

TE Verg Bescheid 2001/10/2 N-80/01-19

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.10.2001

Norm

BVergG 1997 §3

BVergG 1997 §11

BVergG 1997 §16 Abs1

BVergG 1997 §52 Abs1 Z8

BVergG 1997 §52 Abs1 Z9

BVergG 1997 §58 Abs1 Z4

BVergG 1997 §115 Abs1

BVergG 1997 §117 Abs1 Z2

BVergG 1997 AnhangIII Kategorie12

AVG §39

KartG §11

VwGG §41 Abs1

RL 92/50/EWG Dienstleistungs-RL (ABl 1992 L 209 S 1) Art29 litd

1. AVG § 39 heute
2. AVG § 39 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. AVG § 39 gültig von 20.04.2002 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
4. AVG § 39 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 39 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
1. VwGG § 41 heute
2. VwGG § 41 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 41 gültig von 01.03.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. VwGG § 41 gültig von 01.07.2012 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
5. VwGG § 41 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 41 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Text

BESCHEID

Der Senat 9 des Bundesvergabeamtes hat am 26. September 2001 durch die Richterin Dr. Friederike LENK als Senatsvorsitzende und die Beisitzer MR Dr. Friedrich RESEL als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut HEINDL als Mitglied der Auftragnehmerseite entschieden:

Spruch:

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 1997 (BVerG) BGBl I Nr. 56/1997 idF BGBl I Nr. 27/1998, BGBl I Nr. 80/1999, BGBl I Nr. 120/1999, BGBl I Nr. 125/2000 betreffend das Vergabeverfahren "Sprengelweise Erbringung von sicherheitstechnischen Beratungsdiensten in ganz Österreich" des Auftraggebers Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, wird über den Antrag vom 8. August 2001, ergänzt durch Schriftsatz vom 13.8. und 14.8.2001 des Ing. D***, vertreten durch X***, auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 10.7.2001, das Angebot des Antragstellers auszuschneiden, wie folgt entschieden: Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 1997 (BVerG) Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 27 aus 1998,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 80 aus 1999,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 120 aus 1999,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 125 aus 2000, betreffend das Vergabeverfahren "Sprengelweise Erbringung von sicherheitstechnischen Beratungsdiensten in ganz Österreich" des Auftraggebers Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, wird über den Antrag vom 8. August 2001, ergänzt durch Schriftsatz vom 13.8. und 14.8.2001 des Ing. D***, vertreten durch X***, auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 10.7.2001, das Angebot des Antragstellers auszuschneiden, wie folgt entschieden:

Dem Antrag wird keine Folge gegeben.

Rechtsgrundlage: § 117 Abs. 1 BVerG iVm § 52 Abs. 1 Z 1, 8, 9 BVerG
Rechtsgrundlage: Paragraph 117, Absatz eins, BVerG in Verbindung mit Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, 8, 9, BVerG

Begründung:

Der Antragsteller stellte mit Schriftsatz vom 8. August 2001, gemäß § 13 Abs. 8 AVG am 10. August 2001, eingelangt geltend, ergänzt durch Schriftsätze vom 13.8. und 14.8.2001 das im Spruch ersichtliche Begehren und begründete dieses wie folgt: Der Antragsteller stellte mit Schriftsatz vom 8. August 2001, gemäß Paragraph 13, Absatz 8, AVG am 10. August 2001, eingelangt geltend, ergänzt durch Schriftsätze vom 13.8. und 14.8.2001 das im Spruch ersichtliche Begehren und begründete dieses wie folgt:

Er habe an der Ausschreibung des Auftraggebers betreffend die sprengelweise Erbringung sicherheitstechnischer Beratungsdienste teilgenommen und ein Angebot für insgesamt 12 Sprengel gelegt. Auf Grund seiner bisherigen Erfahrungen müsse er erhebliche Chancen auf eine neuerliche Auftragserteilung haben, dennoch habe ihn der Auftraggeber mit Schreiben vom 10. Juli 2001 ausgeschieden. Der Auftraggeber habe dies mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes, wonach die Mehrfachbeteiligung in Bietergemeinschaften eine wettbewerbswidrige Absprache darstelle, getan und ausgeführt, dass diese Rechtsprechung sinngemäß auch auf den Antragsteller anzuwenden sei, weil in seinem Angebot eine natürliche Person für die Leistungserbringung nominiert worden sei, nämlich Ing. S***, die gleichzeitig im Angebot eines anderen

Bieters für die Leistungserbringung nominiert worden sei und dies im Sinne der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes eine unzulässige Submissionsabsprache wäre. Der Antragsteller führte aus, dass die Mehrfachbeteiligung eines Unternehmens in Bietergemeinschaften nicht mit dem Fall verglichen werden könne, dass ein Einzelunternehmer für sich ein Angebot abgibt und für die Leistungserbringung vorgesehene natürliche Personen namhaft macht, die in einem weiteren Angebot von einem anderen Unternehmer ebenfalls namhaft gemacht wurden. Denn eine solche natürliche Person habe nichts mit der Preisgestaltung des Anbotslegers zu tun, da weder eine gesellschaftliche Verflechtung vorliege noch sonst eine Einflussnahme möglich sei. Die Preisgestaltung sei allein Sache des Bieters. Die mehrfach genannte natürliche Person könne nicht zu Submissionsabsprachen führen, wenn diese natürliche Person weder eine leitende Position einnehme noch Einfluss nehmen könne. Zudem sei dem Antragsteller die Mehrfachnennung des Ing. S*** bei Angebotslegung nicht bekannt gewesen. Es seien keine Preisabsprachen erfolgt.

Der Auftraggeber beantragte die Abweisung des Antrages und führte im Schriftsatz vom 21.9.2001 aus, dass die natürliche Person, die für die Leistungserbringung vorgesehen sei, von besonderer Bedeutung sei. Ihre Erfahrungen seien für die Erfüllung der Mindestqualifikation sowie für die Zusatzqualifikation des Zuschlagskriteriums "über den Mindeststandard hinausgehende Referenzen als Sicherheitsfachkraft" allein maßgeblich. Der weitaus überwiegende Teil der vertraglichen Leistungen sei von den im Angebot genannten natürlichen Personen entsprechend den Betreuungsgrundsätzen des Leistungsvertrages höchstpersönlich zu erbringen. Vertretung sei nur im Falle höherer Gewalt bzw. bei Dienstnehmern im Urlaubsfall zulässig, zudem könne der Bieter nicht die von ihm für die

Leistungserbringung genannten natürlichen Personen mehr oder weniger gleichmäßig einsetzen. Vielmehr seien im jeweiligen Sprengel mit der Ausnahme höherer Gewalt bzw. Urlaubsfall ausschließlich jene natürliche Personen einzusetzen, auf Grund deren Qualifikationen die Bestbieterschaft erlangt worden sei (Pkt. VII der Vertragsbedingungen). Nachnominierungen seien nurDer Auftraggeber beantragte die Abweisung des Antrages und führte im Schriftsatz vom 21.9.2001 aus, dass die natürliche Person, die für die Leistungserbringung vorgesehen sei, von besonderer Bedeutung sei. Ihre Erfahrungen seien für die Erfüllung der Mindestqualifikation sowie für die Zusatzqualifikation des Zuschlagskriteriums "über den Mindeststandard hinausgehende Referenzen als Sicherheitsfachkraft" allein maßgeblich. Der weitaus überwiegende Teil der vertraglichen Leistungen sei von den im Angebot genannten natürlichen Personen entsprechend den Betreuungsgrundsätzen des Leistungsvertrages höchstpersönlich zu erbringen. Vertretung sei nur im Falle höherer Gewalt bzw. bei Dienstnehmern im Urlaubsfall zulässig, zudem könne der Bieter nicht die von ihm für die Leistungserbringung genannten natürlichen Personen mehr oder weniger gleichmäßig einsetzen. Vielmehr seien im jeweiligen Sprengel mit der Ausnahme höherer Gewalt bzw. Urlaubsfall ausschließlich jene natürliche Personen einzusetzen, auf Grund deren Qualifikationen die Bestbieterschaft erlangt worden sei (Pkt. römisch sieben der Vertragsbedingungen). Nachnominierungen seien nur

eingeschränkt möglich. Der parallele Einsatz mehrerer Personen komme nur dort in Betracht, wo die maximale Höchststundenanzahl je Person und Monat überschritten werde (= 110 Stunden). Aber auch in diesen Sprengeln seien ausschließlich jene Personen einzusetzen, auf Grund deren Qualifikation die Bestbieterschaft erlangt wurde. Alles andere wäre ein Verstoß gegen das Bestbieterprinzip.

Die Entscheidung des Bundesvergabebeamtes vom 19.3.2001 in der Rechtssache Chipcard (N-12/01-32) sei ihrem Sinngehalt nach auch aus dem vorliegenden Fall anzuwenden. Der Unterschied zwischen einer Bietergemeinschaft und einem Subunternehmer sei lediglich formal. Obwohl der Subunternehmer die Kalkulation des Bieters nicht kennen müsse, das Angebot nicht mitfertige und dem Auftraggeber nicht hafte, beeinflusse er aber über Preis und Konditionen, zu welchen er sich dem jeweiligen Bieter zur Verfügung stelle, mehr als 90 % des Angebotspreises beider Bieter. Die Situation sei mit jener vergleichbar, bei der zwei Unternehmen den beherrschenden Einfluss eines einzigen dritten Unternehmens unterliegen. Es liege daher auch dann eine schädliche Absprache vor, wenn die betroffenen Bieter miteinander keinen Kontakt hatten und die natürliche Person die Kalkulation nicht kenne.

Würden das Angebot des Antragstellers sowie jene Angebote, bei denen die gleiche Konstellation (Mehrfachnennung von Subunternehmern) vorliege nicht ausgeschieden, sei es möglich, dass mehrere Bieter mit der selben natürlichen Person jeweils in einem anderen Sprengel Bestbieter werden, obwohl diese Person aber wegen der monatlichen Höchststundenzahl nicht beide Sprengel betreuen könne. Der Auftraggeber wäre im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes sodann gezwungen, alle betroffenen Angebote auszuschneiden.

