

TE Verg Bescheid 2008/12/2 N/0134- BVA/06/2008-55, N/0146- BVA/06/2008-17

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.12.2008

Norm

BVergG 2006 §§19 Abs2

BVergG 2006 §123 Abs2 Z1

BVergG 2006 §126 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z8

BVergG 2006 §129 Abs2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §320 Abs1

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 303 BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG), BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 86/2007, durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, sowie Arch DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite und Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "S4 Mattersburger Schnellstraße;Sicherheitsausbau Knoten Mattersburg – Sigleß, km 0,800 – 3,600" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, über die Anträge der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** und 3. C***, vertreten durch X***, vom 21. Oktober 2008 sowie vom 11. November 2008 wie folgt entschieden:Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 303, BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, sowie Arch DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite und Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "S4 Mattersburger Schnellstraße;Sicherheitsausbau Knoten Mattersburg – Sigleß, km 0,800 – 3,600" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, über die Anträge der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** und 3. C***, vertreten durch X***, vom 21. Oktober 2008 sowie vom 11. November 2008 wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung des Nachprüfungsverfahrens das rechtswidrige Ausscheiden der Antragstellerin für nichtig erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 19 Abs 1, 123 Abs 2 Z 1, 126 Abs 1, 129 Abs 1 Z 8, 129 Abs 2, 312 Abs 2 Z 2, 320 Abs 1 BVergGRechtsgrundlage: Paragraphen 19, Absatz eins, 123, Absatz 2, Ziffer eins, 126, Absatz eins, 129, Absatz eins, Ziffer 8, 129, Absatz 2, 312, Absatz 2, Ziffer 2, 320, Absatz eins, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung des Nachprüfungsverfahrens die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 2, 320 Abs 1 BVergGRechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer 2, 320, Absatz eins, BVergG

III.römisch drei.

Die in den hier verfahrengegenständlichen Nachprüfungsverfahren jeweils gestellten Anträge "das Bundesvergabeamt möge der Antragstellerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zusprechen und der Auftraggeberin die Zahlung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution gemäß § 19a RAO zu Handen des Antragstellervertreters auftragen" werden abgewiesen.Die in den hier verfahrengegenständlichen Nachprüfungsverfahren jeweils gestellten Anträge "das Bundesvergabeamt möge der Antragstellerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zusprechen und der Auftraggeberin die Zahlung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution gemäß Paragraph 19 a, RAO zu Handen des Antragstellervertreters auftragen" werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 318 und 319 BVergGRechtsgrundlage: Paragraphen 318 und 319 BVergG

Begründung

Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** und

1. 3.Ziffer 3

C***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin) stellte mit Anträgen vom 21. Oktober 2008 und 11. November 2008 die im Spruch ersichtlichen Begehren verbunden mit Anträgen auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Gebührenersatz und im Falle der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründend führte die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 21. Oktober 2008, vom 5., 10., 11. und 17. November 2008 und im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 25. November 2008 zusammengefasst im Wesentlichen wie folgt aus:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft führe ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Unterschwellenbereich mit dem Ausschreibungsgegenstand "Sicherheitsausbau S4, Mattersburger Schnellstraße von Knoten Mattersburg – Sigleß (km 0,800 – 3,600) durch nördliche Verbreiterung des Straßenquerschnitts sowie Sanierung der bestehenden Fahrbahn" durch. Der Bauauftrag sei dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Die Vergabe solle nach dem Bestbieterprinzip erfolgen.

Der Leistungsgegenstand sei durch besonders komplexe Straßenbau- und Asphaltierungsarbeiten gekennzeichnet. Entgegen der Ansicht der Auftraggeberin handle es sich nicht um bloße Standardtiefbauleistungen. Zum einen seien die Arbeiten im "Echtbetrieb" der zum überrangigen Straßennetz zählenden S4 unter Aufrechterhaltung des Verkehrs mit fünf verschiedenen Verkehrsleitungsphasen durchzuführen. Zum anderen handle es sich um technisch hochwertige Asphaltierungsarbeiten, bei denen der Einbau des Mischguts sehr schwierig sei. Weiters müsse ein besonderer Splitt verwendet werden, der oberflächlich aufzutragen und danach einzuwalzen sei. Entsprechende Erfahrung sei insbesondere für Erdarbeiten/Dammschüttungen zur Verbreiterung, für die hydromechanische Rohrreinigung, das Reinigen der Fräsflächen durch Hochdruckwasser, das Herstellen der Stützrippen, den Einbau der bituminösen Trag- und Bindschichten bei den Verbreiterungen, den Einbau des Splittmastixbelages, das Absplitten der SMA-Decke mit bitumenumhüllten Splitt 2/4 sowie für die Betonabbruch- und Instandsetzungsarbeiten bei den Brückenobjekten erforderlich. Hierfür seien ein Asphaltdeckenfertiger mit Raupenfahrwerk (allenfalls auch Kettenfahrwerk), mindestens zwei bis drei Asphaltwalzen sowie ein Abstreugerät für Splitt erforderlich. Das Abstreugerät (Freifallsplittgerät) sei entgegen der Ansicht der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der Auftraggeberin weder ein Kleingerät noch ein Hilfsgerät. Dieses Gerät wiege 10 Tonnen. Für diese Geräte sei eine Investition von mind. € XXX erforderlich. Der Leistungsgegenstand sei durch besonders komplexe Straßenbau- und Asphaltierungsarbeiten gekennzeichnet. Entgegen der Ansicht der Auftraggeberin handle es sich nicht um bloße Standardtiefbauleistungen. Zum einen seien die Arbeiten im "Echtbetrieb" der zum überrangigen Straßennetz zählenden S4 unter Aufrechterhaltung des Verkehrs mit fünf verschiedenen Verkehrsleitungsphasen durchzuführen. Zum anderen handle es sich um technisch hochwertige Asphaltierungsarbeiten, bei denen der Einbau des Mischguts sehr schwierig sei. Weiters müsse ein besonderer Splitt verwendet werden, der oberflächlich aufzutragen und danach einzuwalzen sei. Entsprechende Erfahrung sei insbesondere für Erdarbeiten/Dammschüttungen zur Verbreiterung, für die hydromechanische Rohrreinigung, das Reinigen der Fräsflächen durch Hochdruckwasser, das Herstellen der Stützrippen, den Einbau der bituminösen Trag- und Bindschichten bei den Verbreiterungen, den Einbau des Splittmastixbelages, das Absplitten der SMA-Decke mit bitumenumhüllten Splitt 2/4 sowie für die Betonabbruch- und Instandsetzungsarbeiten bei den Brückenobjekten erforderlich. Hierfür seien ein Asphaltdeckenfertiger mit Raupenfahrwerk (allenfalls auch Kettenfahrwerk), mindestens zwei bis drei Asphaltwalzen sowie ein Abstreugerät für Splitt erforderlich. Das Abstreugerät (Freifallsplittgerät) sei entgegen der Ansicht der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der Auftraggeberin weder ein Kleingerät noch ein Hilfsgerät. Dieses Gerät wiege 10 Tonnen. Für diese Geräte sei eine Investition von mind. € römisch 30 erforderlich.

Die Antragstellerin habe sich an diesem Vergabeverfahren durch fristgerechte Übermittlung eines ausschreibungskonformen Angebotes beteiligt. Am 15. Oktober 2008 sei ihr per Telefax der vergebenden Stelle, der ASFINAG Bau Management GmbH, die Zuschlagsentscheidung zugunsten der D***, bekannt gegeben worden.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richte sich der (erste) Nachprüfungsantrag vom 21. Oktober 2008 (protokolliert zu N/0134-BVA/06/2008). Die Antragstellerin sei der Ansicht, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mangels wirtschaftlicher und technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen wäre. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei nicht in der Lage, die auftragsgegenständlichen Asphaltierungsarbeiten mit eigenem Personal und eigenen Geräten durchzuführen. Zwar habe sie einen Gehsteigfertiger. Ob sie über einen hier erforderlichen Asphaltdeckenfertiger verfüge werde in Zweifel gezogen. Auch in der Vergangenheit habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin meistens auf Subunternehmer, die dann auch die erforderlichen Geräte bereitgestellt hätten, zurückgegriffen. Derart komplexe Asphaltierungsarbeiten habe die D*** überhaupt noch nie ausgeführt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin könne folglich keinen "spartenspezifischen" Umsatz aus selbst erbrachten Leistungen und in weiterer Folge keine einschlägigen Referenzen iSd Ausschreibungsunterlagen vorweisen.

Entgegen der Ansicht der Auftraggeberin und der präsuntiven Zuschlagsempfängerin liege das Schwergewicht nicht nur auf der Verkehrssicherheit sondern auch auf den Asphaltierungsarbeiten, welche die präsuntive Zuschlagsempfängerin bisher nicht in gleichem Umfang erbracht habe und sie damit keine "einschlägigen" Referenzen vorweisen könne. Die Ausschreibung verlange "einschlägige" Arbeiten, was nicht auf eine Schwerpunktsetzung im Bereich Verkehrssicherheit schließen lasse. In Anhang B 8.5.1. seien die wesentlichen Positionen definiert. Darin finde sich ein Hinweis auf das Absplitten, nicht aber auf die Verkehrssicherheit.

Die D*** könne sich zum Referenznachweis nicht auf Arbeiten berufen, die nicht sie selbst sondern Subunternehmer erbracht haben. Entgegen der Ansicht der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sei es diesbezüglich unerheblich, dass die Ausschreibung nicht danach differenziere, ob Arbeiten durch Subunternehmer oder selbst ausgeführt wurden. Es gehe um die Eignung des betreffenden Bieters. Die Antragstellerin habe zu Recht erwarten dürfen, dass die Auftraggeberin bei Anwendung ihrer eigenen Ausschreibungsfestlegungen den vergaberechtlichen Grundsatz der Vergabe nur an geeignete Unternehmer einhalten würde. Eine Bekämpfung der Ausschreibung sei insofern nicht erforderlich gewesen. Wenn die Auftraggeberin behaupte, der Nachweis einschlägiger Referenzen wäre nur als Information angesehen worden, so widerspreche dies nicht nur der jahrelangen Ausschreibungspraxis der Auftraggeberin sondern auch offen den Ausschreibungsunterlagen (Punkt 8.302 des Teils B.8 der Ausschreibungsunterlagen). Fraglich sei überdies, ob die präsuntive Zuschlagsempfängerin mit ihrem Angebot überhaupt geeignete Subunternehmer benannt und die für diese geforderten Nachweise und Erklärungen mit dem Angebot vorgelegt habe. Die Vorlage eines Gerätemietvertrages alleine reiche zum Nachweis der Leistungsfähigkeit nicht aus, da der präsuntiven Zuschlagsempfängerin das fachkundige Personal für die ausgeschriebenen Asphaltierungsarbeiten fehle und

eine nachträgliche Einstellung solchen Personals nicht zulässig sei, zumal die Eignung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müsse. Entgegen dem Vorbringen der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sei es entsprechend den Vorgaben in der Ausschreibung, welche keine diesbezügliche Einschränkung vorsehe, nicht zulässig, lediglich das produktive Personal zu nennen.

Die Antragstellerin gehe sohin davon aus, dass das Angebot der D*** auszuschneiden gewesen wäre, sodass sich die gesondert anfechtbare Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig erweise. Sofern die Auftraggeberin im Zuge der Bestbieterermittlung die Nachweise nicht verlangt haben sollte, liege der Vergabeverstoß im Unterlassen einer hinreichenden Angebotsprüfung. Bei rechtskonformem Vorgehen hätte die Auftraggeberin zu einem anderen Ergebnis kommen müssen, weswegen die Rechtswidrigkeit der Entscheidung von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens sei.

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens betreffend die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung habe die Auftraggeberin mit Fax-Schreiben vom 28. Oktober 2008 Zweifel an der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Bildung der antragstellenden Bietergemeinschaft geäußert und die Antragstellerin ersucht, "oben angeführte Umstände bis spätestens Mittwoch den 04.11.2008 per FAX aufzuklären".

Die Antragstellerin habe am 3. November 2008 das Schreiben der Auftraggeberin fristgerecht beantwortet. Mit Schreiben vom 5. November 2008 habe die Auftraggeberin mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 3 (gemeint wohl Abs 2) BVergG und § 129 Abs 1 Z 8 BVergG ausgeschieden werde. Gegen diese Ausscheidensentscheidung richte sich der (zweite) Nachprüfungsantrag vom 11. November 2008 (protokolliert zu N/0146-BVA/06/2008). Die Antragstellerin habe am 3. November 2008 das Schreiben der Auftraggeberin fristgerecht beantwortet. Mit Schreiben vom 5. November 2008 habe die Auftraggeberin mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz 3, (gemeint wohl Absatz 2,) BVergG und Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG ausgeschieden werde. Gegen diese Ausscheidensentscheidung richte sich der (zweite) Nachprüfungsantrag vom 11. November 2008 (protokolliert zu N/0146-BVA/06/2008).

