "beeinträchtigt"). Marginale Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch die Beteiligung an Vorarbeiten werden durch die Neuregelung toleriert." "Obwohl ein an Vorarbeiten beteiligter Unternehmer immer einen - wenn auch unter Umständen geringen - Vorteil genießt (zB längere Kenntnis bestimmter Informationen; Vertrautheit mit dem Auftragsgegenstand oder Teilen desselben; nähere Kenntnis der Organisationsstruktur und der Bedürfnisse des Auftraggebers), soll nicht absolut jeder Wissensvorsprung durch die Beteiligung an den Vorarbeiten die strenge Sanktion des Paragraph 20, Absatz 5, nach sich ziehen (arg. Wettbewerb muss "ausgeschlossen" sein und nicht bloß "beeinträchtigt"). Marginale Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch die Beteiligung an Vorarbeiten werden durch die Neuregelung toleriert."

§ 129 Abs 1, Z 1 BVergG 2006 lautet: Paragraph 129, Absatz eins,, Ziffer eins, BVergG 2006 lautet:

(1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschließen:

1. 1. Ziffer eins

Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs. 5 oder gemäß § 68 Abs. 1 auszuschließen sind; Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß Paragraph 20, Absatz 5, oder gemäß Paragraph 68, Absatz eins, auszuschließen sind;

Aufgrund des oben dargestellten Sachverhaltes ist davon auszugehen, dass aufgrund der Tatsache, dass O*** sowohl Gesellschafter der H*** als auch Geschäftsführer der G*** ist, die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin möglicherweise etwas früher über Informationen über vorbereitende Arbeiten verfügt haben könnte, da die G*** neben anderen Unternehmen seit ca. 1 1/2 Jahren mit der begleitenden Kontrolle des gegenständlichen Gesamtauftrages betraut ist. Da jedoch die Antragstellerin jedenfalls über die wesentlichste Grundlage für die gegenständliche Ausschreibung, nämlich die Umweltverträglichkeitserklärung, rechtzeitig verfügt hat und der Informationsvorsprung der in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin höchstens in der Kenntnis der Ausschreibungsunterlagen und der Kostenschätzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens in etwa ein Monat vor Bekanntmachung der Ausschreibung bestehen hätte können, ist nicht davon auszugehen, dass iSd § 20 Abs 5 BVergG

2006 ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wurde. Eine dadurch möglicherweise eingetretene marginale Wettbewerbsbeeinträchtigung ist - wie den Materialien entnommen werden kann - zu tolerieren. Es liegt somit kein Grund vor, die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin deshalb auszuschneiden. Aufgrund des oben dargestellten Sachverhaltes ist davon auszugehen, dass aufgrund der Tatsache, dass O*** sowohl Gesellschafter der H*** als auch Geschäftsführer der G*** ist, die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin möglicherweise etwas früher über Informationen über vorbereitende Arbeiten verfügt haben könnte, da die G*** neben anderen Unternehmen seit ca. 1 1/2 Jahren mit der begleitenden Kontrolle des gegenständlichen Gesamtauftrages betraut ist. Da jedoch die Antragstellerin jedenfalls über die wesentlichste Grundlage für die gegenständliche Ausschreibung, nämlich die Umweltverträglichkeitserklärung, rechtzeitig verfügt hat und der Informationsvorsprung der in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin höchstens in der Kenntnis der Ausschreibungsunterlagen und der Kostenschätzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens in etwa ein Monat vor Bekanntmachung der Ausschreibung bestehen hätte können, ist nicht davon auszugehen, dass iSd Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wurde. Eine dadurch möglicherweise eingetretene marginale Wettbewerbsbeeinträchtigung ist - wie den Materialien entnommen werden kann - zu tolerieren. Es liegt somit kein Grund vor, die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin deshalb auszuschneiden.

1. 4.Ziffer 4

d Unterlassung der Anmeldung als Bietergemeinschaft

Die Antragstellerin hat dazu zusammengefasst vorgebracht, dass entsprechend den Ausschreibungsunterlagen die Bildung einer Bietergemeinschaft innerhalb der halben Angebotsfrist, längstens jedoch bis zum 29. September 2008 mitzuteilen gewesen wäre. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin habe dies unterlassen, weshalb sie gegen die Ausschreibungsunterlagen verstoßen habe und daher auszuschneiden sei.

Wie die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin dazu in der mündlichen Verhandlung richtig angab, hat sie binnen der halben Angebotsfrist keine Mitteilung an die Auftraggeberin über die Bildung einer Bietergemeinschaft gemacht .