Auf Grund des im Antrags vom 8. August 2001 gestellten Begehrens des Antragstellers erließ das Bundesvergabeamt am 14.8.2001 eine einstweilige Verfügung, mit der das Vergabeverfahren hinsichtlich der Sprengel, für die der Antragsteller angeboten hatte, für die Dauer des behördlichen Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 10.10.2001, ausgesetzt wurde (OZ 6).

Am 26. September 2001 fand eine mündliche und öffentliche Verhandlung vor der Behörde statt, bei der Ing. S*** sowie der Geschäftsführer jenes Bieters, in dessen Angebot Ing. S*** ebenfalls als natürliche für die Leistungsausführung vorgesehene Person namhaft gemacht worden war, vernommen wurde. Ferner wurde in der Verhandlung auch Punkt 2 der besonderen Bedingungen der Ausschreibung erörtert und die Frage geprüft, ob der Antragsteller dieser Bedingung der Ausschreibung mit seinem Angebot entsprochen hat. Zu diesem Thema führte der Vertreter des Auftraggebers aus, dass es bei mehreren Angebotslegern der Fall war, dass für die insgesamt gelegten Angebote nicht ausreichend viele natürliche Personen genannt wurden. Der Auftraggeber habe die Ausschreibungsbestimmung so gehandhabt, dass es Voraussetzung für die Erteilung des Zuschlages in einem bestimmten Sprengel sei, dass für diesen Sprengel ausreichend viele natürliche Personen vorhanden seien. Die Vertreterin des Antragstellers brachte zu diesem Thema vor, dass es sich dem Ausschreibungsverständnis des Auftraggebers diesbezüglich anschließe. Der Vertreter des Auftraggebers gestand ferner bei dieser Verhandlung ein, dass die Textierung der Ausschreibung ihrer Handhabung durch den Auftraggeber widerspreche.

Das Bundesvergabeamt hat festgestellt und erwogen:

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens, insbesondere der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber hat die Erbringung sicherheitstechnischer Beratungsdienste in ganz Österreich mit Ausschreibung vom 11.4.2001 (Absendung der EU-weiten Bekanntmachung am 9. April 2001) ausgeschrieben. Leistungsgegenstand ist die Erbringung sicherheitstechnischer Beratungsdienste, (vgl. auch § 78a ASchG) für Unternehmen im Namen und auftrags der AUVA ab etwa 1.1.2002 (CPV Nr. 74231721-7, Beratung im Bereich Gesundheit und Sicherheit). Der Auftrag soll auf unbestimmte Zeit vergeben werden. Der Leistungsgegenstand ist in die sprengelweise Erbringung der Beratungsdienste aufgeteilt. Insgesamt wurden 74 Sprengel vorgesehen. Die einzelnen Sprengel bestehen jeweils aus einem oder mehreren politischen Bezirken (Wiener Gemeindebezirk). Für jeden Sprengel wurde die Anzahl der dort voraussichtlich je Monat zu leistenden Beratungsstunden angegeben. Gemäß Pkt. 2 der besonderen Bedingungen hatte jeder Bieter in seinem Angebot eine ausreichende Zahl von natürlichen Personen zu nennen, um in allen von ihm angebotenen Sprengel die Summe der monatlichen voraussichtlichen Beratungsstunden entsprechend dem Leistungsverzeichnis erbringen zu können. Eine natürliche Person sollte dabei mit maximal 110 Beratungsstunden pro Monat berücksichtigt werden. Für die für die Leistungserbringung vom Bieter namhaft gemachten natürlichen Personen (entweder der Bieter selbst, Dienstnehmer oder Subunternehmer) war gemäß in Pkt. 5 der besonderen Bedingungen unter anderem als Mindestqualifikation die Zulassung als Sicherheitsfachkraft gemäß der Sicherheitsfachkräfteverordnung BGBl. Nr. 277/1995 nachzuweisen und Grundkenntnisse in PC-Bedienung sowie der Nachweis früherer Erfahrung bei der Betreuung von Betrieben als Sicherheitsfachkraft im Ausmaß von mindestens 400 Einsatzstunden gefordert. Eine Zuordnung der für die Leistungserbringung vorgesehenen Personen zu einzelnen Sprengeln wurde in der Ausschreibung nicht vorgesehen. Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben des Auftraggebers EURO 5 Mio. Als Zuschlagskriterien wurden der Preis mit 75 % und bisherige Einsatzstunden als Sicherheitsfachkraft, soweit diese über die Mindestanforderung hinausgehen, im Ausmaß von 25 % festgelegt. Der Auftraggeber hat die Erbringung sicherheitstechnischer Beratungsdienste in ganz Österreich mit Ausschreibung vom 11.4.2001 (Absendung der EU-weiten Bekanntmachung am 9. April 2001) ausgeschrieben. Leistungsgegenstand ist die Erbringung sicherheitstechnischer Beratungsdienste, vergleiche auch Paragraph 78 a, ASchG) für Unternehmen im Namen und auftrags der AUVA ab etwa 1.1.2002 (CPV Nr. 74231721-7, Beratung im Bereich Gesundheit und Sicherheit). Der Auftrag soll auf unbestimmte Zeit vergeben werden. Der Leistungsgegenstand ist in die sprengelweise Erbringung der Beratungsdienste aufgeteilt. Insgesamt wurden 74 Sprengel vorgesehen. Die einzelnen Sprengel bestehen jeweils aus einem oder mehreren politischen Bezirken (Wiener Gemeindebezirk). Für jeden Sprengel wurde die Anzahl der dort voraussichtlich je Monat zu leistenden Beratungsstunden angegeben. Gemäß Pkt. 2 der besonderen Bedingungen hatte jeder Bieter in seinem Angebot eine ausreichende Zahl von natürlichen Personen zu nennen, um in allen von ihm angebotenen Sprengel die Summe der monatlichen voraussichtlichen Beratungsstunden entsprechend dem Leistungsverzeichnis erbringen zu können. Eine natürliche Person sollte dabei mit maximal 110 Beratungsstunden pro Monat berücksichtigt werden. Für die für die Leistungserbringung vom Bieter namhaft gemachten natürlichen Personen (entweder der Bieter selbst, Dienstnehmer oder Subunternehmer) war gemäß in Pkt. 5 der besonderen Bedingungen unter anderem als Mindestqualifikation die Zulassung als Sicherheitsfachkraft gemäß der Sicherheitsfachkräfteverordnung Bundesgesetzblatt Nr. 277 aus 1995, nachzuweisen und Grundkenntnisse in PC-Bedienung sowie der Nachweis früherer Erfahrung bei der Betreuung von Betrieben als Sicherheitsfachkraft im Ausmaß von mindestens 400 Einsatzstunden gefordert. Eine Zuordnung der für die Leistungserbringung vorgesehenen Personen zu einzelnen Sprengeln wurde in der Ausschreibung nicht vorgesehen. Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben des Auftraggebers EURO 5 Mio. Als Zuschlagskriterien wurden der Preis mit 75 % und bisherige Einsatzstunden als Sicherheitsfachkraft, soweit diese über die Mindestanforderung hinausgehen, im Ausmaß von 25 % festgelegt.

Für die mit der tatsächlichen Beratung betrauten Personen (Dienstnehmer und Subunternehmer oder der Bieter selber) wurde vom Auftraggeber in Pkt. VII/2. der Leistungsvertragsbedingungen eine Minimalberatungsstundengrenze pro Mitarbeiter und Sprengel festgesetzt, sodass ab 66 zugeschlagenen voraussichtlichen Beratungsstunden gemäß Preisspiegel maximal zwei Personen tätig werden durften, ab 133 Beratungsstunden maximal drei Personen, ab 199 Beratungsstunden maximal vier Personen und ab 265 Beratungsstunden maximal fünf Personen. Ferner wurde festgelegt, dass pro eingesetzte Person mindestens 33 Stunden pro Monat und mindestens 400 Stunden pro Kalenderjahr geleistet werden, höchstens jedoch 1320 Stunden pro Kalenderjahr an effektiver Beratungszeit in den zu betreuenden Arbeitsstätten erbracht werden kann. Für den Fall, dass der Auftragnehmer eine mit der