In den Ausschreibungsunterlagen werde die Bildung von Bietergemeinschaft lediglich durch Bestimmung der Mitgliederzahl auf maximal drei beschränkt. Die Bildung der gegenständlichen Bietergemeinschaft entspreche dieser Vorgabe. Nachträgliche Beschränkungen seien daher unzulässig.

Des Weiteren erfülle die Bildung der Bietergemeinschaft nicht den Tatbestand des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG. Denn die Bietergemeinschaft, welche gemäß § 2 Abs 1 Z 13 BVergG "Bieter" im Sinne des BVergG ist, habe keine Abreden mit anderen Unternehmern getroffen. Die Vereinbarung der Mitglieder einer Bietergemeinschaft über deren Bildung

werde vom klaren Wortlaut des Gesetzes nicht vom Tatbestand erfasst. Nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes handle es sich nur bei Abreden zwischen Bieterinnen oder zwischen Bieterinnen und anderen Unternehmen um wettbewerbswidrige Abreden. Abgesehen davon erweise sich die Bildung der gegenständlichen Bietergemeinschaft aber auch als für die Auftraggeberin nicht "nachteilig", weswegen der Tatbestand auch aus diesem Grunde nicht erfüllt sein könne. Einerseits sei es zu einer Preisreduktion gekommen, andererseits liege keine relevante, spürbare Beschränkung der Bieterzahl vor. Des Weiteren erfülle die Bildung der Bietergemeinschaft nicht den Tatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG. Denn die Bietergemeinschaft, welche gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 13, BVergG "Bieter" im Sinne des BVergG ist, habe keine Abreden mit anderen Unternehmen getroffen. Die Vereinbarung der Mitglieder einer Bietergemeinschaft über deren Bildung werde vom klaren Wortlaut des Gesetzes nicht vom Tatbestand erfasst. Nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes handle es sich nur bei Abreden zwischen Bieterinnen oder zwischen Bieterinnen und anderen Unternehmen um wettbewerbswidrige Abreden. Abgesehen davon erweise sich die Bildung der gegenständlichen Bietergemeinschaft aber auch als für die Auftraggeberin nicht "nachteilig", weswegen der Tatbestand auch aus diesem Grunde nicht erfüllt sein könne. Einerseits sei es zu einer Preisreduktion gekommen, andererseits liege keine relevante, spürbare Beschränkung der Bieterzahl vor.

Selbst bei grundsätzlicher Anwendung des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG auf die Bildung von Bietergemeinschaften bestünden aber gegenständlich keine Zweifel an der kartell- und vergaberechtlichen Zulässigkeit der betreffenden Bietergemeinschaft. Festzuhalten sei, dass ein Ausscheiden nicht auf einen bloßen Verdacht auf Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede gründen dürfe. Der Auftraggeber habe einen derartigen Vorwurf entsprechend zu beweisen. Es sei nicht Aufgabe der Bietergemeinschaft diesen Verdacht zu entkräften. Bei Zweifeln an der Tatbestandsmäßigkeit einer Vereinbarung über eine Bietergemeinschaft müsse ein Ausscheiden unterbleiben. Selbst bei grundsätzlicher Anwendung des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG auf die Bildung von Bietergemeinschaften bestünden aber gegenständlich keine Zweifel an der kartell- und vergaberechtlichen Zulässigkeit der betreffenden Bietergemeinschaft. Festzuhalten sei, dass ein Ausscheiden nicht auf einen bloßen Verdacht auf Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede gründen dürfe. Der Auftraggeber habe einen derartigen Vorwurf entsprechend zu beweisen. Es sei nicht Aufgabe der Bietergemeinschaft diesen Verdacht zu entkräften. Bei Zweifeln an der Tatbestandsmäßigkeit einer Vereinbarung über eine Bietergemeinschaft müsse ein Ausscheiden unterbleiben.

Die Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft würden zwar über die erforderlichen Kapazitäten zur Auftragsdurchführung verfügen, allerdings habe sie

erst die Zusammenarbeit in einer Bietergemeinschaft – durch Einsatz der jeweiligen Vorzüge der Unternehmen - in die Lage versetzt, ein erfolversprechendes Angebot abzugeben. Sohin erweise sich die Bildung der Bietergemeinschaft als wettbewerbseröffnend und nicht wettbewerbsbeschränkend. Der wirtschaftliche Vorteil für die Auftraggeberin liege im Vergleich zu Einzelangeboten zwischen 4 und 9%. Bei der Angebotskalkulation sei man so vorgegangen, dass die jeweiligen Möglichkeiten der Unternehmen verglichen wurden und die jeweils günstigste Möglichkeit - etwa bei den Konditionen der Schotter- oder Mischgut-Lieferanten, bei der Verfügbarkeit von Geräten oder bei der Kapazität des Personals - sodann in das Angebot aufgenommen wurde. Weder für die Auftraggeberin noch für Mitglieder der gegenständlichen Bietergemeinschaft hätte es Sinn gemacht, jeweils nicht erfolversprechende Angebote abzugeben und die damit anfallenden Kalkulationskosten und Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren zu tragen. Die Zahl der ernsthaft in Frage kommenden Bieter habe sich somit sogar vergrößert, was sich auch aus dem Ergebnis der Angebotsverlesung zeige. Die Intensität des Wettbewerbs im Rahmen eines Vergabeverfahrens werde in der Regel nicht durch die bestehenden Marktanteile der Bieter bestimmt, sondern dadurch, ob eine ausreichende Zahl von Bieterinnen verbleibt, um wechselseitig wirksam Preisdruck auszuüben. Gegenständlich seien daher Umsätze, Mitarbeiterzahlen, sonstige Angaben zu Kapazitäten und Marktanteilen unerheblich. Es sei die beachtliche Zahl von acht Angeboten abgegeben worden. Hierin würden sich die Marktverhältnisse widerspiegeln, die durch die Bildung der Bietergemeinschaft nicht verändert wurden. Regelmäßig würden sich Bietergemeinschaften in unterschiedlichen Konstellationen bei derartigen Ausschreibungen bewerben und würden diese auch den Zuschlag erhalten. Eine spürbare Beeinträchtigung des Vergabewettbewerbs liege damit nicht vor.

Dass die Auftraggeberin nunmehr entgegen ihrer jahrelangen Beschaffungspraxis die Zulässigkeit einer Bietergemeinschaft durch die größeren österreichischen Bauunternehmen in Abrede stelle, stelle auch einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dar. Bei der Vorgangsweise der Auftraggeberin handle es sich um einen

reinen Willkürakt. Dies werde beispielhaft dadurch belegt, dass die ASFINAG im Bauvorhaben "E***" eine vergleichbare Bietergemeinschaft aus F*** und G*** nicht ausgeschieden habe.

Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin erweise sich sohin als rechtswidrig, da der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG nicht erfüllt sei. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin erweise sich sohin als rechtswidrig, da der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG nicht erfüllt sei.

Aber auch das sofortige Ausscheiden gestützt auf § 129 Abs 3 (gemeint wohl Abs 2) BVergG erweise sich als rechtswidrig. Denn die Antragstellerin habe der Auftraggeberin gegenüber fristgerecht, plausibel und ausführlich dargelegt, weshalb die Bildung der Bietergemeinschaft zur Abgabe eines erfolversprechenden Angebotes erforderlich gewesen und damit weder aus vergabe- noch aus kartellrechtlicher Sicht bedenklich sei. Hätte die Auftraggeberin weitere Informationen benötigt, hätte sie nochmals nachfragen müssen. Die Auftraggeberin habe die Ausführungen aber offenbar nicht verstehen wollen. Aber auch das sofortige Ausscheiden gestützt auf Paragraph 129, Absatz 3, (gemeint wohl Absatz 2,) BVergG erweise sich als rechtswidrig. Denn die Antragstellerin habe der Auftraggeberin gegenüber fristgerecht, plausibel und ausführlich dargelegt, weshalb die Bildung der Bietergemeinschaft zur Abgabe eines erfolversprechenden Angebotes erforderlich gewesen und damit weder aus vergabe- noch aus kartellrechtlicher Sicht bedenklich sei. Hätte die Auftraggeberin weitere Informationen benötigt, hätte sie nochmals nachfragen müssen. Die Auftraggeberin habe die Ausführungen aber offenbar nicht verstehen wollen.

Schließlich sei auch das nach bereits getroffener Zuschlagsentscheidung und erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vorgenommene Ausscheiden rechtsmissbräuchlich und vergaberechtswidrig erfolgt. Das Ausscheiden von Angeboten sei der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung vorgelagert. Zufolge der Erläuterungen zum BVergG 2006 hat ein Ausscheiden spätestens mit der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu geschehen. Es könne dem Gesetz nicht unterstellt werden, dass öffentliche Auftraggeber für einen antragstellenden Bieter den Gebühren- und Verfahrensaufwand-Druck vervielfachen können sollen, indem sie rechtsschutzsuchende Bieter durch nachträgliches Ausscheiden unter irgendeinem Vorwand zu einem weiteren Nachprüfungsantrag zwingen. In diesem Stadium sei daher eine Beschränkung auf die Prüfung eines Ausscheidensgrundes im Rahmen der Prozessvoraussetzungen geboten.

Das Interesse am Vertragsabschluss werde durch die fristgerechte Abgabe eines ausschreibungskonformen Angebotes und die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Zuschlagsentscheidung und die Ausscheidensentscheidung ausreichend glaubhaft dargelegt. Aufgrund der beabsichtigten Zuschlagserteilung drohe der Antragstellerin ein Schaden, der sich einerseits im Gesamtaufwand für die Angebotserstellung in der Höhe von rund € XXX und den Rechtsberatungskosten von vorläufig rund € XXX (gesamt für die Nachprüfungsverfahren N/0134-BVA/06/2008 und N/0146-BVA/06/2008) sowie den entrichteten Pauschalgebühren manifestiere. Andererseits habe der gegenständliche Auftrag besonderen Wert als Referenzauftrag für zukünftige Bewerbungen. Das Interesse am Vertragsabschluss werde durch die fristgerechte Abgabe eines ausschreibungskonformen Angebotes und die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Zuschlagsentscheidung und die Ausscheidensentscheidung ausreichend glaubhaft dargelegt. Aufgrund der beabsichtigten Zuschlagserteilung drohe der Antragstellerin ein Schaden, der sich einerseits im Gesamtaufwand für die Angebotserstellung in der Höhe von rund € römisch 30 und den Rechtsberatungskosten von vorläufig rund € römisch 30 (gesamt für die Nachprüfungsverfahren N/0134-BVA/06/2008 und N/0146-BVA/06/2008) sowie den entrichteten Pauschalgebühren manifestiere. Andererseits habe der gegenständliche Auftrag besonderen Wert als Referenzauftrag für zukünftige Bewerbungen.

Die Antragstellerin erachte sich durch die rechtswidrige Ausscheidensentscheidung in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes, weil die Ausschreibung keine entsprechenden Beschränkungen für Bietergemeinschaften enthielt, Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes, weil kein Ausscheidensgrund (insbesondere nicht nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG) vorliegt, Nicht-Ausscheiden, weil die Antragstellerin die von ihr geforderte Aufklärung fristgerecht geleistet hat (§ 129 Abs 2 BVergG), Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes nach Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung unter Rechtsmissbrauch sowie in weiterer Folge – ebenso wie im Falle der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung - auf Fassung der Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten verletzt. Hinsichtlich der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung macht die Antragstellerin weiters die Verletzung in ihrem Recht auf Beachtung des vergaberechtlichen Grundsatzes, dass die Vergabe nur an geeignete Unternehmer erfolgen darf und auf Ausscheiden des Angebotes eines Bieters, dessen wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben ist, geltend. Die Antragstellerin erachte sich durch die rechtswidrige Ausscheidensentscheidung in ihrem Recht

auf Gleichbehandlung aller Bieter, Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes, weil die Ausschreibung keine entsprechenden Beschränkungen für Bietergemeinschaften enthielt, Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes, weil kein Ausscheidensgrund (insbesondere nicht nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG) vorliegt, Nicht-Ausscheiden, weil die Antragstellerin die von ihr geforderte Aufklärung fristgerecht geleistet hat (Paragraph 129, Absatz 2, BVergG), Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes nach Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung unter Rechtsmissbrauch sowie in weiterer Folge – ebenso wie im Falle der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung – auf Fassung der Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten verletzt. Hinsichtlich der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung macht die Antragstellerin weiters die Verletzung in ihrem Recht auf Beachtung des vergaberechtlichen Grundsatzes, dass die Vergabe nur an geeignete Unternehmer erfolgen darf und auf Ausscheiden des Angebotes eines Bieters, dessen wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben ist, geltend.

