

**Entscheidende Behörde**

Bundesvergabeamt

**Entscheidungsdatum**

16.04.2008

**Geschäftszahl**

N/0028-BVA/08/2008-81

**Text**

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Vorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Dr Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite, Mag Alexander Piekniczek als Mitglied der Auftragnehmerseite) gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "S 36 Murtal Schnellstraße St. Georgen - Scheifling (Teilabschnitt 2) Örtliche Bauaufsicht" der (öffentlichen) Auftraggeberin und Antragsgegnerin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG) über den Nichtigerklärungsantrag der Antragstellerin A\*\*\* vom 7.3.2008 gegen die im bezeichneten Vergabeverfahren ergangene Zuschlagsentscheidung vom 22.2.2008 - unter Vorbehalt des gesonderten Abspruchs über den gestellten Pauschalgebührenersatzantrag - in Miterledigung der gestellten Gegenanträge gemäß § 59 Abs 1 AVG - wie folgt entschieden:

**Spruch**

Dem Antrag, "auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 15.2.2008, dem Bieter M\*\*\* ZT GmbH/I\*\*\* Ziviltechniker GmbH den Zuschlag zu erteilen (Zuschlagsentscheidung im Schreiben des Auftraggebers vom 15.2.2008, eingelangt per Fax am 22.2.2008)", wird

stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin, mit der die Bietergemeinschaft, bestehend aus der M\*\*\* Ziviltechniker GmbH und weiters aus der I\*\*\* Ziviltechniker Gesellschaft m.b.H., für den Zuschlag in Aussicht genommen wurde und die am 22.2.2008 per Telefax an die Antragstellerin versandt wurde, wird hiermit nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 123, 128, 129, 320, 321 Abs 1, 322 und 325 Abs 1 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86

**Begründung****1. Verfahrensgang und Sachverhalt**

Die Auftraggeberin leitete im Juni 2007 ein nicht offenes Vergabeverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Leistungsvertrags ein, mit dem die Auftraggeberin die Dienstleistungen der örtlichen Bauaufsicht bei der S 36, Murtalschnellstraße, St. Georgen - Scheifling, (Teilabschnitt 2) samt damit sachlich einhergehenden Dienstleistungen beschaffen möchte.

Laut den Teilnahmeantragsunterlagen der Auftraggeberin sollten die Leistungen aus dem zu vergebenden Dienstleistungsauftrag ursprünglich im Oktober 2007 beginnen.

Die Angebotsfrist endete schließlich gemäß den Angebotsunterlagen am 19.12.2007.

In der 2. Stufe des gegenständlichen nicht offenen Vergabeverfahrens langten ausweislich des Angebotseröffnungsprotokolls 3 Angebote ein, davon 2 von Bietergemeinschaften.

Die Antragstellerin bot in ihrem Angebot einen von der Auftraggeberin von den Bietern abgefragten Mannmonatssatz von 8.467,-- Euro an. Der Angebotspreis der Antragstellerin betrug 2.800.000,-- Euro. In dem einen Angebotsbestandteil bildenden Personaleinsatzplan benannte die Antragstellerin 330,7 Mannmonate. Die Antragstellerin wurde bislang mit ihrem Angebot nicht ausgeschieden und wurden bislang auch keine bereits aus

dem Vergabeamt iS des § 313 BVergG 2006 ersichtlichen Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin behauptet.

Eine [im Folgenden als Mitbeteiligte bezeichnete] Bietergemeinschaft, bestehend aus der M\*\*\* Ziviltechniker GmbH (= M\*\*) und weiters aus der I\*\*\* Ziviltechniker Gesellschaft m.b.H (= I\*\*), bot einen Mannmonatssatz von 8.346,59 Euro an. Deren Angebotspreis betrug 2.161.767,- Euro, wobei die Mitbeteiligte 259 Mannmonate im Personaleinsatzplan als zu bewertend benannte, und zusätzlich weitere 6 Monate für die Mitarbeit des Herrn DI Ka\*\*\*\*\* als nicht zu bewertende Mannmonate angab.

Diese Bietergemeinschaft wurde seitens der Auftraggeberin am 22.2.2008 mit der hier angefochtenen Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommen und beteiligte sich durch Erhebung von Einwendungen als Partei am Nachprüfungsverfahren.

Eine weitere Bietergemeinschaft bot einen Mannmonatssatz von 9743,86 Euro an. Deren Angebotspreis betrug 3.341.169,00 Euro. Diese Bietergemeinschaft benannte im Personaleinsatzplan 342,9 Mannmonate.

Die Auftraggeberin schätzte die Auftragskosten mit 3.255.000,00 Euro, den Personaleinsatz iS des Personaleinsatzplan mit 310 Mannmonaten und damit den Mannmonatssatz mit 10.500,00 Euro.