Vertragserfüllung betraute natürliche Person nach Vertragsabschluss auswechseln will, wurde festgelegt, dass nur solche Personen herangezogen werden können, deren zuschlagsrelevante persönliche Qualifikation (Einsatzstunden, Zusatzausbildung), denen der zu ersetzenden natürlichen Personen gleichwertig sind. Ferner wurde festgelegt, dass der Auftragnehmer den beabsichtigten Austausch dem Auftraggeber vier Wochen vor dem erstmaligen beabsichtigten Einsatz mitzuteilen hat. Sollte der Auftraggeber innerhalb dieser vier Wochen keine begründete Ablehnung der Person mitteilen, sollte das Einverständnis des Auftraggebers zum Austausch als gegeben gelten. Für den Fall, dass der Auftragnehmer beabsichtigt, zusätzlich zu den im Angebot genannten natürlichen Personen weitere Personen zur Vertragserfüllung heranzuziehen, wurde festgelegt, dass die dargelegten Bestimmungen sinngemäß zu gelten hätten, wobei die persönliche Qualifikation der zusätzlichen Mitarbeiter mindestens den Mittelwert der Qualifikationen jener natürlichen Personen erreichen muss, die zuschlagsrelevant berücksichtigt wurden (VII der Leistungsvertragsbedingungen). Unter VI der Leistungsvertragsbedingungen wurde festgelegt, dass der Auftragnehmer vor Heranziehung eines Subunternehmers, der nicht im ursprünglichen Angebot genannt wurde, die Zustimmung des Auftraggebers einzuholen hat. Diesbezüglich wurde festgelegt, dass der Auftraggeber die Zustimmung hiezu nur verweigern darf, wenn er berechtigte Zweifel an der Qualifikation des Subunternehmers hat. Ferner wurde festgelegt, dass die Qualifikation des Subunternehmers mit jener des Auftragnehmers gleichwertig sein muss. Ferner wurde dem Auftraggeber ein Versagungsrecht eingeräumt, wenn zwischen ihm und dem namhaft gemachten Subunternehmer ehemals ein Vertragsverhältnis über derartige Leistungen bestanden hat und seitens des Auftraggebers für beendet erklärt oder für die mit der tatsächlichen Beratung betrauten Personen (Dienstnehmer und Subunternehmer oder der Bieter selber) wurde vom Auftraggeber in Pkt. VII/2. der Leistungsvertragsbedingungen eine Minimalberatungsstundengrenze pro Mitarbeiter und Sprengel festgesetzt, sodass ab 66 zugeschlagenen voraussichtlichen Beratungsstunden gemäß Preisspiegel maximal zwei Personen tätig werden durften, ab 133 Beratungsstunden maximal drei Personen, ab 199 Beratungsstunden maximal vier Personen und ab 265 Beratungsstunden maximal fünf Personen. Ferner wurde festgelegt, dass pro eingesetzte Person mindestens 33 Stunden pro Monat und mindestens 400 Stunden pro Kalenderjahr geleistet werden, höchstens jedoch 1320 Stunden pro Kalenderjahr an effektiver Beratungszeit in den zu betreuenden Arbeitsstätten erbracht werden kann. Für den Fall, dass der Auftragnehmer eine mit der Vertragserfüllung betraute natürliche Person nach Vertragsabschluss auswechseln will, wurde festgelegt, dass nur solche Personen herangezogen werden können, deren zuschlagsrelevante persönliche Qualifikation (Einsatzstunden, Zusatzausbildung), denen der zu ersetzenden natürlichen Personen gleichwertig sind. Ferner wurde festgelegt, dass der Auftragnehmer den beabsichtigten Austausch dem Auftraggeber vier Wochen vor dem erstmaligen beabsichtigten Einsatz mitzuteilen hat. Sollte der Auftraggeber innerhalb dieser vier Wochen keine begründete Ablehnung der Person mitteilen, sollte das Einverständnis des Auftraggebers zum Austausch als gegeben gelten. Für den Fall, dass der Auftragnehmer beabsichtigt, zusätzlich zu den im Angebot genannten natürlichen Personen weitere Personen zur Vertragserfüllung heranzuziehen, wurde festgelegt, dass die dargelegten Bestimmungen sinngemäß zu gelten hätten, wobei die persönliche Qualifikation der zusätzlichen Mitarbeiter mindestens den Mittelwert der Qualifikationen jener natürlichen Personen erreichen muss, die zuschlagsrelevant berücksichtigt wurden (römisch sieben der Leistungsvertragsbedingungen). Unter römisch sechs der Leistungsvertragsbedingungen wurde festgelegt, dass der Auftragnehmer vor Heranziehung eines Subunternehmers, der nicht im ursprünglichen Angebot genannt wurde, die Zustimmung des Auftraggebers einzuholen hat. Diesbezüglich wurde festgelegt, dass der Auftraggeber die Zustimmung hiezu nur verweigern darf, wenn er berechtigte Zweifel an der Qualifikation des Subunternehmers hat. Ferner wurde festgelegt, dass die Qualifikation des Subunternehmers mit jener des Auftragnehmers gleichwertig sein muss. Ferner wurde dem Auftraggeber ein Versagungsrecht eingeräumt, wenn zwischen ihm und dem namhaft gemachten Subunternehmer ehemals ein Vertragsverhältnis über derartige Leistungen bestanden hat und seitens des Auftraggebers für beendet erklärt oder

aufgekündigt worden ist. In Punkt 17 der allgemeinen Bedingungen wurde vom Auftraggeber festgelegt, dass die Qualifikation des vom Auftragnehmer namhaft zu machenden Subunternehmers der des Auftragnehmers bzw. der von ihm sonst vorgesehenen natürlichen Personen entsprechen muss und der Bieter in einer Beilage zu seinem Angebot anzugeben hat, welchen Teil des Auftrages er möglicherweise an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt.

Unter Punkt 15 der allgemeinen Bedingungen der Ausschreibung behielt sich der Auftraggeber die sprengelweise Vergabe des Auftrages vor, wobei Angebotspreisänderungen ausgeschlossen wurden. Entsprechend dieser Festlegung wurde es dem Bieter freigestellt, nur einzelne Sprengel des Leistungsverzeichnisses anzubieten.

Im Leistungsverzeichnis war für jeden Sprengel der Preis der vom Bieter hierfür angebotenen Beratungsstunde anzugeben.

Die Angebotsöffnung fand am 7.6.2001 statt. Insgesamt wurden 109 Angebote abgegeben. Nur vier Bieter hatten Angebote für sämtliche Sprengel gelegt. Der Antragsteller hatte Angebote für zwölf Sprengel gelegt (Sprengel 4, Wien-Margarethen, voraussichtlich 65 Beratungsstunden, Preis der Beratungsstunden ATS 87; Sprengel 5, Wien-Mariahilf, 50 voraussichtliche Beratungsstunden pro Monat, Preis pro Beratungsstunde ATS 84, Sprengel 6, Wien-Neubau, 80 voraussichtliche Beratungsstunden, Preis pro Beratungsstunde ATS 84, Sprengel 7, Wien-Josefstadt, 55 voraussichtliche Beratungsstunden, Preis pro Stunde ATS 87; Sprengel 13, 65 voraussichtliche Beratungsstunden, Preis pro Beratungsstunde ATS 84; Sprengel 14, Wien-Rudolfsheim-Fünfhaus, 110 voraussichtliche Beratungsstunden, Preis pro Beratungsstunde ATS 84, Sprengel 15, Wien-Ottakring, 65 voraussichtliche Beratungsstunden, Preis pro Beratungsstunde ATS 87; Sprengel 16, 50 voraussichtliche Beratungsstunden, Preis pro Beratungsstunde ATS 87; Sprengel 21, 80 voraussichtliche Beratungsstunden, Preis pro Beratungsstunde ATS 84; Sprengel 22, Wien-Hietzing, 65 voraussichtliche Beratungsstunden, Preis pro Beratungsstunde ATS 84; Sprengel 23, Wien-Liesing, 90 voraussichtliche Beratungsstunden, Preis pro Beratungsstunde ATS 84; Sprengel 26, Bezirke Hollabrunn, Korneuburg plus Bereich Gerasdorf aus dem Bezirk Wien-Umgebung, 80 voraussichtliche Beratungsstunden, Preis pro Beratungsstunde ATS 87. Als für die Leistungserbringung vorgesehene natürliche Personen wurden vom Antragsteller er selbst sowie zwei weitere Personen namhaft gemacht und wurden die in der Ausschreibung geforderten Nachweise für diese Personen vorgelegt. Allerdings wurde nicht angegeben, ob diese Personen als Subunternehmer oder Dienstnehmer des Auftragnehmers tätig werden sollten. Unter diesen zwei Personen befindet sich ein Ing. S***, der außerdem im Angebot eines anderen Bieters,

namlich der T*** Ges.m.b.H. als eine von zwölf für die Leistungserbringung vorgesehenen natürlichen Personen genannt wurde. Dieser andere Bieter, die T*** Ges.m.b.H.

(Geschäftsführer Dipl.Ing.U***) hat für insgesamt 17 Sprengel angeboten (Sprengel 3 Wien-Wieden, 100 Stunden ATS 68, Sprengel 4, Wien-Margarethen, 65 Stunden ATS 68, Sprengel 5 Wien-Mariahilf, 50 Stunden, ATS 68, Sprengel 6 Wien-Neubau, 80 Stunden, ATS 68, Sprengel Wien-Leopoldstadt, 110 Stunden, ATS 68, Sprengel 11 Wien-Floridsdorf, 80 Stunden, ATS 68, Sprengel 12 Wien-Donaustadt, 85 Stunden, ATS 68, Sprengel 15 Wien-Ottakring 65 Stunden, ATS 67, Sprengel 16 Wien-Hernals, 50 Stunden, ATS 67, Sprengel 20 Wien-Simmering, 50 Stunden, ATS 68, Sprengel 21 Wien-Meidling, 80 Stunden, ATS 68, Sprengel 26 Bezirke Hollabrunn, Korneuburg plus Bereich Gerasdorf aus dem Bezirk Wien-Umgebung, 80 Stunden, ATS 67, Sprengel 27 Bezirk Gänserndorf und Bezirk Mistelbach, 55 Stunden, ATS 67, Sprengel 28, Bezirk Bruck/Leitha plus Bereich Schwechat aus Bezirk Wien-Umgebung, 80 Stunden, ATS 68, Sprengel 32 Krems-Stadt und Bezirke Krems-Land und Melk, 80 Stunden, ATS 79, Sprengel 51, Wels-Stadt und Bezirk Wels-Land, 110 Stunden ATS 79, Bezirk 65 Schwarz, 65 Stunden, ATS 88).

Mit Schreiben vom 10. Juli 2001 teilte der Auftraggeber sowohl dem Antragsteller als auch der T*** G.m.b.H. mit, dass ihr Angebot jeweils gemäß § 15 Z 10 und § 52 Abs. 1 Z 9 ausgeschieden werde, weil die von ihnen nominierte natürliche Person Herr Ing. S*** jeweils auch im Angebot eines anderen Bieters vorkomme. Der Auftraggeber wies weiters auf die Judikatur des Bundesvergabeamtes hin, wonach bei einer Mehrfachbeteiligung eines Unternehmens in mehreren Bietergemeinschaften unzulässige Submissionsabsprachen vorliegen und das Angebot daher auszuschneiden sei und führte weiters aus, dass gleiches gelten müsse, wenn die selbe natürliche Person bei der gegenständlichen Ausschreibung bei verschiedenen Bietern vorkomme, weil ihre Leistung den weitaus überwiegenden Teil der ausgeschriebenen Gesamtleistung ausmacht und sie somit über die Gestaltung ihrer Preise und Konditionen gegenüber dem jeweiligen Bieter wesentlichen Einfluss auf die Angebotsstellung nehmen könne. Mit Schreiben vom 10. Juli 2001 teilte der Auftraggeber sowohl dem Antragsteller als auch der T*** G.m.b.H. mit, dass ihr Angebot jeweils gemäß Paragraph 15, Ziffer 10 und Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 9, ausgeschieden werde, weil die von ihnen nominierte natürliche Person Herr Ing. S*** jeweils auch im Angebot eines anderen Bieters vorkomme. Der Auftraggeber wies weiters auf die Judikatur des Bundesvergabeamtes hin, wonach bei einer Mehrfachbeteiligung eines Unternehmens in mehreren Bietergemeinschaften unzulässige Submissionsabsprachen vorliegen und das Angebot daher auszuschneiden sei und führte weiters aus, dass gleiches gelten müsse, wenn die selbe natürliche Person bei der gegenständlichen Ausschreibung bei verschiedenen Bietern vorkomme, weil ihre Leistung den weitaus überwiegenden Teil der ausgeschriebenen Gesamtleistung ausmacht und sie somit über die Gestaltung ihrer Preise und Konditionen gegenüber dem jeweiligen Bieter wesentlichen Einfluss auf die Angebotsstellung nehmen könne.