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft übermittelte am 23. Oktober 2008 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeberin sei die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (in der Folge ASFINAG bzw. Auftraggeberin), vergebende Stelle die ASFINAG Bau Management GmbH. Es handle sich um einen im Unterschwellenbereich anzusiedelnden Bauauftrag (CPV-Code 45233000/Y038), der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert betrage € XXX. Die Zuschlagsentscheidung sei am 15. Oktober 2008 mittels Fax der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, der D***, sowie den übrigen Bietern bekannt gegeben worden. Das Verfahren sei weder widerrufen worden noch sei der Zuschlag erteilt worden. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft übermittelte am 23. Oktober 2008 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeberin sei die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (in der Folge ASFINAG bzw. Auftraggeberin), vergebende Stelle die ASFINAG Bau Management GmbH. Es handle sich um einen im Unterschwellenbereich anzusiedelnden Bauauftrag (CPV-Code 45233000/Y038), der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert betrage € römisch 30 . Die Zuschlagsentscheidung sei am 15. Oktober 2008 mittels Fax der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, der D***, sowie den übrigen Bietern bekannt gegeben worden. Das Verfahren sei weder widerrufen worden noch sei der Zuschlag erteilt worden.

Mit einer weiteren Stellungnahme vom 30. Oktober 2008 stellte die Auftraggeberin die Antragslegitimation der Antragstellerin in Frage. Es sei der Verdacht entstanden, dass der Zusammenschluss der antragstellenden Bietergemeinschaft nicht im Einklang mit den geltenden kartellrechtlichen Vorschriften stehe. Die Antragstellerin sei daher mit Schreiben vom 28. Oktober 2008 um Aufklärung zum Vorwurf des Vorliegens einer wettbewerbswidrigen Abrede gebeten worden.

Es sei davon auszugehen, dass weder eine Ausnahme gemäß § 2 Abs 1 KartG vorliege noch dass es sich um ein "Bagatellkartell" iSd § 2 Abs 2 Z 2 KartG handle. Es sei davon auszugehen, dass weder eine Ausnahme gemäß Paragraph 2, Absatz eins, KartG vorliege noch dass es sich um ein "Bagatellkartell" iSd Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 2, KartG handle.

Schon aufgrund der vorliegenden Referenzlisten, der Angaben zu den Vollzeitärbeitskräften bzw zu den Umsatzzahlen sei davon auszugehen, dass am gesamten inländischen (Straßenbau-)Markt gemeinsam ein Anteil von deutlich mehr als 5% bestehe.

Weiters werde angenommen, dass jedes der an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen zur Zeit der Bildung der Bietergemeinschaft in der Lage gewesen wäre, ein eigenständiges Angebot zu legen. Dies lasse sich beispielsweise schon allein aus den Beschäftigtenzahlen und den Umsatzzahlen ableiten. Überdies könne die Auftraggeberin aufgrund der durchgeführten Vergabeverfahren und der Kenntnis des Marktes sehr gut einschätzen, ob ein Bieter alleine ein Angebot legen könne oder nicht. Gegenständlich liege eine Bietergemeinschaft von Unternehmern gleicher Fachrichtung vor, welche den Wettbewerb typischerweise beschränke. Der Markt im gegenständlichen Vergabeverfahren sei durch die Bildung der Bietergemeinschaft verkürzt worden, weswegen das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen (wäre).

Mit Stellungnahme vom 11. November 2008 (zu N/0134-BVA/06/2008) und vom 13. November 2008 (zu N/0146-BVA/06/2008) teilte die Auftraggeberin mit, dass die Antragstellerin zwar fristgerecht auf das Aufklärungsschreiben vom 30. Oktober 2008 geantwortet habe, dass aber die Bedenken im Hinblick auf die kartellrechtliche Zulässigkeit der

Bildung der Bietergemeinschaft nicht ausgeräumt werden konnten. Das Angebot der Antragstellerin sei daher gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG und § 129 Abs 3 (gemeint wohl: § 129 Abs 2) BVergG ausgeschieden worden. Mit Stellungnahme vom 11. November 2008 (zu N/0134-BVA/06/2008) und vom 13. November 2008 (zu N/0146-BVA/06/2008) teilte die Auftraggeberin mit, dass die Antragstellerin zwar fristgerecht auf das Aufklärungsschreiben vom 30. Oktober 2008 geantwortet habe, dass aber die Bedenken im Hinblick auf die kartellrechtliche Zulässigkeit der Bildung der Bietergemeinschaft nicht ausgeräumt werden konnten. Das Angebot der Antragstellerin sei daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG und Paragraph 129, Absatz 3, (gemeint wohl: Paragraph 129, Absatz 2,) BVergG ausgeschieden worden.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei ein Auftraggeber nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes auch nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung verpflichtet, die Angebotsprüfung zu vervollständigen und ein Angebot gegebenenfalls auszuschneiden. Die Eignungs- und Angebotsprüfung sei auch nach der Judikatur des Bundesvergabeamtes bis zur Zuschlagserteilung möglich. Dies bekräftigte die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung vom 25. November 2008. Sollte das Bundesvergabeamt das Ausscheiden eines Angebotes im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens allerdings nicht für zulässig erachten, so sei im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dennoch die Antragslegitimation zu verneinen, wenn das Angebot des antragstellenden Bieters auszuschneiden gewesen wäre.

Es sei im Hinblick auf die Vorgangsweise der Auftraggeberin darauf hinzuweisen, dass an erster Stelle ein Verdacht vorliegen und daher auch geäußert werden müsse, damit überhaupt eine Verpflichtung zur Überprüfung eines bestimmten Angebotes nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG entstehe. Vorliegend handle es sich nicht mehr um Verdachtsmomente, es sei vielmehr vom Vorliegen einer unzulässigen Bildung einer Bietergemeinschaft auszugehen. Der Antragstellerin sei entgegenzuhalten, dass auch der Gegenbeweis, dass keine wettbewerbsbeschränkende Abrede vorliegt, plausibel und nachvollziehbar begründet sein müsse. Das Aufklärungsschreiben der Antragstellerin werde diesen Anforderungen aber nicht gerecht. Zudem sei auf die Selbstprüfungspflicht einer Bietergemeinschaft hinzuweisen. Es sei im Hinblick auf die Vorgangsweise der Auftraggeberin darauf hinzuweisen, dass an erster Stelle ein Verdacht vorliegen und daher auch geäußert werden müsse, damit überhaupt eine Verpflichtung zur Überprüfung eines bestimmten Angebotes nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG entstehe. Vorliegend handle es sich nicht mehr um Verdachtsmomente, es sei vielmehr vom Vorliegen einer unzulässigen Bildung einer Bietergemeinschaft auszugehen. Der Antragstellerin sei entgegenzuhalten, dass auch der Gegenbeweis, dass keine wettbewerbsbeschränkende Abrede vorliegt, plausibel und nachvollziehbar begründet sein müsse. Das Aufklärungsschreiben der Antragstellerin werde diesen Anforderungen aber nicht gerecht. Zudem sei auf die Selbstprüfungspflicht einer Bietergemeinschaft hinzuweisen.

Die Antragstellerin habe in ihrem Aufklärungsschreiben argumentiert, dass erst die Zusammenarbeit in der Bietergemeinschaft die Möglichkeit eröffne, ein erfolgversprechendes Angebot zu legen, und zwar durch Einsatz der "jeweiligen Vorzüge" der Mitglieder der Bietergemeinschaft. Etwaige Optimierungspotentiale bzw welche Vorzüge der einzelnen Unternehmen erforderlich waren, um ein erfolgversprechendes Angebot abgeben zu können, seien dem Aufklärungsschreiben nicht zu entnehmen. Die Antragstellerin erblicke die Verbesserung des Angebotes nur in der Gestaltung des Preises. Erläuterungen hierzu bleibe sie schuldig. Abgesehen davon sei eine potentiell günstigere Preisbildung kartellrechtlich unerheblich, zumal jedenfalls eine Beschränkung des Anbieterkreises vorliege. Schließlich erweise sich das Argument, die Erfolgchancen hätten sich durch die Bildung der Bietergemeinschaft erhöht, insofern als nicht geeignet, zumal die präsumtive Zuschlagsempfängerin als weitaus kleineres Unternehmen aufgezeigt habe, ein erfolgversprechendes Angebot abgeben zu können.

Abgesehen von der untauglichen Argumentation der Ermöglichung eines günstigeren Preises habe die Antragstellerin die Gründe für die Notwendigkeit des Zusammenschlusses und die daraus folgenden Optimierungspotentiale nicht dargelegt. Dagegen sei aus einer Aufstellung der ASFINAG ersichtlich, dass die involvierten Unternehmen in der Vergangenheit sehr wohl allein in der Lage gewesen seien, bei ähnlichen und sogar weitaus größeren Vorhaben erfolgversprechende Angebote zu legen und auch den Zuschlag erhalten haben.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei es

unerheblich, ob der Vergabewettbewerb durch den Zusammenschluss spürbar beeinflusst worden sei. Ausschlaggebend sei nur, ob der Wettbewerb beschränkt wurde. Dies sei gegenständlich durch die Abgabe eine

einziges Angebot anstelle von drei Angeboten der Fall. Die Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung könnten insofern dahinstehen. Die Spürbarkeitsgrenzen würden bereits durch die Vorschriften über Bagatellkartelle berücksichtigt.

Die Antragstellerin habe es unterlassen, plausibel und nachvollziehbar darüber aufzuklären, warum der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft nicht gegen kartellrechtliche Vorschriften verstoßen soll. Die Nachvollziehbarkeit der Erforderlichkeit des Zusammenschlusses sei durch die Aufklärung der Antragstellerin nicht gewährleistet, sodass auch der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 3 (gemeint wohl Abs 2) BVergG verwirklicht sei. Es liege kein reiner Willkürakt vor. Das von der Antragstellerin herangezogene Vergabeverfahren "E****" sei mit dem verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren nicht vergleichbar. Die Antragstellerin habe es unterlassen, plausibel und nachvollziehbar darüber aufzuklären, warum der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft nicht gegen kartellrechtliche Vorschriften verstoßen soll. Die Nachvollziehbarkeit der Erforderlichkeit des Zusammenschlusses sei durch die Aufklärung der Antragstellerin nicht gewährleistet, sodass auch der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz 3, (gemeint wohl Absatz 2,) BVergG verwirklicht sei. Es liege kein reiner Willkürakt vor. Das von der Antragstellerin herangezogene Vergabeverfahren "E****" sei mit dem verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren nicht vergleichbar.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig sei, brachte die Auftraggeberin zusammengefasst wie folgt vor:

Nach Ansicht der Auftraggeberin handle es sich gegenständlich um Standardtiefbaumaßnahmen, die sich auf die Verbreiterung der auf einem Damm gelegenen Fahrbahn um 70 cm, das Abfräsen der Fahrbahn sowie den Einbau einer 3,5 cm dicken Asphaltdeckschicht (SMA 11, abgesplittet) in gerader Linie beschränken. Die Komplexität des gegenständlichen Bauvorhabens liege lediglich darin, dass die Arbeiten unter Verkehr durchgeführt werden müssen. Entsprechende bereits vorliegende Pläne seien vom zukünftigen Auftragnehmer umzusetzen. Die Auftraggeberin habe daher das Schwergewicht in der Sicherung der Verkehrssicherheit erblickt. Die im Anhang B 8.5.1. der Ausschreibungsunterlagen aufgezeigten wesentlichen Positionen seien ausschließlich für die vertiefte Angebotsprüfung von Bedeutung, nicht aber dafür, worauf die Auftraggeberin ihr Schwergewicht gelegt habe.

Der Referenznachweis sei im Hinblick auf die keineswegs komplexe Baumaßnahme als bloße Information ohne Sanktionscharakter vorgesehen gewesen. Es werde keinerlei Bewertung vorgenommen. Aus den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten Referenzen gehe hervor, dass diese einerseits diverse Straßenbauarbeiten und andererseits Arbeiten unter Verkehr, somit vergleichbare Arbeiten, durchgeführt habe. Als Beispiel diene die Referenz "H****", bei der ausschließlich mit aufwendigen Tagesabsicherungen gearbeitet werden konnte. Darüber hinaus könne die präsumtive Zuschlagsempfängerin zahlreiche Straßensanierungsarbeiten in Gemeinden vorweisen, die aufgrund oftmals nicht gerade verlaufender Straßenzüge mit zahlreichen Einbauten technisch sehr anspruchsvolle Bauvorhaben darstellen. Es sei davon auszugehen, dass der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausreichend fachkundiges Personal zu Verfügung stehe. Derzeit beschäftige sie 150 bis 200 Personen. Im Hinblick auf diese einschlägigen Referenzen, die Erklärungen des Bieters und die sonstigen vorgelegten Unterlagen (Geräteliste, Angaben zum Personal) sei die Auftraggeberin zu Recht vom Vorliegen der wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgegangen.

Die D***, vertreten durch Y*** (präsumtive Zuschlagsempfängerin), äußerte sich mit Stellungnahmen vom

1. 4.Ziffer 4

und 18. November 2008. Zusammengefasst führte sie in ihren Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung vom 25. November 2008 folgendes aus:

Es handle sich bei der ausgeschriebenen Leistung entgegen der Darstellung der Antragstellerin um eine Standardtiefbauleistung. Die Besonderheit bestehe alleine darin, dass der Verkehr während der Arbeiten aufrecht zu erhalten sei.