Die Antragstellerin focht insbesondere die Zuschlagsentscheidung (neben der -schließlich zurückgenommenen - Bekämpfung eines weiteren Anfechtungsgegenstands) am 7.3.2008 beim Bundesvergabeamt an und stellte zur Absicherung ihrer Rechtsgestaltungsbegehren und damit zur Sicherung der eigenen Zuschlagschance einen eV - Antrag. Das Bundesvergabeamt erließ eine einstweilige Verfügung, in der insbesondere die Zuschlagserteilung bis zum Ablauf des 18.4.2008 untersagt wurde.

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens wurde eine mündliche Verhandlung mit Terminen am 4.4.2008 und am 11.4.2008 durchgeführt, in welcher die Angebotsprüfung der Auftraggeberin hinterfragt wurde.

Das Bundesvergabeamt prüfte die seitens der Auftraggeberin vorgelegten Vergabeunterlagen, um im Rahmen der Beschwerdepunkte der Antragstellerin zur Gewährleistung eines effektiven Primärrechtsschutzes die Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung gemäß der RL 89/665/EWG nachzuprüfen.

Am 4.4.2008 fand der erste Verhandlungstermin statt. Bei diesem Termin wurden insbesondere Herr DI Stau\*\*\* als materiell die Angebotsprüfung überwiegend vornehmender Angebotsprüfer der Auftraggeberin und weiters - neben Frau Mag Sn\*\*\* - auch Frau DI My\*\*\* einvernommen. Letztere hatte die Preisprüfung namens der Auftraggeberin vorgenommen. Der Verhandlungsverlauf dieses Termins ist in der zur laufenden Nummer (= lfd Nr) 56 des Verwaltungsakts abgelegten Verhandlungsniederschrift dokumentiert.

Nachdem zu Verhandlungsbeginn am 4.4.2008 der Rechtsanwalt der Mitbeteiligten den Ausschluss der Antragstellerin von der Verhandlung beantragt hatte - obwohl weder im AVG noch im BVergG 2006 der partielle Ausschluss einer Partei von der Verhandlung aus Gründen angeblicher Geheimhaltungsinteressen vorgesehen ist, wurden Frau DI My\*\*\* und Herr DI Stau\*\*\* im Beisein der Antragstellerin dahin befragt, inwieweit die Preisprüfung im Akt dokumentiert ist.

Zur diesbezüglich ersten Frage der Dokumentation der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit des Preises für die Mitbeteiligte bzw. für deren Gesellschafter verwies Frau DI My\*\*\* auf den Vergabebericht der Auftraggeberin. Im Textteil würde sich die schriftliche Erörterung finden. Im Anhang zum Vergabebericht wären die notwendigen Zahlen dazu dokumentiert.

Gefragt, ob mit der mitbeteiligten Partei bzw deren Gesellschaftern erörtert wurde, ob die Bietergemeinschaft bzw deren Gesellschafter beim gegenständlichen Auftrag einen Deckungsbeitrag über die variablen Kosten hinaus erwirtschaften würde; oder ob bei einer allfälligen Nicht-Deckung der variablen Kosten der Preis dennoch unternehmerisch sinnvoll wäre, antwortete Frau DI My\*\*\*, dass auf den Deckungsbeitrag im Vergabebericht nicht eingegangen worden wäre.

Die Angebotsprüfer bei der Auftraggeberin hätten sich bei den einzelnen Positionen den Leistungsaufwand je Person in Kombination mit dem Mannmonatssatz angesehen.

Weiters gaben Frau DI My\*\*\* und Herr DI Stau\*\*\* diesbezüglich insbesondere an, dass eine schriftliche Erläuterung über die betriebswirtschaftliche Sinnhaftigkeit der Beteiligung für die beiden Gesellschafter der Bietergemeinschaft sich in dieser Form nicht im Vergabebericht findet.

Frau DI My\*\*\* erklärte dazu, dass sie bei der Preisprüfung anhand eines Preisspiegels prüfe, ob gemessen an diesen Erfahrungswerten gewisse Leistungen zu den im Angebot ersichtlichen Preisen "gemacht" werden können. Die Preise des Angebots der mitbeteiligten Partei seien insoweit für sie betriebswirtschaftlich nachvollziehbar gewesen.

Der Zeuge DI Stau\*\*\* erörterte dazu ergänzend, dass zweifelhafte Positionen, die allfällig nicht betriebswirtschaftlich nachvollziehbar erschienen sind, in der Anlage des Vergabeberichtes mit der Bezeichnung "Kostenschätzung - Preisprüfung" farblich markiert und im Weiteren unter Einbeziehung der Mitbeteiligten auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit geprüft worden sind.

Neben der Hinterfragung der Preisprüfung bei der Mitbeteiligten am 4.4.2008 wurden Frau Mag Sn\*\*\* und DI Stau\*\*\* vom Senatsvorsitzenden insbesondere auch zur Vergabe der Bewertungspunkte bei der Bestbieterauswahl iZm der Qualitätsbewertung befragt.

Die Auftraggeberin gewichtete bei den Zuschlagskriterien nämlich den Preis mit 30% und die Qualität mit 70%.

Die Bieter hatten dabei bei Anbotslegung zB insbesondere auch Formulare auszufüllen, in denen personenbezogene Referenzen je nach Diffizilität der Voraufgabe sowie je nach geplanter Aufgabe der Person bei der gegenständlichen Vergabe mit mehr oder weniger Qualitätspunkten bedacht werden.