Festgestellt wurde ferner, dass Ing. S*** keine Gespräche mit Ing. D*** betreffend den Inhalt des Angebotes des Ing. D*** oder des Angebotes der T*** GmbH geführt hat. Die Höhe eines allfälligen Entgeltes des Ing. S*** für seine Leistungen für die im Angebot von Ing. D*** angekündigten Leistungen wurde zwischen Ing. D*** und Ing. S*** nicht besprochen, da nicht die Absicht bestand, Ing. S*** tatsächlich als Sicherheitsberater im Namen und Auftrag des Ing. D*** einzusetzen (vgl. Aussage Ing. S*** in der mündlichen Verhandlung, Beweismittel). Zwischen Ing. S*** und dem Geschäftsführer der T*** GmbH, Dipl.-Ing. U***, wurden keine Gespräche betreffend den Inhalt des Angebotes des Ing. D*** geführt (vgl. Aussage Dipl.-Ing. U*** in der mündlichen Verhandlung, Beweismittel). Festgestellt wurde ferner, dass Ing. S*** keine Gespräche mit Ing. D*** betreffend den Inhalt des Angebotes des Ing. D*** oder des Angebotes der T*** GmbH geführt hat. Die Höhe eines allfälligen Entgeltes des Ing. S*** für seine Leistungen für die im Angebot von Ing. D*** angekündigten Leistungen wurde zwischen Ing. D*** und Ing. S*** nicht besprochen, da nicht die Absicht bestand, Ing. S*** tatsächlich als Sicherheitsberater im Namen und Auftrag des Ing. D*** einzusetzen (vergleiche Aussage Ing. S*** in der mündlichen Verhandlung, Beweismittel). Zwischen Ing. S*** und dem Geschäftsführer der T*** GmbH, Dipl.-Ing. U***, wurden keine Gespräche betreffend den Inhalt des Angebotes des Ing. D*** geführt (vergleiche Aussage Dipl.-Ing. U*** in der mündlichen Verhandlung, Beweismittel).

Die einzelnen Sachverhaltsfeststellungen gründen sich auf die angeführten Beweismittel - im Ermittlungsverfahren sind keine Zweifel an Echtheit oder inhaltlicher Richtigkeit der vorgelegten Urkunden entstanden - sowie auf folgende im Rahmen der Beweismittel angestellte Erwägungen:

Die Aussagen des Ing. S*** waren auf Grund des persönlichen Eindrucks, den dieser bei der Vernehmung gemacht hat, als wahr anzunehmen. Ing. S*** erweckte nämlich den Eindruck, wegen seiner Mehrfachbeteiligung als Subunternehmer sichtlich aufgeregt zu sein und Reue zu empfinden. Diese emotionale Grundhaltung wäre mit einer bewussten Falschaussage nicht vereinbar. Weitere Glaubwürdigkeit gewinnt die Aussage dadurch, dass sie im Ergebnis für Ing. S*** von Nachteil ist. Durch seine Erklärung, seinen Namen für das Angebot des Ing. D*** nur zur Verfügung gestellt zu haben und nicht wirklich die Absicht gehabt zu haben, für Ing. D*** bei der Vertragsdurchführung auch tätig zu werden, hat er seine Zuverlässigkeit als Sicherheitsfachkraft in Frage gestellt und muss allenfalls mit rechtlichen Konsequenzen rechnen. Unter Bedachtnahme auf den insgesamt kleinmütigen Eindruck, den Ing. S*** bei seiner Aussage vermittelte, war daher von ihrer inhaltlichen Richtigkeit auszugehen.

Auch die Angaben des Dipl.-Ing. U*** waren auf Grund des persönlichen Eindrucks, den dieser bei der Verhandlung machte, als wahr anzunehmen. Dipl.-Ing. U*** wirkte zwar nicht kleinmütig - eher im Gegenteil - doch schienen auch seine Aussagen von einer erheblichen Gefühlserregung gekennzeichnet zu sein, die für die Ehrlichkeit der gemachten Aussagen spricht. Zudem wirkte sich auch seine Aussage im Ergebnis zu seinem Nachteil aus. Wenn er nämlich eingestanden hat, dass ihm Ing. S*** nicht persönlich bekannt gewesen sei, wirft dies zumindest auf seine kaufmännische Sorgfalt bei der Erstellung des Angebotes ein fragwürdiges Licht. Es würde aber der allgemeinen Lebenserfahrung widersprechen, wenn man annehme, dass jemand bewusst falsche Aussagen tätigt, um rechtliche Konsequenzen abzuwenden und dadurch im Ergebnis aber seine Lage verschlechtert.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zu Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und zur Zulässigkeit des Antrages
römisch eins. Zu Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und zur Zulässigkeit des Antrages:

Die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 11 Abs. 1 Z 4 BVergG. Nach den Angaben des Auftraggebers (vgl. Schriftsatz vom 8.8.2001 im Verfahren N-75/01) beträgt der geschätzte Auftragswert 5 Millionen Euro, sodass der für Dienstleistungsaufträge geltende Schwellenwert von 200.000 Euro (vgl. § 7 Abs. 1 letzter Satz BVergG) jedenfalls überschritten wird. Der gegenständliche Auftrag zur Vergabe sicherheitstechnischer Beratungsleistungen fällt daher jedenfalls in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes (vgl. Anhang III Z 12 "Technische Beratung und Planung") und ist das Bundesvergabeamt daher grundsätzlich gemäß § 113 BVergG zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig. Die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG. Nach den Angaben des Auftraggebers (vergleiche Schriftsatz vom 8.8.2001 im Verfahren N-75/01) beträgt der geschätzte Auftragswert 5 Millionen Euro, sodass der für Dienstleistungsaufträge geltende Schwellenwert von 200.000 Euro (vergleiche Paragraph 7, Absatz eins, letzter Satz BVergG) jedenfalls überschritten wird. Der gegenständliche Auftrag zur Vergabe sicherheitstechnischer

Beratungsleistungen fällt daher jedenfalls in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes (vergleiche Anhang römisch drei Ziffer 12, "Technische Beratung und Planung") und ist das Bundesvergabeamt daher grundsätzlich gemäß Paragraph 113, BVergG zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig.

Nach den Angaben des Auftraggebers (vgl. Schriftsatz vom 8.8.2001) ist noch nicht von einer Zuschlagserteilung auszugehen. Da auch die sonstigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist über den Antrag inhaltlich zu entscheiden. Nach den Angaben des Auftraggebers (vergleiche Schriftsatz vom 8.8.2001) ist noch nicht von einer Zuschlagserteilung auszugehen. Da auch die sonstigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist über den Antrag inhaltlich zu entscheiden.

II. Zur inhaltlichen Beurteilung des Antrages römisch zwei. Zur inhaltlichen Beurteilung des Antrages:

1. 1. Ziffer eins

Zum Vorwurf der wettbewerbswidrigen Absprache:

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 9 BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag auf Grund des Ergebnisses der Prüfung unter anderem Angebote von Bieterinnen, die mit anderen Bieterinnen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen haben, unverzüglich auszuschließen. Gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag auf Grund des Ergebnisses der Prüfung unter anderem Angebote von Bieterinnen, die mit anderen Bieterinnen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen haben, unverzüglich auszuschließen.

Festzuhalten ist zunächst, dass die Tatbestände "für den Auftraggeber nachteilige Abreden" und "gegen die guten Sitten verstoßende Abreden" im Hinblick auf die Tragweite des Wettbewerbsgrundsatzes (§ 16 Abs. 1 BVergG) lediglich ergänzenden Charakter haben. Für den Auftraggeber nachteilige Abreden, die nicht gleichzeitig auch gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßen, könnten voraussichtlich wohl nur solche Abreden sein, die sich mit der Vertragsdurchführung befassen. Sittenwidrige Abreden, die im Zusammenhang des Vergaberechts nicht ohnehin bereits den Tatbestand der wettbewerbswidrigen Abrede fallen, könnten wohl nur solche sein, mit denen in anderen Rechtsvorschriften (Sozialrecht, Berufsrecht, Allgemeine zivilrechtliche Grundsätze) enthaltene Wertungen missachtet werden. Für beides gibt es im vorliegenden Zusammenhang keinerlei Anhaltspunkte. Demnach ist zu untersuchen, ob der Tatbestand der wettbewerbswidrigen Abrede durch die Mehrfachbeteiligung des Subunternehmers Ing. S*** in mehreren Angeboten, darunter jenem des Antragstellers, erfüllt ist, wie dies vom Auftraggeber behauptet wurde. Festzuhalten ist zunächst, dass die Tatbestände "für den Auftraggeber nachteilige Abreden" und "gegen die guten Sitten verstoßende Abreden" im Hinblick auf die Tragweite des Wettbewerbsgrundsatzes (Paragraph 16, Absatz eins, BVergG) lediglich ergänzenden Charakter haben. Für den Auftraggeber nachteilige Abreden, die nicht gleichzeitig auch gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßen, könnten voraussichtlich wohl nur solche Abreden sein, die sich mit der Vertragsdurchführung befassen. Sittenwidrige Abreden, die im Zusammenhang des Vergaberechts nicht ohnehin bereits den Tatbestand der wettbewerbswidrigen Abrede fallen, könnten wohl nur solche sein, mit denen in anderen Rechtsvorschriften (Sozialrecht, Berufsrecht, Allgemeine zivilrechtliche Grundsätze) enthaltene Wertungen missachtet werden. Für beides gibt es im vorliegenden Zusammenhang keinerlei Anhaltspunkte. Demnach ist zu untersuchen, ob der Tatbestand der wettbewerbswidrigen Abrede durch die Mehrfachbeteiligung des Subunternehmers Ing. S*** in mehreren Angeboten, darunter jenem des Antragstellers, erfüllt ist, wie dies vom Auftraggeber behauptet wurde.