Dazu brachte die Auftraggeberin vor, dass sie mit Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen vom 15. Oktober 2008 auf die Mitteilung von Bieterinnen hinsichtlich einer möglichen Bildung von Bietergemeinschaften oder Argen verzichtet habe.

§ 90 BVergG 2006 lautet: Paragraph 90, BVergG 2006 lautet:

(1) Werden während der Angebotsfrist Änderungen der Ausschreibung erforderlich, so sind die Ausschreibungsunterlagen und erforderlichenfalls auch die Bekanntmachung zu berichtigen und die Angebotsfrist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern.

(2) Ist eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erforderlich, so ist allen Bewerberinnen oder Bieterinnen die Berichtigung nachweislich zu übermitteln. Ist dies nicht möglich, so ist die Berichtigung in gleicher Weise wie die Ausschreibung bekannt zu machen.

Aus dem Schreiben der Auftraggeberin vom 15.1.2009 sowie den diesem Schreiben beiliegenden Unterlagen (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 22.10.2008, 2008/S 205- 271715) geht hervor, dass die Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen am 22.10.2008 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurde. Die Angebotsöffnung hat jedoch am 21.10.2008 stattgefunden. Somit wurde die Berichtigung der Ausschreibung erst einen Tag nach der Angebotsöffnung in der EU veröffentlicht.

Da es sich im gegenständlichen Vergabeverfahren um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich handelt, der im offenen Verfahren vergeben wird und die Auftraggeberin vor Angebotsöffnung die Bieter nicht kannte, ist gem § 90 BVergG 2006 die Berichtigung Ausschreibungsunterlagen in gleicher Weise wie die Ausschreibung bekannt zu machen. Dies ist jedoch - wie oben ausgeführt - in der EU erst nach Ablauf der Angebotsfrist erfolgt, weshalb die Berichtigung nicht entsprechend § 90 BVergG 2006 durchgeführt wurde. Die Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen wurde daher nicht wirksam und ist somit unbeachtlich (vgl auch VwGH 29.6.2005, 2002/04/0180). Da es sich im gegenständlichen Vergabeverfahren um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich handelt, der im offenen Verfahren vergeben wird und die Auftraggeberin vor Angebotsöffnung die Bieter nicht kannte, ist gem Paragraph 90, BVergG 2006 die Berichtigung Ausschreibungsunterlagen in gleicher

Weise wie die Ausschreibung bekannt zu machen. Dies ist jedoch - wie oben ausgeführt - in der EU erst nach Ablauf der Angebotsfrist erfolgt, weshalb die Berichtigung nicht entsprechend Paragraph 90, BVergG 2006 durchgeführt wurde. Die Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen wurde daher nicht wirksam und ist somit unbeachtlich (vergleiche auch VwGH 29.6.2005, 2002/04/0180).

§ 20 Abs 2 BVergG 2006 lautet auszugsweise: Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006 lautet auszugsweise:

(2)...Beim nicht offenen Verfahren und beim Verhandlungsverfahren haben die aufgeforderten Bewerber dem Auftraggeber die Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitzuteilen....

Die Materialien führen dazu aus (EB 1171 der Beilagen XXII. GP 41) Die Materialien führen dazu aus (EB 1171 der Beilagen römisch 22. Gesetzgebungsperiode 41):

Die vorgesehene Mitteilungspflicht in Abs. 2 vorletzter Satz hat den Sinn, dass der Auftraggeber rechtzeitig von der Verkleinerung des Bieterkreises informiert wird und erforderlichenfalls weitere Unternehmen zur Angebotsabgabe einladen kann. Die Verletzung der Mitteilungspflicht stellt weder einen Ausscheidungsgrund dar noch zieht sie sonstige Konsequenzen nach sich. Die vorgesehene Mitteilungspflicht in Absatz 2, vorletzter Satz hat den Sinn, dass der Auftraggeber rechtzeitig von der Verkleinerung des Bieterkreises informiert wird und erforderlichenfalls weitere Unternehmen zur Angebotsabgabe einladen kann. Die Verletzung der Mitteilungspflicht stellt weder einen Ausscheidungsgrund dar noch zieht sie sonstige Konsequenzen nach sich.

Es besteht gemäß § 20 Abs 2 BVergG 2006 im gegenständlichen Fall aufgrund der Tatsache, dass das Vergabeverfahren als offenes Verfahren geführt wird, keine gesetzliche Verpflichtung der an der Einreichung eines Angebotes Interessierten, dem Auftraggeber die Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitzuteilen. Im Übrigen wäre auch entsprechend den Materialien die Verletzung einer solchen Verpflichtung kein Ausscheidungsgrund. Es besteht gemäß Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006 im gegenständlichen Fall aufgrund der Tatsache, dass das Vergabeverfahren als offenes Verfahren geführt wird, keine gesetzliche Verpflichtung der an der Einreichung eines Angebotes Interessierten, dem Auftraggeber die Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitzuteilen. Im Übrigen wäre auch entsprechend den Materialien die Verletzung einer solchen Verpflichtung kein Ausscheidungsgrund.