Hinsichtlich des spartenspezifischen Umsatzes komme es nicht darauf an, ob dieser Umsatz ausschließlich mit selbst erbrachten Leistungen oder auch mit Subunternehmerleistungen erzielt worden sei. Maßgeblich sei, dass der Umsatz mit der Ausführung von Bauleistungen erwirtschaftet worden sei. Die bestandfeste Ausschreibung differenziere hier nicht. Auch bei der Erklärung hinsichtlich durchgeführter einschlägiger Arbeiten werde diesbezüglich keine Unterscheidung vorgenommen. Der Einsatz von Subunternehmern sei im Bereich des Tiefbaus branchenüblich. Im

Übrigen habe die Antragstellerin aber in den letzten 5 Jahren sämtliche Arbeiten, die bei der Durchführung des ausschreibungsgegenständlichen Bauvorhabens zu erbringen sind, bereits bei anderen Bauvorhaben erbracht. Die Referenzprojekte seien insbesondere unter dem Aspekt der Verkehrssicherheit ausgewählt worden. Auch Asphaltierungsarbeiten habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin, beispielsweise bei den in der Referenzliste an zweiter und dritter Stelle genannten Projekten, bereits selbst erbracht. Es seien keine Subunternehmer für die Asphaltierungsarbeiten namhaft gemacht worden. Diese würden ausschließlich durch eigenes Personal, das über ausreichend Erfahrung verfüge, durchgeführt werden. Das produktive Personal sei der Auftraggeberin unter Hinweis darauf, dass das erforderliche Personal jedenfalls zum Einsatz kommen werde, bekannt gegeben worden. Weiters sei eine Geräteeinsatzliste vorgelegt worden. Zum Einsatz komme beispielsweise ein Asphaltfertiger der Marke Vögele, 1801. Das von der Antragstellerin angesprochen Abstreugerät werde unter der Position "Kleingeräte" erfasst. Die Antragstellerin verfüge somit sowohl über das entsprechend qualifizierte Personal als auch über die erforderlichen Geräte.

Die Auftraggeberin beantragte und die Antragstellerin regte an, die Verfahren N/0134-BVA/06/2008 sowie N/0146-BVA/06/2008 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der darauf Bezug nehmenden Beilagen, der Unterlagen der verfahrensgegenständlichen Auftragvergabe sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 25. November 2008 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die gegenständliche Leistung "S4 Mattersburger Schnellstraße, Sicherheitsausbau Knoten Mattersburg – Sigleß, km 0,800 – 3,600" wurde im August 2008 im offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben (Amtlicher Lieferanzeiger L-439275-8825). Auftraggeberin ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vergebende Stelle die ASFINAG Bau Management GmbH. Es handelt sich laut unbestrittenen Angaben der Auftraggeberin um einen Bauauftrag, CPV-Code 45233000/Y038. Der geschätzte Auftragswert beträgt € XXX (exkl. USt.). Punkt B.1.311 (Anzahl der Partner von Bieter/Arbeitsgemeinschaften) der Ausschreibung lautet: "Die Anzahl der Mitglieder einer Bieter/Arbeitsgemeinschaft ist mit 3 beschränkt". Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 18. September 2008, 11.00 Uhr, vorgesehen. Die Öffnung der Angebote erfolgte am selben Tag. Die gegenständliche Leistung "S4 Mattersburger Schnellstraße, Sicherheitsausbau Knoten Mattersburg – Sigleß, km 0,800 – 3,600" wurde im August 2008 im offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben (Amtlicher Lieferanzeiger L-439275-8825). Auftraggeberin ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vergebende Stelle die ASFINAG Bau Management GmbH. Es handelt sich laut unbestrittenen Angaben der Auftraggeberin um einen Bauauftrag, CPV-Code 45233000/Y038. Der geschätzte Auftragswert beträgt € römisch 30 (exkl. USt.). Punkt B.1.311 (Anzahl der Partner von Bieter/Arbeitsgemeinschaften) der Ausschreibung lautet: "Die Anzahl der Mitglieder einer Bieter/Arbeitsgemeinschaft ist mit 3 beschränkt". Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 18. September 2008, 11.00 Uhr, vorgesehen. Die Öffnung der Angebote erfolgte am selben Tag.

Mit Telefax vom 15. Oktober 2008 wurde die Zuschlagsentscheidung zugunsten der D*** dieser und den übrigen Bietern bekannt gegeben. Diese Mitteilung langte bei der von der Auftraggeberin zu diesem Zeitpunkt nicht ausgeschiedenen und an zweite Stelle gereihten Antragstellerin am 15. Oktober 2008 ein. Die Antragstellerin ist eine Bietergemeinschaft bestehend aus der A***, der B*** und der C***.

Am 21. Oktober 2008 brachte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ein. Diese Anträge wurden zur Zahl N/0134-BVA/06/2008 protokolliert. Mit Bescheid vom 24. Oktober 2008 wurde der Auftraggeberin für die Dauer des betreffenden Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlags untersagt.

Am 28. Oktober 2008 richtete die Auftraggeberin folgendes Schreiben mittels Telefax an die Antragstellerin:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

wir nehmen Bezug auf ihr Angebot im oben bezeichneten Vergabeverfahren. Im Zuge der Erstellung unserer Stellungnahme zu dem von Ihnen eingereichten Nachprüfungsantrag vom 21.10.2008 und der Prüfung der Antragslegitimation ergaben sich Zweifel, ob der Zusammenschluss zur Bietergemeinschaft im Einklang mit den kartellrechtlichen Vorschriften steht.

Nach vorläufiger Prüfung gehen wir davon aus, dass dies nicht der Fall ist und daher ihr Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z

8 BVergG auszuschneiden ist, wodurch auch der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen ist, und dürfen dies wie folgt begründen: Nach vorläufiger Prüfung gehen wir davon aus, dass dies nicht der Fall ist und daher ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG auszuschneiden ist, wodurch auch der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen ist, und dürfen dies wie folgt begründen:

Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften

Zunächst ist davon auszugehen, dass auf Grund der Marktanteile der beteiligten Unternehmen kein Bagatellkartell iSd § 2 Abs.2 Z 1 KartG vorliegt; auch die Anwendbarkeit weiterer Ausnahmetatbestände ist nicht ersichtlich. Zunächst ist davon auszugehen, dass auf Grund der Marktanteile der beteiligten Unternehmen kein Bagatellkartell iSd Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, KartG vorliegt; auch die Anwendbarkeit weiterer Ausnahmetatbestände ist nicht ersichtlich.

Wir sind weiters der Auffassung, dass ein jeder Teilnehmer Ihrer Bietergemeinschaft für sich die ausgeschriebenen Leistungen ohne Weiteres alleine erbringen kann. Dies gründet sich auf die Umsatzzahlen jedes an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmens sowie auf den Umstand, dass es sich um keineswegs komplizierte, sondern Standardtiefbauleistungen handelt.

Es liegt daher keine Rechtfertigung dahingehend vor, dass die Bildung der Bietergemeinschaft ein zusätzliches Angebot ermöglicht hätte, vielmehr wurde die Zahl möglicher Angebote durch den Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft beschränkt.

Es besteht daher der Verdacht, dass durch die Vereinbarung über die Bietergemeinschaft eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung vorliegt. Sollten Sie diesen Verdacht nicht entkräften können, müsste ihr Angebot iSd § 129 BVergG ausgeschieden werden. Es besteht daher der Verdacht, dass durch die Vereinbarung über die Bietergemeinschaft eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung vorliegt. Sollten Sie diesen Verdacht nicht entkräften können, müsste ihr Angebot iSd Paragraph 129, BVergG ausgeschieden werden.

Wir ersuchen Sie, oben angeführte Umstände bis spätestens Mittwoch den 04.11.008 per FAX aufzuklären, andernfalls ihr Angebot gemäß § 129 BVergG ausgeschieden werden müsste. "Wir ersuchen Sie, oben angeführte Umstände bis spätestens Mittwoch den 04.11.008 per FAX aufzuklären, andernfalls ihr Angebot gemäß Paragraph 129, BVergG ausgeschieden werden müsste."

Die antragstellende Bietergemeinschaft beantwortete das Ersuchen der Auftraggeberin am 3. November 2008:

„Sehr geehrte Damen und Herren!

Ihre Aufforderung zur Stellungnahme vom 28.10.2008 beantworten wir fristgerecht wie folgt:

Verfristung:

Nach herrschender Meinung stellt das Ausscheiden von Angeboten einen eigenen Verfahrensabschnitt dar, zumal das BVergG 2006 nunmehr die Ausscheidensentscheidung als gesondert anfechtbare Entscheidung normiert. Ausweislich der §§ 129 Abs 1 und 320 Abs 2 BVergG ist dieser Verfahrensabschnitt der Auswahl des Angebots für den Zuschlag vorgelagert (Fink/Schiefer in Heid/Hauck/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 407). Nach herrschender Meinung stellt das Ausscheiden von Angeboten einen eigenen Verfahrensabschnitt dar, zumal das BVergG 2006 nunmehr die Ausscheidensentscheidung als gesondert anfechtbare Entscheidung normiert. Ausweislich der Paragraphen 129, Absatz eins und 320 Absatz 2, BVergG ist dieser Verfahrensabschnitt der Auswahl des Angebots für den Zuschlag vorgelagert (Fink/Schiefer in Heid/Hauck/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 407).

Da die Zuschlagsentscheidung bereits getroffen ist, kommt ein nachträgliches Ausscheiden unseres Angebots nicht mehr in Betracht, zumal dieses ganz offensichtlich rechtsmissbräuchlich nur deshalb erfolgen soll, um die Rechtsschutzmöglichkeiten unserer Bietergemeinschaft im bereits anhängigen Verfahren vor dem Bundesvergabeamt zu schmälern. Gegen eine Ausscheidensentscheidung müssten wir (und werden wir) natürlich einen weiteren Antrag auf Nichtigerklärung stellen, wodurch ebenso offensichtlich der Kostendruck auf unsere Bietergemeinschaft erhöht werden soll. All das halten wir für unzulässig.

Wir halten fest, dass ein Vergabestoß auch dann rechtswidrig bleibt, wenn er durch Bieter nicht oder nicht mehr angefochten werden kann - Vergabeverstoß bleibt Vergabeverstoß. Ihre Aufforderung zur Stellungnahme zwingt uns zu der Annahme, dass von Seiten des Auftraggebers versucht wird, mit Schutzbehauptungen und aus vorgeschobenen

formalen Gründen das Nachprüfungsverfahren zu verhindern, um dem billigeren Angebot der D*** den Zuschlag erteilen zu können, auch wenn das vergaberechtswidrig ist.

Verdachtsmomente reichen nicht aus

Sie behaupten, es bestünde der "Verdacht", die Bildung unserer Bietergemeinschaft verstoße gegen kartellrechtliche Vorschriften und stelle eine wettbewerbswidrige

Absprache im Sinne des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG dar. Für ein Ausscheiden unseres Angebots reicht das freilich nicht aus; es wäre vielmehr Sache der ausschreibenden Stelle, diesen Vorwurf auch entsprechend zu beweisen und nicht Aufgabe unserer Bietergemeinschaft, diesen Verdacht zu entkräften (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG Kommentar [2005] Rz 46 zu § 30; Müller, Kartellrechtliche Aspekte von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften im Vergaberecht, RPA 2004, 148 [151 f]; Th. Gruber/Keznickl, Auswirkungen des KartG 2005 und das BVergG 2006 auf Bieter- und Arbeitsgemeinschaften, ZVB 2006, 69 [71]; BVA 2.10.2001, N-80/01-19). Absprache im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG dar. Für ein Ausscheiden unseres Angebots reicht das freilich nicht aus; es wäre vielmehr Sache der ausschreibenden Stelle, diesen Vorwurf auch entsprechend zu beweisen und nicht Aufgabe unserer Bietergemeinschaft, diesen Verdacht zu entkräften (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG Kommentar [2005] Rz 46 zu Paragraph 30,; Müller, Kartellrechtliche Aspekte von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften im Vergaberecht, RPA 2004, 148 [151 f]; Th. Gruber/Keznickl, Auswirkungen des KartG 2005 und das BVergG 2006 auf Bieter- und Arbeitsgemeinschaften, ZVB 2006, 69 [71]; BVA 2.10.2001, N-80/01-19).

Keine Standardtiefbauleistungen

Wie schon in unserem Nachprüfungsantrag ausgeführt, handelt es sich insbesondere beim Einbau des Mischguts in diesem konkreten Projekt nicht um bloße Standardtiefbauleistungen, wie Sie schreiben. Erforderlich ist neben bestimmten Geräten auch die entsprechende Erfahrung in diesem Bereich; deshalb wurde in der Ausschreibung ja auch der Nachweis von einschlägigen Referenzen verlangt.