Das Wesen des Wettbewerbes liegt darin, dass bei der Vergabe von Aufträgen eine möglichst große Zahl von Bewerbern gegeneinander in Konkurrenz gebracht wird, um dadurch ein möglichst günstiges Angebot für den Auftraggeber zu erzielen (vgl. Aicher, Wettbewerbsrechtlicher und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechts (1985) 112). Zu ergänzen ist diese Definition des Wettbewerbsprinzips noch dadurch, dass die Bieterkonkurrenz sich durch das Erarbeiten unterschiedlicher Angebote entwickeln soll, wobei das vom einzelnen Bieter erstellte Angebot das aus seiner Sicht optimale Angebot für den öffentlichen Auftraggeber darstellt und die Konkurrenz unter für alle Bieter gleichen Bedingungen stattfindet. Der so verstandene Wettbewerb wäre dann nicht frei und lauter - letzterer Begriff ist wohl ohne eigenständigen Bedeutungsgehalt, (vgl. Aicher aaO 115) - , wenn durch Teilnehmer des Wettbewerbes Manipulationen erfolgen, die diese eben dargelegten Inhalte des Wettbewerbsprinzips beeinträchtigen. Denkbar

wäreDas Wesen des Wettbewerbes liegt darin, dass bei der Vergabe von Aufträgen eine möglichst große Zahl von Bewerbern gegeneinander in Konkurrenz gebracht wird, um dadurch ein möglichst günstiges Angebot für den Auftraggeber zu erzielen vergleiche Aicher, Wettbewerbsrechtlicher und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechts (1985) 112). Zu ergänzen ist diese Definition des Wettbewerbsprinzips noch dadurch, dass die Bieterkonkurrenz sich durch das Erarbeiten unterschiedlicher Angebote entwickeln soll, wobei das vom einzelnen Bieter erstellte Angebot das aus seiner Sicht optimale Angebot für den öffentlichen Auftraggeber darstellt und die Konkurrenz unter für alle Bieter gleichen Bedingungen stattfindet. Der so verstandene Wettbewerb wäre dann nicht frei und lauter - letzterer Begriff ist wohl ohne eigenständigen Bedeutungsgehalt, vergleiche Aicher aaO 115) - , wenn durch Teilnehmer des Wettbewerbes Manipulationen erfolgen, die diese eben dargelegten Inhalte des Wettbewerbsprinzips beeinträchtigen. Denkbar wäre

diesbezüglich etwa die Verringerung der Anzahl der möglichen Bewerber, die Verringerung der Angebotsvielfalt bzw. die Beschränkung der Angebotsvielfalt durch Preisabsprachen und sonstige Absprachen über den Inhalt von Angeboten (z.B. Bindung von Entgelten, Absprachen über Gewinnaufschläge, Verarbeitungsspannen und andere Preisbestandteile, Verabredungen über Zahlungs-, Lieferung- und andere Bedingungen, soweit sie unmittelbar den Preis beeinflussen, Entrichtung von Ausfallsentschädigungen und Abstandszahlungen, Gewinnbeteiligung oder andere Abgaben (vgl. näher Heiermann/Riedl/Rusam Rz. 30 zu A § 2.1 VOB).diesbezüglich etwa die Verringerung der Anzahl der möglichen Bewerber, die Verringerung der Angebotsvielfalt bzw. die Beschränkung der Angebotsvielfalt durch Preisabsprachen und sonstige Absprachen über den Inhalt von Angeboten (z.B. Bindung von Entgelten, Absprachen über Gewinnaufschläge, Verarbeitungsspannen und andere Preisbestandteile, Verabredungen über Zahlungs-, Lieferung- und andere Bedingungen, soweit sie unmittelbar den Preis beeinflussen, Entrichtung von Ausfallsentschädigungen und Abstandszahlungen, Gewinnbeteiligung oder andere Abgaben vergleiche näher Heiermann/Riedl/Rusam Rz. 30 zu A Paragraph 2 Punkt eins, VOB).

Wettbewerbswidrig wäre ferner die Ausschaltung des Konkurrenzdruckes durch das Zusammenwirken mehrerer Bieter anstatt des durch den Wettbewerb geforderten Gegeneinanders, sowie das Erlangen von Informationen, die Wettbewerbsvorteile einräumen. Zu letzterem Punkt ist insbesondere festzuhalten, dass zwar Transparenz im Vergabeverfahren im Verhältnis zwischen Ausschreiber und Bieter erforderlich ist und erst diese Transparenz einen chancengleichen Wettbewerb ermöglicht, jedoch eine auf Aufklärung der Konkurrenzsituation zwischen den Bietern gerichtete Transparenz dem Grundsatz nach abzulehnen ist, da diese aufeinander abgestimmtes Verhalten der Bieter fördert und die Wettbewerbsintensität hemmt. Insbesondere ist die Weitergabe von Daten über das Marktverhalten der Bieter als Dispositionsgrundlage für zukünftige Ausschreibungen bedenklich (vgl. Aicher, aaO 133). Festzuhalten ist allerdings auch, dass das Vergaberecht in verschiedenen Punkten bewusst eine Transparenz betreffend den Inhalt anderer Angebote vorsieht (vgl. § 46 über die Öffnung der Angebote im Beisein der Bieter sowie § 53a Abs. 4 und § 57 betreffend den Anspruch des Bieters auf Information über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes). Zudem ist festzuhalten, dass die bloße Kenntnis vom Umstand, dass ein anderes Unternehmen angeboten hat oder auch die bloße Kenntnis vom Inhalt des Angebotes eines anderen Unternehmens gerade unter Bedachtnahme auf die Grundsätze des Wettbewerbes nicht in jedem Fall als verpönte Wettbewerbsbeeinträchtigung angesehen werden kann. Wäre dies nämlich so, hätte es ein Unternehmen, das anderen Bietern z.B. öffentlich den Umstand, dass es sich an einer Ausschreibung beteiligt, allenfalls in Verbindung mit näheren, ausgewählten Informationen über den Inhalt dieses Angebotes, mitteilt, in der Hand, seine Konkurrenten, die nach dieser Information diese Kenntnis haben, vom Wettbewerb auszuschließen. Die Kenntnis von anderen Angeboten bzw. von deren Inhalt begründet daher nur dann wettbewerbswidriges Verhalten, wenn sie durch darauf gerichtete Absprachen entstanden ist, zu konkreten Wettbewerbsvorteilen führt und nicht gesetzlich gedeckt ist.Wettbewerbswidrig wäre ferner die Ausschaltung des Konkurrenzdruckes durch das Zusammenwirken mehrerer Bieter anstatt des durch den Wettbewerb geforderten Gegeneinanders, sowie das Erlangen von Informationen, die Wettbewerbsvorteile einräumen. Zu letzterem Punkt ist insbesondere festzuhalten, dass zwar Transparenz im Vergabeverfahren im Verhältnis zwischen Ausschreiber und Bieter erforderlich ist und erst diese Transparenz einen chancengleichen Wettbewerb ermöglicht, jedoch eine auf Aufklärung der Konkurrenzsituation zwischen den Bietern gerichtete Transparenz dem Grundsatz nach abzulehnen ist, da diese aufeinander abgestimmtes Verhalten der Bieter fördert und die Wettbewerbsintensität hemmt. Insbesondere ist die Weitergabe von Daten über das Marktverhalten der Bieter als Dispositionsgrundlage für zukünftige Ausschreibungen bedenklich vergleiche Aicher, aaO 133). Festzuhalten ist allerdings auch, dass das Vergaberecht in verschiedenen Punkten bewusst eine Transparenz betreffend den Inhalt anderer Angebote vorsieht vergleiche

Paragraph 46, über die Öffnung der Angebote im Beisein der Bieter sowie Paragraph 53 a, Absatz 4 und Paragraph 57, betreffend den Anspruch des Bieters auf Information über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes). Zudem ist festzuhalten, dass die bloße Kenntnis vom Umstand, dass ein anderes Unternehmen angeboten hat oder auch die bloße Kenntnis vom Inhalt des Angebotes eines anderen Unternehmens gerade unter Bedachtnahme auf die Grundsätze des Wettbewerbes nicht in jedem Fall als verpönte Wettbewerbsbeeinträchtigung angesehen werden kann. Wäre dies nämlich so, hätte es ein Unternehmen, das anderen Bietern z.B. öffentlich den Umstand, dass es sich an einer Ausschreibung beteiligt, allenfalls in Verbindung mit näheren, ausgewählten Informationen über den Inhalt dieses Angebotes, mitteilt, in der Hand, seine Konkurrenten, die nach dieser Information diese Kenntnis haben, vom Wettbewerb auszuschließen. Die Kenntnis von anderen Angeboten bzw. von deren Inhalt begründet daher nur dann wettbewerbswidriges Verhalten, wenn sie durch darauf gerichtete Absprachen entstanden ist, zu konkreten Wettbewerbsvorteilen führt und nicht gesetzlich gedeckt ist.

Wettbewerbswidrige Abreden im Sinne des § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG liegen daher unter Heranziehung dieser Erwägungen nur dann vor, wenn Abreden zwischen Bietern getroffen werden, die eine Beeinträchtigung des Wettbewerbsprinzips im oben beschriebenen Sinne beabsichtigen oder bewirken. Wettbewerbswidrige Abreden im Sinne des Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG liegen daher unter Heranziehung dieser Erwägungen nur dann vor, wenn Abreden zwischen Bietern getroffen werden, die eine Beeinträchtigung des Wettbewerbsprinzips im oben beschriebenen Sinne beabsichtigen oder bewirken.