Diesbezüglich wurden Vorreferenzen des geplanten Projektleiters, des geplanten Projektleiter - Stellvertreters, von 2 Technikern und eines Bauwarts in diesen Formularen abgefragt.

Auf den Selbstdeklarationsformularen zu den personenbezogenen Referenzen ist vermerkt, dass keine oder aber eine mangelhafte Ausfüllung bei den jeweiligen Referenzangaben mit null Punkten für die gerade deklarierte Person gewertet würde.

Die Mitbeteiligte gab bei einem deklarierten Techniker Referenzen an, die die Auftraggeberin in dieser Form nicht zurechenbar sah. Während DI Stau\*\*\* bei der Angebotsprüfung und Erörterung dieses Umstands mit der Mitbeteiligten einmal noch null Punkte bei einer Referenzangabe in Aussicht gestellt hatte, reduzierte die Auftraggeberin in der derzeit vorliegenden Endbewertung die Bewertungspunkteanzahl bei den fraglichen Referenzangaben auf eine geringere Punkteanzahl.

Der Zeuge DI Stau\*\*\* gab insoweit am 4.4.2008 an, dass bei einer Null - Bewertung der beiden insoweit beim hier relevanten Techniker der Mitbeteiligten fraglichen Referenzen ein Bietersturz zu Gunsten der Antragstellerin im Bewertungssystem errechenbar wäre.

Insbesondere die Auftraggeberin bzw deren Rechtsvertreterin legten im weiteren Verfahren die Vergabeunterlagen dahin aus, dass eine objektiv unrichtige Referenzangabe die Auftraggeberin zur Zurechnung einer geringeren Qualitätspunkteanzahl ermächtigt. Es wurden diesbezüglich auch entsprechende Beweisanträge gestellt. Da am 4.4.2008 insoweit die Lösung des Falls unter Wahrung der Parteienrechte nicht mehr möglich erschien, wurde die Verhandlung auf 11.4.2008 vertagt.

Die Antragstellerin legte am 10.4.2008 am Abend, protokolliert gemäß § 13 Abs 5 AVG mit 11.4.2008, hingegen eine Erörterungsaufforderung der Auftraggeberin bei einem anderen derzeit laufenden Vergabeprojekt mit funktional ähnlichen Qualitätskriterien und je nach Diffizilität der Voraufgabe wiederum gestaffelten Punkten vor, in welcher der Antragstellerin null Punkte für eine nach Auffassung der Auftraggeberin unrichtige Referenzangabe in Aussicht gestellt wurden.

Zur Vorbereitung der Verhandlungstermine wurden, wie bereits erwähnt, seitens des Bundesvergabeamts die Vergabeunterlagen und insbesondere auch der Teilnahmeantrag der 1. Stufe sowie das Angebot der 2. Stufe des gegenständlichen nicht offenen Vergabeverfahrens, wie von der Mitbeteiligten unterfertigt, durchgesehen.

Dabei ist aufgefallen, dass die Mitbeteiligte einen Personaleinsatzplan gemäß Punkt 1,305.1.1., Seiten 10 und 11 des Teils A 1 der Angebotsunterlagen abgegeben hat, in dem nur Mitarbeiter der M\*\*\* als Schlüsselpersonal bzw als weiteres Projektpersonal angegeben worden sind. Der fragliche Personaleinsatzplan findet sich als Anhang 1 zum Angebot der Mitbeteiligten.

In dem besagten Anhang 1 der Angebotsunterlagen und damit des jeweils abgegebenen Angebots werden zudem die vom jeweiligen Bieter kalkulierten Mannmonate und der sich aus der Division des Angebotspreises mit den Mannmonaten ergebende Mannmonatssatz abgefragt.

Gibt dabei ein Bieter trotz niedrigen Angebotspreises einen gleichzeitig geringen Mannmonatsaufwand an, vermeidet er tendenziell, dass er über die seitens der Auftraggeberin praktizierte "Mittelwertmethode" bei den Angebotspreisen, den Mannmonaten und den Mannmonatssätzen automatisch hier: über zu geringe Mannmonatssätze ausgeschieden wird.

Die Mitbeteiligte füllte das Formular für den Personaleinsatzplan gemäß Anhang 1 zu den Angebotsunterlagen derart aus und benannte ihren geplanten minimalen Personaleinsatz derart, dass neben - jedenfalls für die Mittelwertberechnung relevanten 259 Mannmonate - unter anderem der angestellte Prokurist und Gesellschafter der Erstgesellschafterin M\*\*\*, Herr DI Ka\*\*\*\*\*, 6 Mannmonate als "weiteres Personal" zusätzlich zu dem

sonst angegebenen Personal erbringen würde, dass diese 6 Mannmonate des DI Ka\*\*\*\*\* aber nicht zu bewerten wären.