Punkt A-1,205 der Ausschreibungsunterlagen lautet auszugsweise:

"Bieter/Bietergemeinschaften/Subunternehmer

Bietergemeinschaften

Die eingeladenen Bieter haben dem AG die allfällige Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitzuteilen."

Da im gegenständlichen Fall keine gesetzliche Verpflichtung der an der Einreichung eines Angebotes Interessierten dem Auftraggeber die Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitzuteilen besteht, da weiters die Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen nicht wirksam geworden, jedoch die Ausschreibung mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest gewordenen ist, ist aufgrund der Ausschreibungsunterlagen zu untersuchen, ob eine Mitteilungspflicht aufgrund Punkt A-1,205 der Ausschreibungsunterlagen besteht.

Die Formulierung des Punktes A-1,205 der Ausschreibungsunterlagen zieht jedoch keine Verpflichtungen der an der Einreichung eines Angebotes Interessierten nach sich, da die Erklärung der Mitteilungspflicht undeutlich ist. Dies deshalb, weil unklar ist, was im offenen Verfahren während der Angebotsfrist unter "eingeladenen Bietern" zu verstehen ist. Eine solche undeutliche Äußerung kann gem § 915 ABGB jedenfalls nur zum Nachteil desjenigen erklärt werden, der sich derselben bedient hat, nämlich hier der Auftraggeberin, die die Einhaltung dieser Mitteilungspflicht daher nicht einfordern kann und dies im konkreten Fall auch gar nicht will (vgl auch Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Eine Mitteilungspflicht aufgrund Punkt A-1,205 der Ausschreibungsunterlagen besteht somit nicht. Die Formulierung des Punktes A-1,205 der Ausschreibungsunterlagen zieht jedoch keine Verpflichtungen der an der Einreichung eines Angebotes Interessierten nach sich, da die Erklärung der Mitteilungspflicht undeutlich ist. Dies deshalb, weil unklar ist, was im offenen Verfahren während der Angebotsfrist unter "eingeladenen Bietern" zu verstehen ist. Eine solche undeutliche Äußerung kann gem Paragraph 915, ABGB jedenfalls nur zum Nachteil desjenigen erklärt werden, der sich derselben bedient hat, nämlich hier der

Auftraggeberin, die die Einhaltung dieser Mitteilungspflicht daher nicht einfordern kann und dies im konkreten Fall auch gar nicht will vergleiche auch Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Eine Mitteilungspflicht aufgrund Punkt A-1,205 der Ausschreibungsunterlagen besteht somit nicht.

Im Übrigen würde - selbst wenn man vom Vorliegen einer Mitteilungspflicht ausgehen würde - eine Verletzung einer solchen Pflicht sanktionslos bleiben und wäre unbeachtlich, da eine Sanktion in den Ausschreibungsunterlagen (wie auch im Gesetz) nicht vorgesehen ist.

1. 4.Ziffer 4

e Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erbringe die technische Leistungsfähigkeit nicht

Die Antragstellerin hat vorgebracht, dass bei einer Bietergemeinschaft zumindest ein Mitglied der Bietergemeinschaft über eine personelle Ausstattung von zumindest 10 ganztägig beschäftigten Dienstnehmern verfügen müsse. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erfülle dieses Kriterium nicht.

Mit Schreiben der Wiener Gebietskrankenkasse vom 22. Jänner 2009 bestätigte diese, dass bei der Firma D*** am 21. Oktober 2008 26 vollbeschäftigte Personen zur Sozialversicherung gemeldet waren. Der Vorwurf der Antragstellerin geht daher ins Leere.

Die Antragstellerin hat weiters vorgebracht, dass es höchst unwahrscheinlich sei, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die entsprechenden Referenzen im Bereich der Verankerungsarbeiten vorweisen könne. Diesbezüglich hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung erklärt, dieses Vorbringen nicht weiter aufrecht zu erhalten.

Da somit die Antragstellerin in keinem geltend gemachten Recht verletzt wurde, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abzuweisen.

1. 5.Ziffer 5

Gebührenersatz

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautenParagraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lauten:

(1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.(1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. 1.Ziffer eins

dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. 2.Ziffer 2

dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde und die Antragstellerin auch nicht teilweise obsiegt hat, war der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG 2006 abzuweisen.Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde und die Antragstellerin auch nicht teilweise obsiegt hat, war der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

29.04.2009

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