Im vorliegenden Fall fehlt es schon deshalb an der Tatbestandsmäßigkeit, weil es sich nicht um eine Vereinbarung (= "Absprache") zwischen Bietern handelt, wie in dem vom Auftraggeber bezogenen ha. Verfahren N-12/01, N-16/01, N-17/01, sondern um "Absprachen" zwischen einem Subunternehmer und anderen Bietern. Diese "Absprachen" sind nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes aber vom Tatbestand nicht erfasst. Eine analoge Anwendung des Tatbestandes auf Absprachen zwischen Subunternehmern und Bietern kommt nicht in Betracht, weil es zwar Zweck des Vergaberechts ist, Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, jedoch sein Geltungsbereich offenkundig auf das Verhältnis zwischen Bieter und Ausschreiber beschränkt ist. Dem gegenüber ist die allgemeine Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen bzw. wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen Aufgabe des Kartellrechts (vgl. Aicher, aaO 143, Haunold, Wiener Landesvergabegesetz, Anmerkung 13 zu § 47). Soweit der Auftraggeber daher im wesentlichen mit dem faktischen Einfluss des Subunternehmers auf den jeweiligen Angebotsinhalt argumentiert, verkennt er, dass allenfalls dahinterstehende, rechtlich verpönte Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich lediglich kartellrechtliche Relevanz besitzen und vergaberechtlich allenfalls im Rahmen der Berechtigung des Auftraggebers, die Ausschreibung zu widerrufen, erheblich sein können. Im vorliegenden Fall fehlt es schon deshalb an der Tatbestandsmäßigkeit, weil es sich nicht um eine Vereinbarung (= "Absprache") zwischen Bietern handelt, wie in dem vom Auftraggeber bezogenen ha. Verfahren N-12/01, N-16/01, N-17/01, sondern um "Absprachen" zwischen einem Subunternehmer und anderen Bietern. Diese "Absprachen" sind nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes aber vom Tatbestand nicht erfasst. Eine analoge Anwendung des Tatbestandes auf Absprachen zwischen Subunternehmern und Bietern kommt nicht in Betracht, weil es zwar Zweck des Vergaberechts ist, Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, jedoch sein Geltungsbereich offenkundig auf das Verhältnis zwischen Bieter und Ausschreiber beschränkt ist. Dem gegenüber ist die allgemeine Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen bzw. wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen Aufgabe des Kartellrechts (vergleiche Aicher, aaO 143, Haunold, Wiener Landesvergabegesetz, Anmerkung 13 zu Paragraph 47,). Soweit der Auftraggeber daher im wesentlichen mit dem faktischen Einfluss des Subunternehmers auf den jeweiligen Angebotsinhalt argumentiert, verkennt er, dass allenfalls dahinterstehende, rechtlich verpönte Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich lediglich kartellrechtliche Relevanz besitzen und vergaberechtlich allenfalls im Rahmen der Berechtigung des Auftraggebers, die Ausschreibung zu widerrufen, erheblich sein können.

Zu prüfen ist ferner, ob eine analoge Anwendung des Ausscheidenstatbestandes insofern in Betracht kommt, als auch anderes kooperatives Verhalten als Abreden zwischen den Bietern zum Ausscheiden der Angebote der betroffenen Bieter führen muss. Vor dem Hintergrund der erkennbaren Absicht des Vergabegesetzes Beschränkungen des Wettbewerbes durch Bieter zu verhindern, wird man hier eine Gesetzesanalogie bejahen können, soweit durch sonstiges kooperatives Verhalten der Bieter eine Beeinträchtigung des Wettbewerbes entsteht, die einer wettbewerbswidrigen Abrede nach Art und Wirkung gleichzuhalten ist. In Betracht kommen hier etwa aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (vgl. § 11 Kartellgesetz), die im Ergebnis eine Beschränkung der Bieteranzahl, eine

Beschränkung des Angebotsinhalts (Preis sonstige Bedingungen) bewirken oder Informationsvorteile verursachen, die eine Verbesserung der Wettbewerbsposition eines Bieters zur Folge haben. Ein solcher relevanter Informationsaustausch durch abgestimmtes Verhalten zB betreffend Angebotspreise, Preisspannen oä. könnte auch im Wege eines gemeinsamen Subunternehmers erfolgen. Dieser könnte gleichsam als "Mittelsmann" für einen Informationsaustausch agieren. Zu prüfen ist ferner, ob eine analoge Anwendung des Ausscheidenstatbestandes insofern in Betracht kommt, als auch anderes kooperatives Verhalten als Abreden zwischen den Bieter zum Ausscheiden der Angebote der betroffenen Bieter führen muss. Vor dem Hintergrund der erkennbaren Absicht des Vergabegesetzes Beschränkungen des Wettbewerbes durch Bieter zu verhindern, wird man hier eine Gesetzesanalogie bejahen können, soweit durch sonstiges kooperatives Verhalten der Bieter eine Beeinträchtigung des Wettbewerbes entsteht, die einer wettbewerbswidrigen Abrede nach Art und Wirkung gleichzuhalten ist. In Betracht kommen hier etwa aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen vergleiche Paragraph 11, Kartellgesetz), die im Ergebnis eine Beschränkung der Bieteranzahl, eine Beschränkung des Angebotsinhalts (Preis sonstige Bedingungen) bewirken oder Informationsvorteile verursachen, die eine Verbesserung der Wettbewerbsposition eines Bieters zur Folge haben. Ein solcher relevanter Informationsaustausch durch abgestimmtes Verhalten zB betreffend Angebotspreise, Preisspannen oä. könnte auch im Wege eines gemeinsamen Subunternehmers erfolgen. Dieser könnte gleichsam als "Mittelsmann" für einen Informationsaustausch agieren.

Vor dem Hintergrund des Gesetzeszweckes kann es jedoch nicht ausreichend sein, dass der bloße Umstand der Mehrfachbeteiligung des Subunternehmers feststeht. Zusätzlich erforderlich wäre ein Informationsaustausch über Einzelheiten des Angebotsinhalts, der einem der beteiligten Bieter Wettbewerbsvorteile verschaffen würde oder gar eine Einflussnahme auf den Angebotsinhalt eines anderen Konkurrenten, wobei dieses wettbewerbswidrige Ergebnis jeweils durch den Subunternehmer als Informationsmittler erzielt werden müsste.

Bloß faktische, auf Grund des gemeinsamen Subunternehmers bewirkte Ähnlichkeiten zwischen den Angeboten sind einer wettbewerbswidrigen Abrede zwischen den Bieter nicht gleichzuhalten, denn es steht jedem Bieter frei, welche Preisspanne er für die vom Subunternehmer angebotenen Leistungen dem Auftraggeber weiterberechnet. Ganz allgemein ist die Kalkulation auch der sonstigen Kostenbestandteile des Angebotes Sache des jeweiligen Bieters. Diese könnte durch den Subunternehmer zwar beeinflusst werden, dies muss jedoch nicht zwingend so sein, so dass entgegen den Ausführungen des Auftraggebers die Mehrfachbeteiligung eines Subunternehmers ohne darüber hinaus gehenden Informationsaustausch über diesen Subunternehmer noch keinen Vorgang darstellt, der einer wettbewerbswidrigen Abrede zwischen Bieter nach Art und Wirkung gleichzuhalten wäre. Hierzu müsste es vielmehr konkrete Nachweise von wettbewerbswidrigem Informationsaustausch im Sinne der obigen Ausführungen geben.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG, die auf den konkreten Fall anwendbar ist, jene Tatbestände, auf Grund derer ein Ausschluss eines Bieters zulässig ist, abschließend festlegt (EuGH 10.2.1982, C 76/81, Transporoute). Unbeschadet von der Frage der Ausschreibungskonformität von Angeboten kommt daher ein Ausschluss des Bieters nach Gemeinschaftsrecht nur dann in Betracht, wenn der Ausschluss unter einen der hierfür vorgesehenen Tatbestände der Dienstleistungsrichtlinie subsumiert werden kann. In Betracht kommt im gegenwärtigen Zusammenhang lediglich Artikel 29 lit. d der Richtlinie, wonach von der Teilnahme am Vergabeverfahren Dienstleistungserbringer ausgeschlossen werden, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde. Eine Berufung auf § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG ist daher nur dann gemeinschaftsrechtskonform, wenn in der wettbewerbswidrigen Abrede eine schwere beruflich Verfehlung des Auftragnehmers im Sinne der Richtlinie erblickt werden kann (vgl. § 58 Abs. 1 Z 4 BVergG). Nach dem klaren Wortlaut der Richtlinie ist der Auftraggeber verpflichtet, hierfür den Nachweis zu führen. Im konkreten Zusammenhang wäre es daher notwendig gewesen, dass der Auftraggeber nachgewiesen hätte, dass es zu dem oben beschriebenen wettbewerbswidrigen verpönten Informationsaustausch durch die Mehrfachbeteiligung des Subunternehmers gekommen ist. Bloße Vermutungen oder Indizien kommen hierfür nicht in Betracht (vgl. Kropik, Mängel in Angeboten (2001)2 94; Zur vergleichbaren deutschen Rechtslage Heiermann/Riedl/Rusam, Rz. 56 zu A § 8 Punkt 5 VOB). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG, die auf den konkreten Fall anwendbar ist, jene Tatbestände, auf Grund derer ein Ausschluss eines Bieters zulässig ist, abschließend festlegt (EuGH 10.2.1982, C 76/81, Transporoute). Unbeschadet von der Frage der Ausschreibungskonformität von Angeboten kommt daher ein Ausschluss des Bieters nach Gemeinschaftsrecht nur dann in Betracht, wenn der Ausschluss unter einen der hierfür vorgesehenen Tatbestände der Dienstleistungsrichtlinie

subsumiert werden kann. In Betracht kommt im gegenwärtigen Zusammenhang lediglich Artikel 29 Litera d, der Richtlinie, wonach von der Teilnahme am Vergabeverfahren Dienstleistungserbringer ausgeschlossen werden, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde. Eine Berufung auf Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG ist daher nur dann gemeinschaftsrechtskonform, wenn in der wettbewerbswidrigen Abrede eine schwere beruflich Verfehlung des Auftragnehmers im Sinne der Richtlinie erblickt werden kann vergleiche Paragraph 58, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG). Nach dem klaren Wortlaut der Richtlinie ist der Auftraggeber verpflichtet, hierfür den Nachweis zu führen. Im konkreten Zusammenhang wäre es daher notwendig gewesen, dass der Auftraggeber nachgewiesen hätte, dass es zu dem oben beschriebenen wettbewerbswidrigen verpönten Informationsaustausch durch die Mehrfachbeteiligung des Subunternehmers gekommen ist. Bloße Vermutungen oder Indizien kommen hierfür nicht in Betracht vergleiche Kropik, Mängel in Angeboten (2001)2 94; Zur vergleichbaren deutschen Rechtslage Heiermann/Riedl/Rusam, Rz. 56 zu A Paragraph 8, Punkt 5 VOB).