Die Seite 10 des Teils A 1 der Angebotsunterlagen verlangt von den Bietern in Punkt 1,305.1.1., dass der Personaleinsatzplan das geplante minimale Personal zwingend anzugeben hat.

Auf der Seite 11 dieses Teils A 1 der Angebotsunterlagen ist danach - vergleichbar mit den Referenzpunktbewertungen - festgelegt, dass ein Angebot ohne Personaleinsatzplan gar nicht gewertet wird, während ein nicht vollständig bzw nicht ordnungsgemäß ausgefüllter Personaleinsatzplan im fehlerhaften Teil mit null Punkten zu bewerten ist.

Die Mitbeteiligte erhielt gemäß Angebotsbewertung der Auftraggeberin für ihren Personaleinsatzplan jene vollen 5 Punkte, die auf der Seite 9 des Teils A 1 der Angebotsunterlagen für die ordnungsgemäße und vollständige Ausfüllung des Personaleinsatzplans vorgesehen sein dürften.

Diese und andere Aspekte der Punktebewertung waren wiederum Gegenstand des Verhandlungstermins am 11.4.2008, wurden jedoch bei diesem Termin nicht mehr in allen Details hinterfragt, nachdem die zeugenschaftliche Befragung des als Angebotsbevollmächtigten gegenüber der Auftraggeberin benannten DI Ka\*\*\*\*\* und des Angebotsprüfers DI Stau\*\*\* folgend geschilderte spruchtragende Tatsachen ergeben hat, die in der Niederschrift, lfd Nr 77 des Akts dokumentiert sind, nämlich:

Über Befragen, welche Aufgaben die zweite Gesellschafterin der Mitbeteiligten, die I\*\*\*, beim gegenständlichen Projekt im Auftragsfalle übernehmen sollte, ob der Zeuge DI Ka\*\*\*\*\* wisse, dass es teilweise vorkommt, dass sich Unternehmen nur formal zu Bietergemeinschaften zum Referenzerwerb zusammenschließen; und ob M\*\*\* den Auftrag auch alleine abwickeln hätte können, wenn im Personaleinsatzplan ohnehin nur Mitarbeiter von M\*\*\* genannt sind, gab DI Ka\*\*\*\*\* spontan an, dass M\*\*\* für das Erlangen [also Erreichen] der 2. Stufe des Vergabeverfahrens für die Referenzen eine Bietergemeinschaft eingehen musste. M\*\*\* hätte daher bei mehreren Büros angefragt; und hätte schließlich das Büro I\*\*\* für dieses Projekt mit M\*\*\* eine Bewerbergemeinschaft eingegangen. Der im Teilnahmeantrag und im Angebot ersichtliche Subunternehmer wäre auch für Referenznachweise gebraucht worden.

[Bei diesem angedachten Subunternehmer der Mitbeteiligten steht im Übrigen laut Inhalt des Vergabeakts die Identität der Subunternehmerleistungen im Teilnahmeantrag im Abgleich zum Angebot in Frage.]

Der Zeuge DI Ka\*\*\*\*\* gab in der Verhandlung weiters auf die oben geschilderte Fragestellung an, dass das Personal der M\*\*\* laut Personaleinsatzplan für dieses Projekt frei werden würde, wenn I\*\*\*, der auch ARGE-Partner der M\*\*\* & Partner beim Ganzsteintunnel ist, dort eigenes Personal transferiert. Deshalb wäre M\*\*\* & Partner auch gegenständlich eine Bietergemeinschaft eingegangen. Dies als Synergie. Das angegebene Personal gemäß Mindestpersonaleinsatzplan stelle eben das mindesterforderliche Personal dar, darüber hinausgehendes Personal würde selbstverständlich vom ARGE-Partner I\*\*\* bereitgestellt werden.

[Diesbezüglich wurde seitens des Bundesvergabeamts mangels aktueller Spruchrelevanz der Umstand nicht mehr näher hinterfragt, dass die Baustelle "Ganzsteintunnel" nach einer späteren Aussage aus der Sphäre der Mitbeteiligten seit 1982 bestehen soll - Niederschrift Seite 13, während M\*\*\* gemäß dem amtlich eingeholten Firmenbuchauszug, lfd Nr 49 des Akts, was gemäß § 15 UGB als bekannt vorauszusetzen ist, erst am 5.2.1997 ins Firmenbuch eingetragen wurde, ohne dass in diesem Firmenbuchauszug Einbringungsvorgänge oder sonstige betriebsübertragende Vorgänge gemäß Umgründungssteuergesetz ersichtlich wären.]

Über ergänzendes Befragen, ob I\*\*\* sozusagen Personal auf Abruf beistellt, gab der Zeuge DI Ka\*\*\*\*\* dann noch an:

Selbstverständlich.

Über weiteres Befragen durch den Senatsvorsitzenden, ob die abziehenden geplanten Leute beim Ganzsteintunnel im Mindestpersonaleinsatzplan angeführt sind, gab er an, dass es sich dort um einen Auftrag aus 1982 handeln würde, und dass damals Personaleinsatzklauseln wie in diesem Vergabeverfahren nicht üblich gewesen seien.