Es sind dies im Speziellen (ohne Anspruch auf Vollständigkeit):

- -Strichaufzählung
die Erdarbeiten/Dammschüttungen zur Verbreiterung
- -Strichaufzählung
die hydromechanische Rohrreinigung
- -Strichaufzählung
das Reinigen der Fräsflächen durch Hochdruckwasser
- -Strichaufzählung
das Herstellen der Stützrippen
- -Strichaufzählung
der Einbau der bituminösen Trag- und Bindeschichten bei den Verbreiterungen
- -Strichaufzählung
der Einbau des Splittmastixbelages
- -Strichaufzählung
das Absplitten der SMA-Decke mit bitumenumhüllten Splitt 2/4
- -Strichaufzählung
der Betonabbruch- und Instandsetzungsarbeiten bei den Brückenobjekten

Zur Zulässigkeit unserer Bietergemeinschaft

Die einzige Beschränkung der Ausschreibung betreffend Bietergemeinschaften ist die Festlegung der Höchstzahl deren Mitglieder mit 3 (drei). Dieser Festlegung haben wir entsprochen.

Hinsichtlich der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer Bietergemeinschaft ist darauf hinzuweisen, dass diese nach herrschender Lehre (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG Kommentar [2005] Rz 42 f zu § 30; Müller, Kartellrechtliche Aspekte von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften im Vergaberecht, RPA 2004, 148 [152]; Oppel, Entscheidungsanmerkung, ZVB 2008, 49f; Stifter, Bewertung von Bietergemeinschaften im europäischen Kartellrecht, wbl 2001, 453) und Rechtsprechung (VKS Wien 18.10.2007, VKS - 4093/07) keineswegs nur dann zulässig

ist, wenn die Mitglieder der Bietergemeinschaft die Leistung auch alleine ausführen könnten. Eine (horizontale) Bietergemeinschaft ist zulässig, wenn die beteiligten Unternehmen (jedes für sich betrachtet)Hinsichtlich der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer Bietergemeinschaft ist darauf hinzuweisen, dass diese nach herrschender Lehre (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/ Thienel, BVergG Kommentar [2005] Rz 42 f zu Paragraph 30,; Müller, Kartellrechtliche Aspekte von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften im Vergaberecht, RPA 2004, 148 [152]; Opperl, Entscheidungsanmerkung, ZVB 2008, 49f; Stifter, Bewertung von Bietergemeinschaften im europäischen Kartellrecht, wbl 2001, 453) und Rechtsprechung (VKS Wien 18.10.2007, VKS - 4093/07) keineswegs nur dann zulässig ist, wenn die Mitglieder der Bietergemeinschaft die Leistung auch alleine ausführen könnten. Eine (horizontale) Bietergemeinschaft ist zulässig, wenn die beteiligten Unternehmen (jedes für sich betrachtet)

- -Strichaufzählung

zur Zeit der Bildung der Bietergemeinschaft überhaupt nicht oder jedenfalls zu dieser Zeit nicht über die erforderliche Kapazität zur Auftragsdurchführung verfügt;

oder

- zwar über die erforderlichen Kapazitäten verfügen, aber erst die Zusammenarbeit in der Bietergemeinschaft sie in die Lage versetzt, ein erfolgversprechendes Angebot abzugeben.

Zweiteres ist bei unserer Bietergemeinschaft der Fall, weshalb die Marktanteile unserer Unternehmen außer Betracht bleiben können. Wie man am Ergebnis der Angebotsverlesung erkennen kann, haben wir das zweitbeste Angebot abgegeben - eigentlich das beste, wenn man bedenkt, dass die D*** aus den in unserem Nachprüfungsantrag genannten Gründen auszuschneiden ist. Unser Gesamtpreis war aber nur möglich, weil wir uns bemüht haben, die jeweiligen Vorzüge der Unternehmen der Mitglieder unserer Bietergemeinschaft einzusetzen und so ein attraktives Angebot zu erstellen. Erst dadurch konnten wir uns in die Lage versetzen, ein erfolgversprechendes Angebot abzugeben.

Bei gegenständlichem Angebot lag der wirtschaftliche Vorteil durch die Bietergemeinschaft zwischen 4 und 9 %. Daraus ist zu erkennen, dass es nur durch den Zusammenschluss möglich war, ein erfolgversprechendes Angebot abzugeben.

Es ist daher auch nicht zutreffend, dass durch den Zusammenschluss zu unserer Bietergemeinschaft die Zahl möglicher Angebote beschränkt worden wäre. Da wir,

wie das Ergebnis der Angebotsverlesung zeigt, nur als Bietergemeinschaft in der Lage waren, unseren Angebotspreis abzugeben, und es weder für den Auftraggeber noch für die Mitglieder unserer Bietergemeinschaft Sinn gemacht hätte, jeweils nicht erfolgversprechende Angebote abzugeben, hat sich durch die Bildung unserer Bietergemeinschaft die Zahl der ernsthaft in Frage kommenden Bieter sogar vergrößert - nämlich plus 1, statt minus 3 (Karollus(Artmann, Bietergemeinschaften im europäischen Kartellrecht,

wbl 2001, 453 [Punkt III.3]),wbl 2001, 453 [Punkt römisch drei.3]).

Weiters ist zu beachten, dass schon die beachtliche Zahl an abgegebenen Angeboten die von Ihnen unterstellte Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht stützen kann, sehr wohl aber unser Argument, dass erst die Bildung unserer Bietergemeinschaft die Abgabe eines erfolgversprechenden Angebots ermöglicht hat: Unter den acht abgegebenen Angeboten finden sich auch die Angebote des größten (F***) und des viertgrößten (Swietelsky) österreichischen Bauunternehmens sowie eine Bietergemeinschaft von Unternehmen des

zweitgrößten österreichischen Baukonzerns (G***); diese waren jeweils alleine nicht in der Lage, preislich erfolgversprechende Angebote abzugeben.

Der Vergabewettbewerb wurde durch die Bildung

unserer Bietergemeinschaft nicht spürbar beeinflusst, weil es nicht zu einer Veränderung der Marktverhältnisse gekommen ist; ganz im Gegenteil widerspiegeln sich diese durch die Zahl der Bieter und Angebote. Ein Ausscheiden unserer Angebots kann daher nicht auf § 129 Abs 1 Z 8 BVergG gestützt werden (Müller, Kartellrechtlicheunserer Bietergemeinschaft nicht spürbar beeinflusst, weil es nicht zu einer Veränderung der Marktverhältnisse gekommen ist; ganz im Gegenteil widerspiegeln sich diese durch die Zahl der Bieter und Angebote. Ein Ausscheiden unserer Angebots kann daher nicht auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG gestützt werden (Müller, Kartellrechtliche

Aspekte von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften im Vergaberecht, RPA 2004, 148 [153])....“

Mit Telefax-Schreiben vom 5. November 2008 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes aus dem Vergabeverfahren mit. Begründend wurde ausgeführt: "Die Gründe" ... liegen in der unterlassenen (nachvollziehbaren) Aufklärung gemäß Ihrem Schreiben vom 03.11.2008 (§ 129 Abs 3 BVergG) sowie der für den Auftraggeber nachteiligen, gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßenden Abrede durch die Vereinbarung über eine Bietergemeinschaft (§ 129 Abs 1 Z 8 BVergG). Durch Ihr Aufklärungsschreiben konnten die Verdachtsmomente hinsichtlich einer unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung nicht entkräftet werden". Mit Telefax-Schreiben vom 5. November 2008 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes aus dem Vergabeverfahren mit. Begründend wurde ausgeführt: "Die Gründe" ... liegen in der unterlassenen (nachvollziehbaren) Aufklärung gemäß Ihrem Schreiben vom 03.11.2008 (Paragraph 129, Absatz 3, BVergG) sowie der für den Auftraggeber nachteiligen, gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßenden Abrede durch die Vereinbarung über eine Bietergemeinschaft (Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG). Durch Ihr Aufklärungsschreiben konnten die Verdachtsmomente hinsichtlich einer unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung nicht entkräftet werden".

Gegen diese Ausscheidensentscheidung brachte die Bietergemeinschaft am 11. November 2008 einen weiteren Nachprüfungsantrag, protokolliert zu N/0146-BVA/06/2008, ein.

In der mündlichen Verhandlung vom 25. November 2008 wurden die Nachprüfungsverfahren N/0134-BVA/06/2008 und N/0146-BVA/06/2008 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Das Vergabeverfahren wurde weder durch Zuschlag noch durch Widerruf beendet.

Diese Feststellungen ergeben sich widerspruchsfrei aus dem Vorbringen der Parteien und den von diesen vorgelegten Unterlagen.

Die vorliegenden Anträge sind rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentliche

Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Der Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß § 4 BVergG zu qualifizieren, der in Form eines gegenständlichen Auftrags ist als Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG zu qualifizieren, der in Form eines offenen Verfahrens vergeben werden soll. Der

geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin € XXX (exkl. USt), sodass es sich gemäß § 12 Abs 1 BVergG um einen Auftrag im Unterschwellenbereich handelt. Der gegenständliche geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin € römisch 30 (exkl. USt), sodass es sich gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG um einen Auftrag im Unterschwellenbereich handelt. Der gegenständliche

Auftrag fällt somit in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006. Da weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen wurde, ist die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers entsprechend § 291 Abs 2 iVm § 312 Abs 2 Z 2 BVergG gegeben. erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen wurde, ist die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers entsprechend Paragraph 291, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG gegeben.

II. Spruchpunkt I (Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung) römisch zwei. Spruchpunkt römisch eins (Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung)

1. 1. Ziffer eins
Zulässigkeit

Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs 2 BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Die Antragstellerin bekämpft binnen offener Frist gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG die gesondert anfechtbare Entscheidung "Ausscheiden eines Angebotes" gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Die Pauschalgebühr wurde gemäß § 318 Abs 1 Z 5 BVergG iVm Anhang XIX bei Antragstellung in entsprechender Höhe entrichtet. Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Die Antragstellerin bekämpft binnen offener Frist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG die gesondert anfechtbare Entscheidung "Ausscheiden eines Angebotes" gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG in Verbindung mit Anhang römisch neunzehn bei Antragstellung in entsprechender Höhe entrichtet.

1. 2.Ziffer 2

Inhaltliche Beurteilung

Zum Zeitpunkt des Ausscheidens

Die Auftraggeberin hat die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, im Zuge des Nachprüfungsverfahrens betreffend die Zuschlagsentscheidung und somit nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung getroffen.

Es ist der Antragstellerin insofern zuzustimmen, als

der Gesetzgeber des Bundesvergabegesetzes den Zeitpunkt

des Ausscheidens als Folge der Angebotsprüfung grundsätzlich

vor bzw zeitgleich mit der Bekanntmachung der

Zuschlagsentscheidung vor Augen hat (§§ 129 Abs 1 und 130

Abs 1 BVergG; siehe auch EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 85). Es

steht allerdings nach der ständigen Rechtsprechung des

Verwaltungsgerichtshofes und des Bundesvergabeamtes (siehe

ua VwGH vom 4. September 2002, 2000/04/0181 = ZVB 2002/125

[Gruber] = bbl 2003/29; BVA vom 1. Februar 2008,

BVA/0121-BVA/07/2007-41 = ZVB 2008/40 [Essletzichler/Hagen]).

Deswegen erweist sich auch der Vorwurf der Antragstellerin, die Auftraggeberin habe willkürlich gehandelt, als nicht berechtigt. In diesem Zusammenhang ist auch das Argument, die Auftraggeberin habe in einem anderen Verfahren eine erstgereichte Bietergemeinschaft bedeutender Marktteilnehmer nicht ausgeschieden, unbeachtlich, da Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens ausschließlich das Vergabeverfahren "S4 Mattersburger Schnellstraße; Sicherheitsausbau Knoten Mattersburg – Sigleß, km 0,800 – 3,600" bildet. Die Entscheidungen der Auftraggeberin in anderen Vergabeverfahren sind einer gesonderten Anfechtung zugänglich und stehen hiermit in keinem Zusammenhang.

Festzuhalten ist, dass der Auftraggeber demnach, zumindest hinsichtlich jener Angebote, die für die Zuschlagserteilung in Betracht kommen (§ 123 Abs 3 BVergG), verpflichtet ist, bei Vorliegen eines Ausscheidenstatbestandes das betreffende Angebot auch tatsächlich aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden. Folge dessen kann der Zeitpunkt des Ausscheidens mitunter auch nach Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung liegen. So hat der Verwaltungsgerichtshof in einem mit dieser Konstellation vergleichbaren Fall ausgesprochen, dass (VwGH vom 21. Dezember 2004, 2002/04/0177 = ZfVB 2006/464). Zumal das Ausscheiden eines Angebotes seit dem Bundesvergabegesetz 2006 eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt, ist mit einem Ausscheiden nach erfolgter Zuschlagsentscheidung auch kein Rechtsschutzdefizit verbunden. Anzumerken ist auch, dass nur bei gleichzeitiger Anfechtung der Zuschlags- und der Ausscheidensentscheidung in einem Antrag die Pauschalgebühr lediglich ein Mal zu entrichten ist (vgl § 320 Abs 2 BVergG). Fallen diese beiden Auftraggeberentscheidungen zeitlich auseinander, was ja nicht nur in der vorliegenden Konstellation sondern gerade auch bei einem Ausscheiden vor

Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung der Fall sein kann, sind gesonderte, auch gesondert zu vergebührende Nachprüfungsanträge einzubringen. Festzuhalten ist, dass der Auftraggeber demnach, zumindest hinsichtlich jener Angebote, die für die Zuschlagserteilung in Betracht kommen (Paragraph 123, Absatz 3, BVergG), verpflichtet ist, bei Vorliegen eines Ausscheidenstatbestandes das betreffende Angebot auch tatsächlich aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden. Folge dessen kann der Zeitpunkt des Ausscheidens mitunter auch nach Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung liegen. So hat der Verwaltungsgerichtshof in einem mit dieser Konstellation vergleichbaren Fall ausgesprochen, dass (VwGH vom 21. Dezember 2004, 2002/04/0177 = ZfVB 2006/464). Zumal das Ausscheiden eines Angebotes seit dem Bundesvergabegesetz 2006 eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt, ist mit einem Ausscheiden nach erfolgter Zuschlagsentscheidung auch kein Rechtsschutzdefizit verbunden. Anzumerken ist auch, dass nur bei gleichzeitiger Anfechtung der Zuschlags- und der Ausscheidensentscheidung in einem Antrag die Pauschalgebühr lediglich ein Mal zu entrichten ist (vergleiche Paragraph 320, Absatz 2, BVergG). Fallen diese beiden Auftraggeberentscheidungen zeitlich auseinander, was ja nicht nur in der vorliegenden Konstellation sondern gerade auch bei einem Ausscheiden vor Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung der Fall sein kann, sind gesonderte, auch gesondert zu vergebührende Nachprüfungsanträge einzubringen.

Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin nach Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung belastet diese Auftraggeberentscheidung daher nicht mit Rechtswidrigkeit.

Zum Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG Zum Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG

Eine Bietergemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes, das Leistungen auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen zum Inhalt haben kann (§ 2 Z 14 BVergG). Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften können Angebote oder Teilnahmeanträge einreichen, sofern nicht in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften für unzulässig erklärt wurde. Der Auftraggeber kann ferner in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen eine allfällige Beschränkung der Mitgliederanzahl oder der Zusammensetzung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften vorsehen (§ 20 Abs 2 BVergG). Eine Bietergemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes, das Leistungen auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen zum Inhalt haben kann (Paragraph 2, Ziffer 14, BVergG). Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften können Angebote oder Teilnahmeanträge einreichen, sofern nicht in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften für unzulässig erklärt wurde. Der Auftraggeber kann ferner in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen eine allfällige Beschränkung der Mitgliederanzahl oder der Zusammensetzung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften vorsehen (Paragraph 20, Absatz 2, BVergG).

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sind Vergabeverfahren nach

einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Zum Vorgehen bei der Angebotsprüfung bestimmt § 123 Abs 2 Z 1 BVergG, dass ua im Einzelnen zu prüfen ist, ob den in § 19 Abs 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde. Gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bieter, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen haben, auszuschneiden. einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Zum Vorgehen bei der Angebotsprüfung bestimmt Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG, dass ua im Einzelnen zu prüfen ist, ob den in Paragraph 19, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bieter, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen haben, auszuschneiden.

Die Antragstellerin bringt vor, dass der Tatbestand des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG bei Bildung einer Bietergemeinschaft insofern nicht erfüllt sein könne, als in diesem Fall der Bieter, nämlich die Bietergemeinschaft, mit anderen Unternehmern keine Abreden getroffen habe. Die Antragstellerin bringt vor, dass der Tatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG bei Bildung einer Bietergemeinschaft insofern nicht erfüllt sein könne, als in diesem Fall der Bieter, nämlich die Bietergemeinschaft, mit anderen Unternehmern keine Abreden getroffen habe.

Dieser Argumentation kann seitens des erkennenden

Senates nicht gefolgt werden. Nach herrschender Auffassung dient die Verpflichtung zum Ausscheiden von Angeboten ganz allgemein dem Ziel, einen "sauberen" Wettbewerb zu sichern und Bieter von einer Vergabe auszuschließen, die sich in eine gegenüber anderen Bietern günstigere und damit wettbewerbsverfälschende Ausgangsposition gebracht haben (siehe VwGH vom 29. Mai 2002, 2002/04/0023; BVA vom 19. März 2001, N-12/01-32, N-16/01-23, N-17/01-21 = RPA 2011/24 [Pock] = wbl 2002/33; Müller, Kartellrechtliche Aspekte von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften im Vergaberecht, RPA 2004, 148 mwN).

Im Rahmen der Angebotsprüfung ist der Auftraggeber

insbesondere auch angehalten, Angebote auf deren

Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des § 19 Abs 1 BVergG zu prüfen. Schutzobjekt der Schutznorm "BVergG" ist der freie, faire und laute Wettbewerb unter Wahrung der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 37f). Der Umsetzung des Wettbewerbsgrundsatzes des § 19 Abs 1 BVergG dient im Besonderen § 129 Abs 1 Z 8 BVergG. Schutzzweck beider Normen ist die Sicherstellung eines sowohl im Verhältnis zwischen den Wettbewerbern als auch im Verhältnis des Auftraggebers zu den Bietern funktionierenden Vergabewettbewerbs. Wettbewerbswidrig wäre es etwa, wenn die Anzahl der möglichen Bewerber/Bieter verringert wird bzw einzelne Unternehmer durch ihr Zusammenwirken den Konkurrenzdruck im Rahmen eines Vergabeverfahrens ausschalten (BVA vom 2. Oktober 2001, N-80/01-19 = ZVB 2001/44 [Latzenhofer]; dem folgend Fink/Schiefer, in Heid/Preslmayr Handbuch Vergaberecht² [2005], 392). Eine derartige Gefahr einer Wettbewerbsbeeinträchtigung kann im Zusammenhang mit der Beteiligung einer Bietergemeinschaft entstehen. In diesem Sinne ist in der Lehre und der bislang hierzu ergangenen Rechtsprechung anerkannt, dass die Vereinbarung über die Bildung einer – jedenfalls seit dem Kartellgesetz 2005 nicht mehr als "kartellrechtsimmun" zu behandelnden – Bietergemeinschaft eine kartellrechtswidrige Vereinbarung darstellen kann, die mitunter ein Ausscheiden des betreffenden Angebotes gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG nach sich zieht [Holoubek/Eilmannsberger, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? – Zur kartellrechtlichen Überprüfung einer Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren, ÖZW 2008, 2; Vereinbarung mit den Grundsätzen des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG zu prüfen. Schutzobjekt der Schutznorm "BVergG" ist der freie, faire und laute Wettbewerb unter Wahrung der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber (EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 37f). Der Umsetzung des Wettbewerbsgrundsatzes des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG dient im Besonderen Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG. Schutzzweck beider Normen ist die Sicherstellung eines sowohl im Verhältnis zwischen den Wettbewerbern als auch im Verhältnis des Auftraggebers zu den Bietern funktionierenden Vergabewettbewerbs. Wettbewerbswidrig wäre es etwa, wenn die Anzahl der möglichen Bewerber/Bieter verringert wird bzw einzelne Unternehmer durch ihr Zusammenwirken den Konkurrenzdruck im Rahmen eines Vergabeverfahrens ausschalten (BVA vom 2. Oktober 2001, N-80/01-19 = ZVB 2001/44 [Latzenhofer]; dem folgend Fink/Schiefer, in Heid/Preslmayr Handbuch Vergaberecht² [2005], 392). Eine derartige Gefahr einer Wettbewerbsbeeinträchtigung kann im Zusammenhang mit der Beteiligung einer Bietergemeinschaft entstehen. In diesem Sinne ist in der Lehre und der bislang hierzu ergangenen Rechtsprechung anerkannt, dass die Vereinbarung über die Bildung einer – jedenfalls seit dem Kartellgesetz 2005 nicht mehr als "kartellrechtsimmun" zu behandelnden – Bietergemeinschaft eine kartellrechtswidrige Vereinbarung darstellen kann, die mitunter ein Ausscheiden des betreffenden Angebotes gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG nach sich zieht [Holoubek/Eilmannsberger, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? – Zur kartellrechtlichen Überprüfung einer Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren, ÖZW 2008, 2;

Müller, Kartellrechtliche Aspekte von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften im Vergaberecht, RPA 2004, 148;

Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 30 Rz 46; VKS Wien vom 18. Oktober 2007, VKS-4093/07 = RPA 2008, 95 [Stiefelmeyer] = ZVB 2008/16 [Oppel]; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 30, Rz 46; VKS Wien vom 18. Oktober 2007, VKS-4093/07 = RPA 2008, 95 [Stiefelmeyer] = ZVB 2008/16 [Oppel];

VKS Wien vom 28. Februar 2008, VKS-9174/07 und VKS-9175/07).

Der Wortlaut des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG deutet auf den ersten Blick darauf hin, dass die Abrede, die einer Bietergemeinschaft zugrunde liegt, nicht umfasst ist. Dies lässt sich allerdings mit dem angeführten Wortlaut des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG deutet auf den ersten Blick darauf hin, dass die Abrede, die einer Bietergemeinschaft zugrunde liegt, nicht umfasst ist. Dies lässt sich allerdings mit dem angeführten

Schutzzweck der Bestimmung nicht in Einklang bringen. Überdies erfordert die historische Entwicklung eine anderweitige Sicht. Zum einen waren Bietergemeinschaften lange Zeit von der Anwendung des Kartellgesetzes

ausgenommen und damit auch einer vergaberechtlich relevanten wettbewerbsrechtlichen Beurteilung entzogen. Dies hat sich jedenfalls durch die am 1. Jänner 2006 in Kraft getretene Neufassung des Kartellgesetzes (KartellG 2005) geändert. Zum anderen hat der Gesetzgeber im Zuge der Neuerlassung des BVergG 2002 die vormalige Einschränkung auf

Vereinbarungen der Bieter untereinander aufgegeben (vgl § 52 Abs 1 Z 9 BVergG 1997). Nunmehr wird ganz allgemein auf Vereinbarungen zwischen Unternehmern abgestellt. Es spielt keine Rolle, ob die Abrede – wie üblich – im Vorfeld oder nach der Angebotslegung erfolgt. Im ersten Fall ist es daher auch irrelevant, ob sich die abredenden Unternehmer in weiterer Folge zu einer Bietergemeinschaft Vereinbarung der Bieter untereinander aufgegeben vergleiche Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG 1997). Nunmehr wird ganz allgemein auf Vereinbarungen zwischen Unternehmern abgestellt. Es spielt keine Rolle, ob die Abrede – wie üblich – im Vorfeld oder nach der Angebotslegung erfolgt. Im ersten Fall ist es daher auch irrelevant, ob sich die abredenden Unternehmer in weiterer Folge zu einer Bietergemeinschaft

zusammenschließen oder getrennte, aufeinander abgestimmte Angebote legen. Die Sichtweise der Antragstellerin hätte zur Folge, dass ein Auftraggeber einer Bietergemeinschaft, bei der sich alle oder eine beträchtliche Anzahl von Marktteilnehmern zusammenschließen, mit den vergaberechtlichen Instrumentarien des § 129 BVergG nicht effektiv entgegentreten könnte. Dies ließe sich wiederum mit dem sowohl gemeinschaftsrechtlich als auch innerstaatlich zusammenschließen oder getrennte, aufeinander abgestimmte Angebote legen. Die Sichtweise der Antragstellerin hätte zur Folge, dass ein Auftraggeber einer Bietergemeinschaft, bei der sich alle oder eine beträchtliche Anzahl von Marktteilnehmern zusammenschließen, mit den vergaberechtlichen Instrumentarien des Paragraph 129, BVergG nicht effektiv entgegentreten könnte. Dies ließe sich wiederum mit dem sowohl gemeinschaftsrechtlich als auch innerstaatlich

determinierten Grundsatz eines fairen, freien und lautereren Wettbewerbs nicht vereinbaren.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass die Auftraggeberin durch die Beteiligung der Bietergemeinschaft ohnehin keinen Nachteil erleiden würde, und dass daher auch insofern der Tatbestand des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG nicht erfüllt sein könne, ist zu entgegnen, dass im Sinne der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes die Bedingungen der betreffenden Norm als alternativ anzusehen sind (BVA vom 19. März 2001, N-12/01-32, N-16/01-23, N-17/01-21 = RPA 2011/24 Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass die Auftraggeberin durch die Beteiligung der Bietergemeinschaft ohnehin keinen Nachteil erleiden würde, und dass daher auch insofern der Tatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG nicht erfüllt sein könne, ist zu entgegnen, dass im Sinne der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes die Bedingungen der betreffenden Norm als alternativ anzusehen sind (BVA vom 19. März 2001, N-12/01-32, N-16/01-23, N-17/01-21 = RPA 2011/24

[Pock] = wbl 2002/33; in diesem Sinne grundsätzlich auch

BVA vom 2. Oktober 2001, N-80/01-19 = ZVB 2001/44

[Latzenhofer]]. Abgesehen davon wird aber eine gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßenden Abrede in der Regel auch mit einem Nachteil für den Auftraggeber einhergehen, was im Zuge der wettbewerbsrechtlichen Prüfung Berücksichtigung findet.