Der Auftraggeber hat aber im vorliegenden Fall keinerlei Nachweise für einen konkreten Informationsaustausch über den Subunternehmer als Informationsmittelsmann geliefert, vielmehr hat das Ermittlungsverfahren ergeben, dass der als Subunternehmer namhaft gemachte Ing. S*** kaum ausreichende Kenntnisse über das Angebot des Antragstellers hatte, um überhaupt seiner Subunternehmerfunktion gerecht zu werden.

Zuzugestehen ist dem Auftraggeber, dass die vorliegende Situation unabhängig- vom hier gegebenen Sachverhalt zu wettbewerbswidrigen Abreden oder diesen gleichzuhaltenden kooperativen Verhaltensweisen zwischen den Bietern führen könnte und insoferne eine "Vorfeldsituation" vorliegt. Da aber wettbewerbswidrige Abreden oder gleichzuhaltendes Verhalten in so einer Situation zwar gegeben sein könnten, nicht jedoch gegeben sein müssen, kommt eine analoge Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Gesetzesbestimmungen nicht in Betracht. Es wäre Sache des (europäischen) Gesetzgebers bestimmte für wettbewerbswidriges Verhalten typische Vorfeldsituationen zu verpönen.

Im vorliegenden Fall handelt es sich um die Mehrfachbeteiligung eines Subunternehmers an verschiedenen Angeboten, jedoch ist der Subunternehmer nicht selbst als Bieter tätig geworden. Im Zusammenhang mit dem antragsgegenständlichen Vergabeverfahren ist jedoch auch die Situation aufgetreten, dass ein Subunternehmer eines Bieters gleichzeitig selbst als Bieter (für den selben Sprengel) tätig wird. Aus verwaltungsökonomischen Erwägungen ist im Rahmen der vorliegenden Entscheidung auch auf diesen Sachverhalt einzugehen.

Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei der Beteiligung ein und derselben Person sowohl als Subunternehmer wie auch als Bieter dann im Falle des Verhältnisses zwischen Subunternehmer und Bieter um eine Absprache zwischen Bietern handelt, wenn sich eine Person für jene Sprengel bewirbt, für die ein Mitbewerber anbietet, dem sich die Person als Subunternehmer angeboten hat. Wettbewerbswidrig im Sinne der obigen Ausführungen könnte dies jedoch nur sein, wenn entweder tatsächlich Einflussnahme auf den Angebots geübt wurde oder wettbewerbsbeeinträchtigende Kenntnis durch die Vereinbarung bewirkt wurde. Dies wäre etwa der Fall, wenn der selbst als Bieter tätige Subunternehmer bei einem anderen Bieter als einzige zur Ausführung der Leistung vorgesehene Person (allenfalls noch mit einer zweiten Person) namhaft gemacht wird. Diesfalls würden nämlich auf Grund der im gegebenen Fall festgelegten Zuschlagskriterien zu einem wesentlichen Teil inhaltlich idente Angebote abgegeben. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass die Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer rein zahlenmäßig zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation, nämlich zu mehr Bietern führt. Dies könnte auch im Interesse des Wettbewerbs gelegen sein. Demnach stellt eine Doppelfunktion als Bieter und Subunternehmer lediglich dann eine wettbewerbswidrige Abrede dar, wenn es zur Einflussnahme auf den Angebotsinhalt eines Bieters oder zur Kenntnis von in oben beschriebenen Sinne im Rahmen der Angebotsbewertung wesentlichen Inhalten eines anderen Angebotes gekommen ist und auch ohne die Teilnahme des in Mehrfachfunktion auftretenden Bieters/Subunternehmers eine ausreichende Anzahl von Angeboten zu erwarten ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der vom Auftraggeber wegen der Mehrfachbeteiligung eines Subunternehmers erhobene Vorwurf der wettbewerbswidrigen Abrede im konkreten Fall nicht vorliegt und dieser Ausscheidenstatbestand daher nicht erfüllt ist.

1. 2.Ziffer 2

Zur sonstigen Überprüfung der angefochtenen Auftraggeberentscheidung:

Da ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 115 Abs. 1 BVergG nur auf Antrag eines Unternehmers geführt wird, ist unter Bedachtnahme auf § 117 Abs. 1 BVergG Prozessgegenstand des Nachprüfungsverfahrens die Frage, ob die vom Unternehmer in seinem Antrag angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig und für den Ausgang des Verfahrens wesentlich ist. Schon nach dem diesbezüglich klaren Wortlaut des Gesetzes kommt es aber nicht auf die vom Auftraggeber zur Begründung der angefochtenen Entscheidung geltend gemachten Argumente an, sondern ist die Rechtmäßigkeit der Auftraggeberentscheidung an sich zu überprüfen. Auch aus systematischen Erwägungen ergibt sich, dass zwischen der angefochtenen Entscheidung und der Begründung zu unterscheiden ist, da etwa § 52 Abs. 2 BVergG ausdrücklich zwischen der Entscheidung ein Angebot auszuschneiden und der Bekanntgabe des Grundes unterscheidet. Ebenso unterscheidet § 53 BVergG zwischen der Zuschlagsentscheidung einerseits und den Gründen für die Vergabeentscheidung andererseits. Unter Berücksichtigung des Umstandes der Amtswegigkeit gemäß § 39 AVG hat daher das Bundesvergabeamt die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Auftraggebers ohne Beschränkung auf die vom Auftraggeber herangezogenen Gründe und ohne Beschränkung auf die dagegen vom Antragsteller erhobenen Rügen zu überprüfen. Das Bundesvergabegesetz normiert keine Beschränkung des Grundsatzes der Amtswegigkeit bei der Ermittlung des im Rahmen des eben dargelegten Prozessgegenstandes relevanten Sachverhalts und kennt weder eine Bindung an das Parteivorbringen noch eine Beschränkung der Überprüfungsbefugnis auf die geltend gemachten Beschwerdepunkte, wie dies etwa im § 41 Abs. 1 VwGG vorgesehen ist. Da ein Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 115, Absatz eins, BVergG nur auf Antrag eines Unternehmers geführt wird, ist unter Bedachtnahme auf Paragraph 117, Absatz eins, BVergG Prozessgegenstand des Nachprüfungsverfahrens die Frage, ob die vom Unternehmer in seinem Antrag angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig und für den Ausgang des Verfahrens wesentlich ist. Schon nach dem diesbezüglich klaren Wortlaut des Gesetzes kommt es aber nicht auf die vom Auftraggeber zur Begründung der angefochtenen Entscheidung geltend gemachten Argumente an, sondern ist die Rechtmäßigkeit der Auftraggeberentscheidung an sich zu überprüfen. Auch aus systematischen Erwägungen ergibt sich, dass zwischen der angefochtenen Entscheidung und der Begründung zu unterscheiden ist, da etwa Paragraph 52, Absatz 2, BVergG ausdrücklich zwischen der Entscheidung ein Angebot auszuschneiden und der Bekanntgabe des Grundes unterscheidet. Ebenso unterscheidet Paragraph 53, BVergG zwischen der Zuschlagsentscheidung einerseits und den Gründen für die Vergabeentscheidung andererseits. Unter Berücksichtigung des Umstandes der Amtswegigkeit gemäß Paragraph 39, AVG hat daher das Bundesvergabeamt die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Auftraggebers ohne Beschränkung auf die vom Auftraggeber herangezogenen Gründe und ohne Beschränkung auf die dagegen vom Antragsteller erhobenen Rügen zu überprüfen. Das Bundesvergabegesetz normiert keine Beschränkung des Grundsatzes der Amtswegigkeit bei der Ermittlung des im Rahmen des eben dargelegten Prozessgegenstandes relevanten Sachverhalts und kennt weder eine Bindung an das Parteivorbringen noch eine Beschränkung der Überprüfungsbefugnis auf die geltend gemachten Beschwerdepunkte, wie dies etwa im Paragraph 41, Absatz eins, VwGG vorgesehen ist.

Demnach ist einem auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot eines Antragstellers auszuschneiden, gerichteter Nachprüfungsantrag abzuweisen, wenn das Ermittlungsverfahren ergibt, dass zwar der vom Auftraggeber geltend gemachte Ausscheidensgrund nicht, wohl aber andere - vom Auftraggeber bislang nicht geltend gemachte Ausscheidensgründe - jedoch vorliegen. Ähnlich wie im verwaltungsgerichtlichen Bescheidbeschwerdeverfahren eine unrichtige rechtliche Begründung einen Bescheid, dessen Spruch rechtmäßig ist, nicht mit einer Rechtswidrigkeit des Inhalts belastet (vgl. VwGH 16.12.1997, Zl. 97/05/0131, VwGH 15.4.1994, Zl. 94/17/0148, VwGH 16.3.1993, Zl. 92/050/0340), ist die vom Bieter angefochtene Auftraggeberentscheidung nicht rechtswidrig, wenn der Auftraggeber zwar eine Begründung herangezogen hat, die nicht zutrifft, die Entscheidung jedoch insofern inhaltlich richtig ist, als ein anderer Tatbestand erfüllt wurde, der gemäß § 52 Abs. 1 BVergG zum zwingenden Ausscheiden des Angebotes eines Antragstellers führen muss. Demnach ist einem auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot eines Antragstellers auszuschneiden, gerichteter Nachprüfungsantrag abzuweisen, wenn das Ermittlungsverfahren ergibt, dass zwar der vom Auftraggeber geltend gemachte Ausscheidensgrund nicht, wohl aber andere - vom Auftraggeber bislang nicht geltend gemachte Ausscheidensgründe - jedoch vorliegen. Ähnlich wie im verwaltungsgerichtlichen Bescheidbeschwerdeverfahren eine unrichtige rechtliche Begründung einen Bescheid, dessen Spruch rechtmäßig ist, nicht mit einer Rechtswidrigkeit des Inhalts belastet (vergleiche VwGH 16.12.1997, Zl. 97/05/0131, VwGH 15.4.1994, Zl. 94/17/0148, VwGH 16.3.1993, Zl. 92/050/0340), ist die vom Bieter angefochtene Auftraggeberentscheidung nicht rechtswidrig, wenn der Auftraggeber zwar eine Begründung