Nach diesen Fragen an und Antworten des Zeugen DI Ka\*\*\*\*\*, der laut Angebot der Mitbeteiligten für dieses Angebot laut Seite 5 des Teils A4 des Angebots der Bietergemeinschaft als Bevollmächtigter aufscheint, wurde Herr DI Stau\*\*\* als Angebotsprüfer der Auftraggeberin ergänzend befragt. Der Zeuge DI Stau\*\*\* gab an, dass nicht geprüft worden ist, ob die anbietende Bietergemeinschaft ein Scheingeschäft zum bloßen Referenznachweis ist, zumindest wurde dazu von der Bietergemeinschaft keine Aufklärung gefordert.

Herr DI Stau\*\*\* gab weiters an, dass im Vergabeakt nicht dokumentiert ist, dass geprüft worden wäre, ob die anbietende Bietergemeinschaft bzw deren Angebot wegen wettbewerbswidriger Absprachen auszuschneiden

gewesen wäre. Er verwies dabei darauf, dass kein Verdacht bestand, dass die Bietergemeinschaft unrechtmäßig gegründet worden ist. Er kenne das Angebot der Bietergemeinschaft natürlich.

Diese Aussagen des Zeugen DI Stau\*\*\* wurden den Parteien als Ergebnis des Ermittlungsverfahrens vorgehalten. Dazu wurde zusätzlich mitgeteilt, dass dem Bundesvergabeamt aus dem Vergabeakt keine Auftraggeberprüfungen zu den gerade aufgeworfenen Themen der Scheinbietergemeinschaft bzw zu der allenfalls auf einer wettbewerbswidrigen Absprache beruhenden Bietergemeinschaft bekannt sind.

Danach erging in der Verhandlung am 11.4.2008 die Umfrage, ob Beweisanträge gestellt werden, die die gerade gemachten Aussagen des Zeugen DI Stau\*\*\* widerlegen sollen.

Die Rechtsvertreterin der Auftraggeberin brachte nach dieser Umfrage vor, dass die Mitbeteiligte auf Seite 6 des Teils A 4 des eigenen Angebots ausdrücklich erklärt hätte, dass keine Kartellabredungen bzw sonstige gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstößende Abreden vorliegen. Wie bereits der Zeuge DI Stau\*\*\* ausgesagt hätte, hätte es an der Richtigkeit dieser Bietererklärung keine Zweifel gegeben. Somit wäre eine weitere Überprüfung diesbezüglich nicht erforderlich gewesen.

Im Übrigen hätte die Rechtsvertreterin der Auftraggeberin keine Beweisanträge im Sinne der obigen Frage des Verhandlungsleiters.

Der Rechtsanwalt der Mitbeteiligten gab auf die Frage nach derartigen Beweisanträgen an, dass er von seinem Fragerecht an die Zeugen Gebrauch machen möchte.

Diesem wurde daher das Fragerecht an DI Stau\*\*\* zur Frage derartiger Prüfungen betreffend allfällige Scheinbietergemeinschaft bzw betreffend eine allfällige auf wettbewerbswidrigen Absprachen beruhende Bietergemeinschaft eingeräumt, wobei der Rechtsanwalt ersucht wurde, jeweils vorerst die Frage an die Schriftführerin zu diktieren, damit zuvor jeweils über die Zulassung der Frage befunden werden konnte.

Auf die insoweit gestellte Frage, ob im Zuge der Angebotsprüfung jemals der Vorwurf erhoben worden wäre, dass zwischen Bietern wettbewerbswidrige Absprachen entstanden seien oder ob diesbezüglich seitens der ASFINAG ein Verdacht entstanden sei, gab der Zeuge DI Stau\*\*\* an, dass er beides verneinen könne. Auf Befragen, ob DI Stau\*\*\* am Markt der hier gegenständlichen Leistungen die Marktteilnehmer kenne, die sich in Österreich regelmäßig betätigen, wobei sich die Frage auf die örtliche Bauaufsicht, die Projektsteuerung, die begleitende Kontrolle und die Planung beziehe, gab der Zeuge DI Stau\*\*\* an, dass er durch seine fast vierjährige Tätigkeit in der Vergabe von Dienstleistungen zumindest einen Marktüberblick über die Bieter habe, die sich für Leistungen in der ASFINAG im Fachbereich Planung bewerben.

DI Stau\*\*\* verneinte, gefragt durch den Rechtsanwalt der Mitbeteiligten nach seiner diesbezüglichen Einschätzung, eine marktbeherrschende Stellung der Gesellschafter der Mitbeteiligten und nannte relativ spontan über diesbezüglich weiteres Befragen rund 20 Marktteilnehmer für den hinterfragten Markt.

Neben weiteren Fragen zur Bildung von Bewerber- und Bietergemeinschaften im gegenständlichen Vergabeverfahren hinterfragte der Anwalt der Mitbeteiligten beim Zeugen DI Stau\*\*\*, ob dieser Zeuge beurteilen könne, ob eine Bietergemeinschaft im gegenständlichen Vergabeverfahren die Grenze eines Bagatellkartells überschritten hätte.