Die Antragstellerin bringt weiters vor, dass in den Ausschreibungsunterlagen die Bildung von Bietergemeinschaften nicht für unzulässig erklärt werde. Die Auftraggeberin habe lediglich die Mitgliederanzahl auf drei beschränkt. Es sei der Auftraggeberin daher verwehrt, nachträglich und die Antragstellerin diskriminierend nur für diese weitere Beschränkungen nachzuschieben. Diesen Ausführungen ist folgendes entgegen zu halten: Das BVergG lässt die

Bildung von Bietergemeinschaften unterschiedlicher und gleicher Fachrichtung grundsätzlich zu. Durch die vom Gesetzgeber vorgesehene Möglichkeit, aus sachlichen Gründen die Mitgliederanzahl oder die Zusammensetzung von Arbeits- bzw Bietergemeinschaften zu beschränken, können Auftraggeber den Rahmen für die Bildung von Arbeits- bzw Bietergemeinschaften abstecken und bestimmte Formationen, unabhängig von deren kartellrechtlicher Beurteilung, jedenfalls als Bieter „ausschließen“. In der vorliegenden Konstellation ist die Auftraggeberin durch die Vorgaben in der Ausschreibung demnach insofern gebunden, als sie eine Bietergemeinschaft, die nicht mehr als drei Mitglieder zählt, grundsätzlich zuzulassen hat. Dennoch bleibt aber die Verpflichtung des Auftraggebers aufrecht, die Einhaltung der Grundsätze des § 19 Abs 1 BVergG und insbesondere des Wettbewerbsgrundsatzes zu überprüfen und gegebenenfalls eine Ausscheidensentscheidung zu treffen. Dieses Verständnis, nämlich dass ist der betreffenden Bestimmung der Ausschreibungsunterlagen (Punkt B.1.311) auch bei Anwendung der auch im Vergaberecht maßgeblichen Regeln der §§ 914 f ABGB zugrunde zu legen. Die Antragstellerin bringt weiters vor, dass in den Ausschreibungsunterlagen die Bildung von Bietergemeinschaften nicht für unzulässig erklärt werde. Die Auftraggeberin habe lediglich die Mitgliederanzahl auf drei beschränkt. Es sei der Auftraggeberin daher verwehrt, nachträglich und die Antragstellerin diskriminierend nur für diese weitere Beschränkungen nachzuschieben. Diesen Ausführungen ist folgendes entgegen zu halten: Das BVergG lässt die Bildung von Bietergemeinschaften unterschiedlicher und gleicher Fachrichtung grundsätzlich zu. Durch die vom Gesetzgeber vorgesehene Möglichkeit, aus sachlichen Gründen die Mitgliederanzahl oder die Zusammensetzung von Arbeits- bzw Bietergemeinschaften zu beschränken, können Auftraggeber den Rahmen für die Bildung von Arbeits- bzw Bietergemeinschaften abstecken und bestimmte Formationen, unabhängig von deren kartellrechtlicher Beurteilung, jedenfalls als Bieter „ausschließen“. In der vorliegenden Konstellation ist die Auftraggeberin durch die Vorgaben in der Ausschreibung demnach insofern gebunden, als sie eine Bietergemeinschaft, die nicht mehr als drei Mitglieder zählt, grundsätzlich zuzulassen hat. Dennoch bleibt aber die Verpflichtung des Auftraggebers aufrecht, die Einhaltung der Grundsätze des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG und insbesondere des Wettbewerbsgrundsatzes zu überprüfen und gegebenenfalls eine Ausscheidensentscheidung zu treffen. Dieses Verständnis, nämlich dass ist der betreffenden Bestimmung der Ausschreibungsunterlagen (Punkt B.1.311) auch bei Anwendung der auch im Vergaberecht maßgeblichen Regeln der Paragraphen 914, f ABGB zugrunde zu legen.

Nach all dem Gesagten nimmt das Bundesvergabeamt an, dass die Auftraggeberin zu Recht davon ausgehen konnte, dass bei Beteiligung einer Bietergemeinschaft dem Zusammenschluss der involvierten Unternehmer

kartellrechtliche Relevanz zukommen und dieser Zusammenschluss eine Ausscheidung des betreffenden

Angebotes nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG zur Folge haben kann. Angebotes nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG zur Folge haben kann.

Zu hinterfragen ist nunmehr, ob die Auftraggeberin die Ausscheidensentscheidung tatsächlich zu Recht auf § 129 Abs 1 Z 8 BVergG stützen konnte. Zu hinterfragen ist nunmehr, ob die Auftraggeberin die Ausscheidensentscheidung tatsächlich zu Recht auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG stützen konnte.

Unstrittig haben sich vorliegend drei nicht unbedeutende Bauunternehmen zur Abgabe eines gemeinsamen Angebotes zusammengeschlossen. Die Annahme der Auftraggeberin, dass einerseits die involvierten Unternehmer die ausgeschriebenen Leistungen ohne Weiteres alleine

erbringen könnten und dass es sich andererseits nicht um ein Bagatellkartell gemäß § 2 Abs 1 Z 1 KartellG handelt, ist daher nicht von der Hand zu weisen. Dass die Leistungserbringung unabhängig davon, ob es sich um komplexe oder um Standard-Tiefbauleistungen handle, für jedes beteiligte Unternehmen grundsätzlich auch erbringen könnten und dass es sich andererseits nicht um ein Bagatellkartell gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer eins, KartellG handelt, ist daher nicht von der Hand zu weisen. Dass die Leistungserbringung unabhängig davon, ob es sich um komplexe oder um Standard-Tiefbauleistungen handle, für jedes beteiligte Unternehmen grundsätzlich auch

eigenständig möglich wäre, wurde selbst von der Antragstellerin nicht bestritten. Angesichts des

relativ geringen Auftragsvolumens und der Tatsache, dass die weitaus kleinere präsumtive Zuschlagsempfängerin einzeln angeboten hat, stellt sich der Verdacht auf eine den Wettbewerb beeinträchtigende Vorgangsweise durchaus als begründet dar.

Die Antragstellerin bringt aber zu Recht vor. Eine Beweislastumkehr findet nicht statt (BVA vom 3. August 2008, 17N-

61/02-17). Zweifel an der kartellrechtlichen Tatbestandsmäßigkeit einer Vereinbarung über eine Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft gehen insofern "zu Lasten" des Auftraggebers, als in diesem Fall das Angebot einer Bietergemeinschaft wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot nicht ausgeschieden werden darf (so bereits Fink/Schiefer, in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005], 394;

Holoubek/Eilmannsberger, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? – Zur kartellrechtlichen Überprüfung einer Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren, ÖZW 2008, 2;

Müller, Kartellrechtliche Aspekte von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften im Vergaberecht, RPA 2004).

Wie bereits dargelegt, ist der Auftraggeber bei

Vorliegen eines konkreten Verdachts nicht nur berechtigt sondern verpflichtet, das Angebot einer entsprechenden wettbewerbsrechtlichen Prüfung zu unterziehen, die den Anforderungen an eine kontradiktorische Vorgangsweise gerecht werden muss (§ 123 Abs 2 Z 1 BVergG). Den Bietern ist insofern Gelegenheit zu geben, sich zu dem näher begründeten Verdacht zu äußern und zur "Sachverhaltsermittlung" beizutragen (vgl auch VKS Wien vom 6. Dezember 2007, VKS-6877/07 = ZVB 2008/41 [Oppel]). (Holoubek/Eilmannsberger, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? – Zur kartellrechtlichen Überprüfung einer Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren, ÖZW Vorliegen eines konkreten Verdachts nicht nur berechtigt sondern verpflichtet, das Angebot einer entsprechenden wettbewerbsrechtlichen Prüfung zu unterziehen, die den Anforderungen an eine kontradiktorische Vorgangsweise gerecht werden muss (Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG). Den Bietern ist insofern Gelegenheit zu geben, sich zu dem näher begründeten Verdacht zu äußern und zur "Sachverhaltsermittlung" beizutragen vergleiche auch VKS Wien vom 6. Dezember 2007, VKS-6877/07 = ZVB 2008/41 [Oppel]). (Holoubek/Eilmannsberger, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? – Zur kartellrechtlichen Überprüfung einer Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren, ÖZW

2008, 2; Taurer, Arbeits- und Bietergemeinschaften, in: Sachs [Hrsg], Handbuch Beschaffung und Auftragsvergabe, Stand: Nov 2007).

Vorliegend hat die Auftraggeberin ihren Verdacht und die Gründe hierfür gegenüber der Bietergemeinschaft geäußert und um entsprechende Aufklärung ersucht. In der Beantwortung dieses Ersuchens führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die beteiligten Unternehmen zwar über die erforderlichen Kapazitäten verfügen würden, dass aber erst die Zusammenarbeit in der Bietergemeinschaft sie in die Lage versetzt habe, ein erfolgversprechendes Angebot abzugeben. Es sei zu keiner Wettbewerbsbeschränkung gekommen, denn es hätte für die Mitglieder der Bietergemeinschaft keinen Sinn gemacht, jeweils nicht erfolgversprechende Angebote abzugeben.

Auch wenn den sehr allgemein gehaltenen, vorwiegend rechtlichen Ausführungen der Antragstellerin keine

konkrete Begründung für die Notwendigkeit der Bildung der gegenständlichen Bietergemeinschaft zu entnehmen ist, so tritt die Bietergemeinschaft dem Vorwurf der kartellrechtswidrigen Abrede sehr wohl – und zwar bereits auf Ebene der Tatbestandsmäßigkeit - entgegen.

Somit mussten sich die Ausführungen der Antragstellerin aber zumindest als abstrakt nachvollziehbar darstellen. Der Auftraggeberin war es umgekehrt aber auch nicht möglich, die Angaben der Antragstellerin ohne nochmaliges Auskunftersuchen einer weiteren, inhaltlichen Prüfung zu unterziehen. Da somit eine abschließende Beurteilung nicht möglich war, bleiben Zweifel an der kartellrechtlichen Tatbestandsmäßigkeit der Vereinbarung zur Bildung der antragstellenden Bietergemeinschaft bestehen. Die Auftraggeberin konnte sich Folge dessen nicht rechtens auf den Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG berufen. Somit mussten sich die Ausführungen der Antragstellerin aber zumindest als abstrakt nachvollziehbar darstellen. Der Auftraggeberin war es umgekehrt aber auch nicht möglich, die Angaben der Antragstellerin ohne nochmaliges Auskunftersuchen einer weiteren, inhaltlichen Prüfung zu unterziehen. Da somit eine abschließende Beurteilung nicht möglich war, bleiben Zweifel an der kartellrechtlichen Tatbestandsmäßigkeit der Vereinbarung zur Bildung der antragstellenden Bietergemeinschaft bestehen. Die Auftraggeberin konnte sich Folge dessen nicht rechtens auf den Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG berufen.

Zum Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 2 BVergG Zum Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG

Gemäß § 126 Abs 1 erster Satz BVergG ist, wenn sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot,

einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote oder über die geplante Art der Durchführung ergeben oder wenn Mängel festgestellt werden, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind. Gemäß § 129 Abs 2 BVergG kann der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bieter ausschließen, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Gemäß Paragraph 126, Absatz eins, erster Satz BVergG ist, wenn sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote oder über die geplante Art der Durchführung ergeben oder wenn Mängel festgestellt werden, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind. Gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG kann der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bieter ausschließen, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt.

Wie bereits oben ausgeführt wurde, kann die Vereinbarung über die Bildung einer Bietergemeinschaft entgegen der Ansicht der Antragstellerin den Tatbestand einer gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßenden Abrede iSd § 129 Abs 1 Z 8 BVergG erfüllen. Einem Auftraggeber ist es jedoch untersagt, ein Angebot aufgrund eines bloßen, unter Umständen auch näher begründeten Verdachts auf einen Kartellrechtsverstoß auszuschließen. Das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte ist vielmehr Voraussetzung dafür, ein Angebot auf das Vorliegen einer Wettbewerbswidrigkeit untersuchen zu können bzw dies auch zu müssen. (Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 98 Rz 135). Insofern ist ein Angebot mit einer Unklarheit, die für die Beurteilung des Angebotes von Bedeutung ist, behaftet. Dies vorausgeschickt, erfolgt eine Aufforderung zur Aufklärung jedenfalls zu Recht und nicht nach Belieben des Auftraggebers (siehe VwGH vom 9. Oktober 2002, Wie bereits oben ausgeführt wurde, kann die Vereinbarung über die Bildung einer Bietergemeinschaft entgegen der Ansicht der Antragstellerin den Tatbestand einer gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßenden Abrede iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG erfüllen. Einem Auftraggeber ist es jedoch untersagt, ein Angebot aufgrund eines bloßen, unter Umständen auch näher begründeten Verdachts auf einen Kartellrechtsverstoß auszuschließen. Das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte ist vielmehr Voraussetzung dafür, ein Angebot auf das Vorliegen einer Wettbewerbswidrigkeit untersuchen zu können bzw dies auch zu müssen. (Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 98, Rz 135). Insofern ist ein Angebot mit einer Unklarheit, die für die Beurteilung des Angebotes von Bedeutung ist, behaftet. Dies vorausgeschickt, erfolgt eine Aufforderung zur Aufklärung jedenfalls zu Recht und nicht nach Belieben des Auftraggebers (siehe VwGH vom 9. Oktober 2002, 2000/04/0039 = ZVB 2003/56 [Gruber]). Mit anderen Worten:

Nur bei Vorliegen eines nicht völlig unrealistischen Verdachts auf Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Abrede, hat ein Auftraggeber eine nähere Prüfung vorzunehmen, in deren Rahmen entsprechend den Anforderungen an ein kontradiktorisches Verfahren Aufklärungsersuchen geradezu geboten sind.