herangezogen hat, die nicht zutrifft, die Entscheidung jedoch insofern inhaltlich richtig ist, als ein anderer Tatbestand erfüllt wurde, der gemäß Paragraph 52, Absatz eins, BVergG zum zwingenden Ausscheiden des Angebotes eines Antragstellers führen muss.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird auch deutlich, wenn man in Erwägung zieht, dass gemäß § 117 Abs. 1 Z 2 BVergG eine Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung nur dann zu erfolgen hat, wenn diese für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Nach den diesbezüglich einschlägigen Materialien (RV 972 BlgNR XVIII. GP) ist eine Entscheidung der vergebenden Stelle dann von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens, wenn sie - bei rechtmäßigem Vorgehen - zur Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter bzw. Bewerber geführt hätte. Demnach muss jedenfalls im Rahmen dieser Tatbestandsvoraussetzung geprüft werden, ob das Angebot eines vom Auftraggebers ausgeschiedenen Bieters bei rechtmäßigem Vorgehen des Auftraggebers den Zuschlag erhalten würde. Insofern sind jedenfalls auch vom Auftraggeber bislang nicht herangezogene Ausscheidenstatbestände im behördlichen Nachprüfungsverfahren betreffend die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers entscheidungserheblich. Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird auch deutlich, wenn man in Erwägung zieht, dass gemäß Paragraph 117, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG eine Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung nur dann zu erfolgen hat, wenn diese für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Nach den diesbezüglich einschlägigen Materialien Regierungsvorlage 972 BlgNR römisch achtzehn. Gesetzgebungsperiode ist eine Entscheidung der vergebenden Stelle dann von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens, wenn sie - bei rechtmäßigem Vorgehen - zur Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter bzw. Bewerber geführt hätte. Demnach muss jedenfalls im Rahmen dieser Tatbestandsvoraussetzung geprüft werden, ob das Angebot eines vom Auftraggebers ausgeschiedenen Bieters bei rechtmäßigem Vorgehen des Auftraggebers den Zuschlag erhalten würde. Insofern sind jedenfalls auch vom Auftraggeber bislang nicht herangezogene Ausscheidenstatbestände im behördlichen Nachprüfungsverfahren betreffend die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers entscheidungserheblich.

Eben dies liegt hier vor.

Der Auftraggeber hat unzutreffenderweise die Entscheidung, das Angebot des Antragstellers auszuschneiden, mit dem Hinweis auf § 52 Abs. 1 Z 9 BVergG begründet. Es sind jedoch betreffend das Angebot des Antragstellers die Ausscheidenstatbestände § 52 Abs. 1 Z 1 (fehlende technische Leistungsfähigkeit) sowie § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG (den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote) gegeben. Der Auftraggeber hat unzutreffenderweise die Entscheidung, das Angebot des Antragstellers auszuschneiden, mit dem Hinweis auf Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG begründet. Es sind jedoch betreffend das Angebot des Antragstellers die Ausscheidenstatbestände Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, (fehlende technische Leistungsfähigkeit) sowie Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG (den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote) gegeben.

Der Auftraggeber hat in Punkt 2 der Besonderen Ausschreibungsbedingungen vorgesehen, dass der Bieter in seinem Angebot eine ausreichende Anzahl von Personen für die tatsächliche Leistungsausführung angeben muss, um in allen angebotenen Sprengeln die Summe der monatlichen voraussichtlichen Beratungsstunden entsprechend dem Leistungsverzeichnis erbringen zu können. Weiters hat er festgelegt, dass hiebei eine natürliche Person mit maximal 110 Beratungsstunden pro Monat berücksichtigt werden könne. Diese Festlegung der Ausschreibung ist als Konkretisierung der für die Auftragserteilung erforderlichen technischen Leistungsfähigkeit des Bieters anzusehen. Im Hinblick auf den Gegenstand der Leistung, bei dem der persönliche Einsatz der vom jeweiligen Bieter nominierten Personen im Vordergrund steht und die Anzahl der von einer Einzelperson, die unter Umständen ihre hier gegenständlichen Tätigkeiten auf nebenberuflicher Basis erbringt, realistischerweise maximal zu erwartenden Arbeitsstunden erscheint diese Festlegung durch den Gegenstand des Auftrages im Sinne des § 60 Abs. 7 BVergG gerechtfertigt. Der Auftraggeber hat in Punkt 2 der Besonderen Ausschreibungsbedingungen vorgesehen, dass der Bieter in seinem Angebot eine ausreichende Anzahl von Personen für die tatsächliche Leistungsausführung angeben muss, um in allen angebotenen Sprengeln die Summe der monatlichen voraussichtlichen Beratungsstunden entsprechend dem Leistungsverzeichnis erbringen zu können. Weiters hat er festgelegt, dass hiebei eine natürliche Person mit maximal 110 Beratungsstunden pro Monat berücksichtigt werden könne. Diese Festlegung der Ausschreibung ist als Konkretisierung der für die Auftragserteilung erforderlichen technischen Leistungsfähigkeit des Bieters anzusehen. Im Hinblick auf den Gegenstand der Leistung, bei dem der persönliche Einsatz der vom jeweiligen Bieter nominierten Personen im Vordergrund steht und die Anzahl der von einer Einzelperson, die unter Umständen

ihre hier gegenständlichen Tätigkeiten auf nebenberuflicher Basis erbringt, realistischerweise maximal zu erwartenden Arbeitsstunden erscheint diese Festlegung durch den Gegenstand des Auftrages im Sinne des Paragraph 60, Absatz 7, BVergG gerechtfertigt.

Der Antragsteller hat nun in seinem Angebot lediglich drei natürliche Personen für die Leistungserbringung namhaft gemacht, sodass er maximal für 330 voraussichtliche Beratungsstunden gemäß LV hätte anbieten dürfen. Tatsächlich hat der Antragsteller jedoch für Sprengeln angeboten, für die ein Gesamtausmaß von 855 voraussichtlichen Beratungsstunden im LV festgelegt wurde. Das Angebot des Antragstellers entspricht daher nicht den Vorgaben der Ausschreibung bzw. ist die in der Ausschreibung geforderte technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben. Demnach ist dieses Angebot gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 und Z 8 BVergG auszuschneiden. Der Antragsteller hat nun in seinem Angebot lediglich drei natürliche Personen für die Leistungserbringung namhaft gemacht, sodass er maximal für 330 voraussichtliche Beratungsstunden gemäß LV hätte anbieten dürfen. Tatsächlich hat der Antragsteller jedoch für Sprengeln angeboten, für die ein Gesamtausmaß von 855 voraussichtlichen Beratungsstunden im LV festgelegt wurde. Das Angebot des Antragstellers entspricht daher nicht den Vorgaben der Ausschreibung bzw. ist die in der Ausschreibung geforderte technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben. Demnach ist dieses Angebot gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins und Ziffer 8, BVergG auszuschneiden.

Der Umstand, dass der Auftraggeber dies selbst unterlassen hat, ist mit Blick auf die oben dargelegten Erwägungen unbeachtlich. Ebenso unbeachtlich ist das Vorbringen des Auftraggebers und des Antragstellers, man habe diesen Ausschreibungsbedingungen ein anderes Verständnis unterstellt. Der Sinngehalt der Ausführungen in der Ausschreibung ist so eindeutig, dass sich ein anderes Verständnis verbietet. Ein Abgehen von den vom Auftraggeber selbst festgelegten Vorgaben der Ausschreibung gegenüber einem Bieter würde eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes darstellen (vgl. EuGH 22.6.1993, C 243/89, Kommission gegen Dänemark, "Storebelt"). Der Umstand, dass der Auftraggeber dies selbst unterlassen hat, ist mit Blick auf die oben dargelegten Erwägungen unbeachtlich. Ebenso unbeachtlich ist das Vorbringen des Auftraggebers und des Antragstellers, man habe diesen Ausschreibungsbedingungen ein anderes Verständnis unterstellt. Der Sinngehalt der Ausführungen in der Ausschreibung ist so eindeutig, dass sich ein anderes Verständnis verbietet. Ein Abgehen von den vom Auftraggeber selbst festgelegten Vorgaben der Ausschreibung gegenüber einem Bieter würde eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes darstellen vergleiche EuGH 22.6.1993, C 243/89, Kommission gegen Dänemark, "Storebelt").

Die vom Auftraggeber am 10. Juli 2001 getroffene Entscheidung, das Angebot der Antragsteller auszuschneiden, erweist sich daher als inhaltlich richtig.

Veröffentlichungen

ZVB 2001/44, 108 (Latzenhofer)

Schlagworte

Geltungsbereich, sachlicher, Dienstleistungsauftrag, sicherheitstechnische Beratungsleistungen; Geltungsbereich, persönlicher, öffentlicher Auftraggeber, AUA; Ausscheiden von Angeboten, für den Auftraggeber nachteilige Abreden, gegen die guten Sitten verstoßende Abreden, Grundsätze des Vergabeverfahrens, Allgemeine, Gleichbehandlung, andere Rechtsvorschriften, Subsidiarität; Begriffsbestimmung, Wettbewerb, Transparenz; Geltungsbereich, persönlicher, Verhältnis zwischen Bieter und Auftraggeber; Widerruf, Kartellrechtsverletzung, Verhaltenskartell, Absprachen zwischen Subunternehmer und Bieter; Ausscheiden von Angeboten, wettbewerbswidrige Abreden, Gesetzesanalogie, anderes kooperatives Verhalten als Abreden zwischen Bieter, aufeinander abgestimmtes Verhalten, Verhaltenskartell, Mehrfachbeteiligung eines Subunternehmers, wettbewerbswidriger Informationsaustausch über Subunternehmer, gemeinschaftskonforme Auslegung, Dienstleistungsrichtlinie, schwere berufliche Verfehlung, Nachweispflicht des Auftraggebers, Mehrfachbeteiligung eines Subunternehmers; Nachprüfungsverfahren, Zulässigkeit, Entscheidung, wesentlicher Einfluss; Nachprüfungsverfahren, Verfahrensgegenstand, Zulässigkeit, Entscheidung, wesentlicher Einfluss, Amtswegigkeitsgrundsatz, Bindung des BVA an inkriminierte Auftraggeberentscheidung, Beschwerdepunkte, Begründung; Grundsätze des Vergabeverfahrens, Allgemeine, Abgehen von Ausschreibungserfordernissen;

Anmerkung

Achtung: Im Bescheid wird öfters (wohl versehentlich) statt auf § 52 Abs 1 Z 9 BVergG auf § 52 Abs 1 Z 8 BVergG

verwiesen.

Dokumentnummer

VERGT_20011002_N_80_01_19_00

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