DI Stau\*\*\* richtete diesbezüglich vorab die Gegenfrage an den Rechtsanwalt, wo die Grenze des Bagatellkartells wäre. Danach verneinte der Zeuge das Überschreiten der Schwellen des Bagatellkartells.

Nach Nichtzulassung einer Frage zur Präklusion oder aber Nicht - Präklusion der Zulassung zur zweiten Stufe und einer weiteren Frage wegen Überschreitung des bereits eingeschränkten Ermittlungsrahmens, da zu diesem Verfahrenszeitpunkt eben nur mehr die Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin Ermittlungsthema war, hatte der Rechtsanwalt der Mitbeteiligten keine Fragen mehr.

Nach einem weiteren Vorbringen der Rechtsvertreterin der Auftraggeberin, dass kein Kartell vorliegen würde, und Nichtzulassung einer weiteren Frage durch den Rechtsanwalt der Antragstellerin strebte der Anwalt der Mitbeteiligten noch eine Beweiserhebung an, wo das Mindestpersonal laut Personaleinsatzplan seiner Historie nach herkomme.

Diese Beweiserhebung wurde abgelehnt.

Der Rechtsvertreter der Mitbeteiligten tätigte schließlich noch den Hinweis, dass ein Herr DI Lei\*\*\*\*\* von I\*\*\* stellvertretender Geschäftsführer der ARGE - gemeint offenbar der Mitbeteiligten - wäre, wobei sich diese Position - an Hand des Vergabeakts - offenbar aus Seite 17 von 17 des Teils 4 des Teilnahmeantrags ableiten sollte,

und sich diese Passage im Teilnahmeantrag auf die Vertretung der Bewerbergemeinschaft und ARGE bezieht, jedoch im Angebot der Mitbeteiligten in der zweiten Stufe noch kein stellvertretender Geschäftsführer der

Mitbeteiligten genannt ist, obwohl durch Punkt 1,304 des Teils A 1 der Angebotsunterlagen auch in der 2. Stufe verlangt.

Die Auftraggeberin hat nämlich insoweit einerseits in ihren Angebotsunterlagen keine Bieterlücke für die Vertreternennung vorgesehen und andererseits insbesondere insoweit im Vergabeakt auch kein Angebotsverbesserungsverfahren dokumentiert.

Nach diesen Vorgängen betonte die Rechtsvertreterin der Auftraggeberin nochmals die Hinterfragung der thematisierten Wettbewerbswidrigkeiten durch eine Bietererklärung und das ihres Erachtens berechnete Vertrauen der Auftraggeberin auf diese Erklärung, bis schließlich der Rechtsanwalt der Mitbeteiligten noch vorbrachte, dass zwischen M\*\*\* und I\*\*\* eine dauerhafte Arbeitsgemeinschaft mit einzelnen Projekten besteht. Bis vor ca 3 Jahren wären alle Mitglieder des Mindestpersonals bis auf den Techniker 1 bei dieser Gesellschaft bürgerlichen Rechts angestellt gewesen, wobei er steuerlich angestellt und sozialversicherungsrechtlich angestellt meine. Diese Mitarbeiter wären daher Mitarbeiter eines Gemeinschaftsunternehmens von M\*\*\* und I\*\*\* gewesen. Vor drei Jahren wären diese Mitarbeiter dann von M\*\*\* übernommen worden. Als Beweis dafür wurde die Einvernahme eines weiteren Zeugen angeboten.

Nach diesen Verfahrenshandlungen wurde das Ermittlungsverfahren für geschlossen erklärt.

## 2. Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt und den Vergabeunterlagen; und dort insbesondere jeweils aus den ausdrücklich bezogenen Unterlagen; insbesondere aber aus der Verhandlungsniederschrift über die mündliche Verhandlung vom 11.4.2008 und den amtlichen Wahrnehmungen in der Verhandlung.

## 3. Rechtliche Beurteilung

### 3.1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und Zulässigkeit des Antrags

Die Auftraggeberin ist eine gemäß Art 126b Abs 2 B-VG dem Bund zurechenbare, der Rechnungshofkontrolle unterliegende Unternehmung, Die (Finanzierung der) Errichtung von Autobahnen und Schnellstraßen gemäß Bundesstraßengesetz ist eine Aufgabe im Allgemeininteresse, die nicht gewerblicher Art ist. Die Auftraggeberin ist damit eine öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 idGF, die der Vergabekontrollkompetenz des Bundesvergabeamts gemäß § 291 Abs 2 BVergG 2006 unterliegt. Soweit für dieses Nachprüfungsverfahren relevant, hat die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung gemäß § 321 BVergG 2006 fristgerecht eingebracht, die geschuldeten Pauschalgebühren gemäß § 318 BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 bezahlt und mit der Zuschlagsentscheidung vom 22.2.2008 eine gesondert anfechtbare Entscheidung bezeichnet.