Der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 2 BVergG zweiter Fall liegt dann vor, wenn eine Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Die Beantwortung der Bieter muss den Auftraggeber daher in die Lage versetzen können, diese der weiteren Angebotsprüfung zu Grunde zu legen. Es muss dem Auftraggeber gleichsam möglich sein, die seinerseits ua durch Auskunftersuchen ermittelten Informationen einer inhaltlichen Überprüfung zu unterziehen. Der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG zweiter Fall liegt dann vor, wenn eine Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Die Beantwortung der Bieter muss den Auftraggeber daher in die Lage versetzen können, diese der weiteren Angebotsprüfung zu Grunde zu legen. Es muss dem Auftraggeber gleichsam möglich sein, die seinerseits ua durch Auskunftersuchen ermittelten Informationen einer inhaltlichen Überprüfung zu unterziehen.

Mit diesem Ausscheidensgrund soll Auftraggebern eine Sanktion für das Unterlassen der gebotenen und zumutbaren Mitwirkung der Bieter im Rahmen der Angebotsprüfung zur Hand gegeben werden, womit aber keinesfalls eine Verschiebung der Beweislast auf die Bieter einhergeht (Holoubek/ Eilmannsberger, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? – Zur kartellrechtlichen Überprüfung einer Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren, ÖZW 2008, 2, FN 55; für eine Mitwirkungspflicht bei Aufklärungen auch Fink/Gschweidl, Mitwirkungspflichten eines Bieters im Vergabeverfahren, in Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht, Festschrift der ÖGeBau (2008), 405). Wie dies am vorliegenden Beispiel deutlich wird, wäre es nämlich einem Auftraggeber mangels der Möglichkeit zur inhaltlichen

Beurteilung nicht möglich, das Angebot gestützt auf § 129 Abs 1 Z 8 BVergG auszuschneiden. Dies lässt sich auch auf die Prüfung der Preisangemessenheit übertragen. Hätte der Auftraggeber daher nicht die Möglichkeit, ein Angebot mangels nachvollziehbarer Aufklärung auszuschneiden, könnten Unternehmer durch eine fadenscheinige „Aufklärung“ entgegen dem aufgezeigten Schutzzweck des § 129 BVergG das Ausscheiden eines Angebotes immer verhindern. Mit diesem Ausscheidensgrund soll Auftraggebern eine Sanktion für das Unterlassen der gebotenen und zumutbaren Mitwirkung der Bieter im Rahmen der Angebotsprüfung zur Hand gegeben werden, womit aber keinesfalls eine Verschiebung der Beweislast auf die Bieter einhergeht (Holoubek/ Eilmannsberger, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? – Zur kartellrechtlichen Überprüfung einer Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren, ÖZW 2008, 2, FN 55; für eine Mitwirkungspflicht bei Aufklärungen auch Fink/Gschweitl, Mitwirkungspflichten eines Bieters im Vergabeverfahren, in Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht, Festschrift der ÖGeBau (2008), 405). Wie dies am vorliegenden Beispiel deutlich wird, wäre es nämlich einem Auftraggeber mangels der Möglichkeit zur inhaltlichen Beurteilung nicht möglich, das Angebot gestützt auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG auszuschneiden. Dies lässt sich auch auf die Prüfung der Preisangemessenheit übertragen. Hätte der Auftraggeber daher nicht die Möglichkeit, ein Angebot mangels nachvollziehbarer Aufklärung auszuschneiden, könnten Unternehmer durch eine fadenscheinige „Aufklärung“ entgegen dem aufgezeigten Schutzzweck des Paragraph 129, BVergG das Ausscheiden eines Angebotes immer verhindern.

Da der Verdacht der Auftraggeberin in diesem Fall als begründet anzusehen ist, war die Auftraggeberin im Sinne der obigen Ausführungen verpflichtet, eine Überprüfung des Angebotes nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG vorzunehmen und eine Aufforderung um Aufklärung an die Antragstellerin zu richten. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist daher im Handeln der Auftraggeberin kein rechtsmissbräuchliches Vorgehen zu erblicken. Da der Verdacht der Auftraggeberin in diesem Fall als begründet anzusehen ist, war die Auftraggeberin im Sinne der obigen Ausführungen verpflichtet, eine Überprüfung des Angebotes nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG vorzunehmen und eine Aufforderung um Aufklärung an die Antragstellerin zu richten. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist daher im Handeln der Auftraggeberin kein rechtsmissbräuchliches Vorgehen zu erblicken.

Zu prüfen ist nun, ob die Aufklärung der

antragstellenden Bietergemeinschaft nachvollziehbar begründet wurde. Die Antwort der Antragstellerin ist grundsätzlich plausibel und insofern auch abstrakt nachvollziehbar. Dies vermag allerdings nach Ansicht des erkennenden Senates dem Erfordernis der "Nachvollziehbarkeit" iSd § 129 Abs 2 BVergG nichtantragstellenden Bietergemeinschaft nachvollziehbar begründet wurde. Die Antwort der Antragstellerin ist grundsätzlich plausibel und insofern auch abstrakt nachvollziehbar. Dies vermag allerdings nach Ansicht des erkennenden Senates dem Erfordernis der "Nachvollziehbarkeit" iSd Paragraph 129, Absatz 2, BVergG nicht

zu genügen. So stellt die Antragstellerin die

"Vorzüge" der involvierten Unternehmer, die die Erfolgsaussichten des Angebotes vergrößern konnten, an keiner Stelle näher dar. Die Antwort der Bietergemeinschaft erschöpft sich in allgemeinen, die diesbezügliche Literatur und Judikatur wiedergebenden Ausführungen und bringt damit keine Erklärung für die Bildung der konkreten Bietergemeinschaft zum Ausdruck. Es wird nicht einmal der Versuch unternommen, die Herleitung des wirtschaftlichen Vorteils eines

konsortialen Angebotes im Verhältnis zu Einzelangeboten

näher darzulegen.

Es liegt auf der Hand, dass Unternehmer, die jeder für sich die erforderlichen Kapazitäten für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung hätten, im Sinne der

herrschenden Meinung und Rechtsprechung damit

argumentieren werden, dass sie nur durch den Zusammenschluss ein erfolgversprechendes Angebot abgeben konnten. Um dieses Vorbringen bei der jeweiligen Fallkonstellation

nachvollziehen zu können, bedarf es allerdings auch einer Darstellung der tatsächlich berücksichtigten "Vorzüge" bzw der daraus gewonnenen Effizienzvorteile. Nur so lässt sich die ins Treffen geführte wirtschaftliche Zweckmäßigkeit der Zusammenarbeit beurteilen.

Eine Fortsetzung der Angebotsprüfung würde es

gegenständlich erfordern, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin nochmals um Aufklärung ersucht. Dies wäre dann gleichsam die Aufklärung der Aufklärung. (siehe etwa BVA vom 21. April 2008, N/0030-BVA/10/2008-36 = RPA-Slg 2008/25). Dass der Antragstellerin klar gewesen ist, welche Auskünfte und Informationen zu erteilen sind, ergibt sich insbesondere aus ihrer allgemein formulierten Argumentationslinie, dass nur die Bildung einer Bietergemeinschaft es ermöglicht habe, erfolgversprechend anbieten zu können. Die Aufforderung, "oben angeführte Umstände ... aufzuklären",

war eindeutig dahingehend zu verstehen, dass die Auftraggeberin um Übermittlung einer überprüfbaren

Begründung für den Zusammenschluss der beteiligten Unternehmer ersuchte. Es musste der Antragstellerin schon aus dem Zweck eines Aufklärungsersuchens klar sein, dass es der Auftraggeberin um die Ermittlung der im konkreten Fall maßgeblichen Hintergründe geht. Ein Nachfragen durch die Auftraggeberin musste daher zu Recht unterbleiben.

Aus den dargelegten Gründen kommt der geleisteten Aufklärung kein Erklärungswert zu. Die Auftraggeberin konnte die Ausscheidensentscheidung daher zu Recht auf den Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 2 BVergG stützen. Aus den dargelegten Gründen kommt der geleisteten Aufklärung kein Erklärungswert zu. Die Auftraggeberin konnte die Ausscheidensentscheidung daher zu Recht auf den Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG stützen.

III. Spruchpunkt II (Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung)römisch drei. Spruchpunkt römisch zwei (Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung)

Gemäß § 320 Abs 1 BVergG kann jener Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann jener Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Da das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde,

kommt es für die Zuschlagserteilung nicht in Betracht. Sie

kann daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit der

Zuschlagsentscheidung keinen Schaden erleiden und ist daher

nicht schützenswert (zB VwGH vom 28. März 2007,

2005/04/0200 = bbl 2007/142 = RdW 2007/638 = RPA 2007, 176

[Reisner] = ZVB 2007/87 [Malin] = ZVB-LSK 2007/105).

Unbeachtlich der sonstigen formellen und inhaltlichen Begründetheit ist der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung demzufolge angesichts der Rechtmäßigkeit des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.

IV. Spruchpunkt IV (Antrag auf Gebührenersatz)römisch vier. Spruchpunkt römisch vier (Antrag auf Gebührenersatz)

Gemäß § 318 Abs 1 Z 1 BVergG hat der Antragsteller Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG hat der Antragsteller

für Anträge gemäß den §§ 320 Abs 1, 328 Abs 1 und für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins, und

331 Abs 1 und 2 BVergG jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, welche gemäß den in Anhang XIX ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten ist. Bieter- und Arbeitsgemeinschaften haben die Pauschalgebühr nur einmal zu entrichten. Für Anträge gemäß § 328 Abs 1 BVergG ist eine Gebühr in der Höhe von 50vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten (§ 318 Abs 1 Z 4 BVergG). Hat ein Antragsteller zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag gemäß

§ 320 Abs 1 oder gemäß § 331 Abs 1 oder 2 eingebracht, so ist von diesem Antragsteller für jeden weiteren Antrag gemäß § 320 Abs 1 oder gemäß § 331 Abs 1 oder 2 eine Gebühr in der Höhe von 80 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten (§ 318 Abs 1 Z 5 BVergG). 331 Absatz eins und 2 BVergG jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, welche gemäß den in Anhang römisch neunzehn ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten ist. Bieter- und Arbeitsgemeinschaften haben die Pauschalgebühr nur einmal zu entrichten. Für Anträge gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG ist eine Gebühr in der Höhe von 50vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG). Hat ein Antragsteller zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, oder gemäß Paragraph 331, Absatz eins, oder 2 eingebracht, so ist von diesem Antragsteller für jeden weiteren Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, oder gemäß Paragraph 331, Absatz eins, oder 2 eine Gebühr in der Höhe von 80 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG).

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Gebührenersatz, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Über den Gebührenersatz hat gemäß § 319 Abs 3 BVergG das Bundesvergabeamt spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Gebührenersatz, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Über den Gebührenersatz hat gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG das Bundesvergabeamt spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

Die Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung in der Höhe von insgesamt € XXX wurden von der Antragstellerin nachweislich entrichtet. Da die Antragstellerin mit ihrem Anträgen auf Nichtigerklärung einerseits der Ausscheidensentscheidung und andererseits der Zuschlagsentscheidung nicht durchgedrungen ist und sohin auch ein "teilweises Obsiegen" iSd § 319 Abs 1 BVergG nicht vorliegt, waren die Anträge im Hinblick auf den begehrten Ersatz der Pauschalgebühr für die Nachprüfungsanträge abzuweisen. Mit Bescheid vom 24. Oktober 2008, N/0134-BVA/06/2008-12, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben. Da jedoch der Nachprüfungsantrag betreffend die Zuschlagsentscheidung zurückgewiesen wurde, kommt gemäß § 319 Abs 2 BVergG ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ebenfalls nicht in Betracht. Die Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung in der Höhe von insgesamt € römisch 30 wurden von der Antragstellerin nachweislich entrichtet. Da die Antragstellerin mit ihrem Anträgen auf Nichtigerklärung einerseits der Ausscheidensentscheidung und andererseits der Zuschlagsentscheidung nicht durchgedrungen ist und sohin auch ein "teilweises Obsiegen" iSd Paragraph 319, Absatz eins, BVergG nicht vorliegt, waren die Anträge im Hinblick auf den begehrten Ersatz der Pauschalgebühr für die Nachprüfungsanträge abzuweisen. Mit Bescheid vom 24. Oktober 2008, N/0134-BVA/06/2008-12, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben. Da jedoch der Nachprüfungsantrag betreffend die Zuschlagsentscheidung zurückgewiesen wurde, kommt gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ebenfalls nicht in Betracht.

Zuletzt aktualisiert am

30.01.2009

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