Gemäß § 345 Abs 13 BVergG 2006, BGBl I 2007/86 findet gegenständlich auf das 2007 eingeleitete Vergabeverfahren die Stammfassung des BVergG 2006 gemäß BGBl I 2006/17 Anwendung, während das Nachprüfungs- und Pauschalgebührenersatzverfahren gemäß §§ 312ff BVergG 2006 nach dem BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 zu führen ist.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 kann über den Pauschalgebührenersatzanspruch gesondert abgeprochen werden, was gegenständlich gemäß Senatsfestlegung zu geschehen hat.

Der Nachprüfungsantrag erfüllt die Inhaltserfordernisse des § 322 Abs 1 BVergG 2006 und liegen keine Unzulässigkeitsgründe gemäß § 322 Abs 2 BVergG 2006 vor.

Zum Vorbringen der Auftraggeberin in deren Eingabe, lfd Nr 28, betreffend Undeutlichkeit des bzw der Nichtigerklärungsbegehren reicht der Hinweis, dass das Begehren auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gemäß Akteninhalt eindeutig ist und das weitere Nichtigerklärungsbegehren letztlich betreffend die ergänzende Begründungsmitteilung vom 27.2.2008 am 11.4.2008 zurückgezogen wurde.

Zu der von der Mitbeteiligten gemäß Seite 8 der Niederschrift über die Verhandlung vom 11.4.2008 angezweifelte Antragslegitimation wegen eines allfällig fehlerhaften Preises der Antragstellerin reicht danach der Hinweis, dass das Bundesvergabeamt im Punkte der Fraglichkeit des Schadens des Antragstellers gemäß § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 nur (insbesondere aus dem Vergabeakt) evidente Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin aufzugreifen hat, und gerade nicht "auf der Suche nach Ausscheidensgründen beim Antragsteller" über die Lektüre des Vergabeakts hinaus eine sachverständige Preisprüfung des Angebots der hier auftretenden Antragstellerin an Stelle der hier streitverfangenen Auftraggeberin vorzunehmen hat, welche (scil: Preisprüfung der Antragstellerin) bislang nicht einmal die Auftraggeberin als geboten erachtet hat - siehe insoweit zu dem in § 320 Abs 1 BVergG 2006 umgesetzten Schadensbegriff der RL 89/665/EWG aktuell zB nur die Schlussanträge der Generalanwältin vom 13.3.2008 in der Rs des EuGH C-456/06, Rdnr 148; bzw zum insoweit identen Schadensbegriff gemäß § 163 BVergG 2002 zB Grasböck, Zu Antragserfordernissen im Nachprüfungsverfahren über die Zuschlagsentscheidung, ZVB 2004, 171 (173f und 175f).

Daher hatte das Nachprüfungsverfahren gemäß § 325 Abs 1 BVergG 2006 im Rahmen insbesondere des bezeichneten Beschwerdepunkts abgeführt zu werden, dass keine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin getroffen worden ist, weil die Antragstellerin Bestbieterin wäre.

3.2. Inhaltliche Beurteilung des Nichtigerklärungsbegehrens Gemäß § 129 Abs 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber Angebote vor Versendung einer Zuschlagsentscheidung auszuschneiden, wenn gemäß Z 2 dieser Bestimmung Angebote von Bieterinnen gelegt worden sind, die insbesondere unzuverlässig sind;

bzw wenn - gemäß der Z 8 dieser Bestimmung - Angebote gelegt wurden, bei denen die Bieter mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstößende Absprachen getätigt haben. Diesbezüglich ist auf § 2 Z 13 und 14 BVergG 2006 zu verweisen, wonach auch eine Bietergemeinschaft selbst als Bieterin zu bewerten ist.

Gemäß § 916 ABGB sind dabei nur zum Schein abgeschlossene Geschäfte nichtig. Ein allenfalls durch das Scheingeschäft verdecktes Geschäft ist nach seiner wahren Beschaffenheit zu beurteilen.

Bei anbotlegenden "Bietergemeinschaften", bei denen in Wahrheit bereits bei Anbotslegung klar ist, dass nachmalig nur ein als Gesellschafter der Bietergemeinschaft auftretender Unternehmer den Auftrag abwickeln will, wird der Auftraggeber darüber getäuscht, dass - dem Wesen der Bieter- und nachmaligen Arbeitsgemeinschaft entsprechend - beide Gesellschafter mit ihrer jeweiligen unternehmerischen Struktur an dem jeweils konkret ausgeschriebenen Projekt mitarbeiten und derart zum Gelingen beitragen wollen. Eine derartige Bietergemeinschaft ist eine Scheinbietergemeinschaft, die eine gegen die guten Sitten gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 verstößende Abrede darstellt. Die Abrede zu einer derartigen Scheinbietergemeinschaft, bei der in Wahrheit nur ein einzelner Unternehmer tätig sein will, ist für den Auftraggeber evident nachteilig gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006, da der Auftraggeber mit derartigen vorgespiegelten Assoziationen dem Risiko ausgesetzt wird, dass die Summe der im Parallelwettbewerb anbotlegenden Unternehmen verringert wird und sich zudem andere Unternehmen bereits allein deshalb zu Nachprüfungsverfahren entschließen, die für den Auftraggeber Zeit- und Geldaufwand bedeuten.

Wird ein Auftraggeber mit einem Angebot konfrontiert, bei dem das operative Projektpersonal gemäß den Angebotsunterlagen und einem dort abgefragten Personaleinsatzplan allein von einem einzigen Gesellschafter der Bietergemeinschaft zu kommen scheint, wie dies gegenständlich beim Angebot der Mitbeteiligten der Fall ist, so ist objektiv der Verdacht gegeben, dass insoweit eine Scheinbietergemeinschaft vorliegt.

Bei einem derartigen objektiv gegebenen Verdacht hätte die hier streitverfangene Auftraggeberin gemäß § 123 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 prüfen müssen, ob das Angebot der Mitbeteiligten gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 auszuschneiden ist;

bzw gemäß § 129 Abs 1 Z 2 iVm 123 Abs 2 Z 2 BVergG auszuschneiden ist, weil ein in einem derartigen Scheingeschäft verfangener Bieter unzuverlässig ist.

Unbeschadet der bereits durch die Legung eines derartigen Angebots durch die Mitbeteiligte entstandenen Prüfpflicht auf Basis der gerade aufgezeigten Indizien ist die diesbezügliche Prüfpflicht der Auftraggeberin ein weiteres Mal am 11.4.2008 nach der Aussage des Zeugen DI Ka\*\*\*\*\* in der Verhandlung entstanden, die Bietergemeinschaft wäre deshalb gegründet worden, um die Qualifikation in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens zu schaffen, zumal ein in der ersten Stufe genannter Subunternehmer gleichfalls zum Referenznachweis benannt worden wäre. Da die Auftraggeberin die Vergabegrundsätze des § 19 Abs 1 BVergG 2006 während des gesamten Vergabeverfahrens einzuhalten hat, hätte sie spätestens bei einer derartigen Aussagen des Angebotsbevollmächtigten der Mitbeteiligten vor dem Bundesvergabeamt die angefochtene Zuschlagsentscheidung zurückzunehmen gehabt und in die Phase der Angebotsprüfung zurückzukehren gehabt.

Denn erst dann, wenn für die Auftraggeberin nach der - nachgeholten - Angebotsprüfung - feststeht, dass die Mitbeteiligte mit ihrem Angebot nicht gemäß § 129 Abs 1 Z 8 und Z 2 BVergG 2006 im Punkte der Scheinbietergemeinschaft auszuschneiden ist, kann eine - allein von der Auftraggeberin zu treffende Zuschlagsentscheidung entsprechend dem § 19 Abs 1 BVergG 2006 zu einer rechtmäßigen Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Mitbeteiligten führen.

Das Vorbringen der Auftraggebervertreterin am 11.4.2008, die Auftraggeberin hätte sich dabei auf die abgegebenen Bietererklärungen verlassen dürfen, geht fehl, da Bietererklärungen gerade Gegenstand der Angebotsprüfung gemäß §§ 123ff BVergG 2006 sind und nicht umgekehrt von einer Prüfung entbinden, wenn gegenteilige Indizien vorliegen.

Da die gegenständliche Auftraggeberin trotz der geschilderten Verdachtsmomente - ausweislich der Aussagen des Zeugen DI Stau\*\*\* und ausweislich des Vergabeakts - keine Prüfung der allfälligen Ausscheidensnotwendigkeit des Angebots der Mitbeteiligten im aufgezeigten Themenbereich vorgenommen hat und dementsprechend derartige Prüfungen auch nicht in der Niederschrift über die Angebotsprüfung gemäß § 128 Abs 1 BVergG 2006 dokumentiert hat, hat die Antragstellerin die §§ 123 und 128 BVergG 2006 verletzt.

Die Entscheidungsfindung der Auftraggeberin betreffend die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist damit für das Bundesvergabeamt noch nicht nachprüfbar, die Auftraggeberin hat ihre gesetzmäßige Angebotsprüfung gemäß § 123 noch nicht vollendet.

Da das Bundesvergabeamt gemäß der RL 89/665/EWG als Gerichtsinstanz streitentscheidend zwischen den Verfahrensparteien zu urteilen hat, jedoch keinesfalls Handlungen zu substituieren hat, die eine Partei des Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren verabsäumt hat,

- in diesem Fall würde die erforderliche Gerichtsqualität gemäß Art 2 der RL 89/665/EWG verloren gehen -

hatte das Bundesvergabeamt im Nachprüfungsverfahren auch nicht jene Erörterungen mit der Mitbeteiligten - ersatzweise an Stelle der Auftraggeberin - vorzunehmen, die dazu führen könnten, dass der Verdacht der für die Auftraggeberin nachteiligen Scheinbietergemeinschaft im Punkte einer Handlung zum wahrheitswidrigen Vorspiegeln von Referenzen zerstreut werden, weil nach derartigen Erörterungen die Bietergemeinschaft eben trotz des indizierten Verdachts gerade nicht als Scheinbietergemeinschaft zu beurteilen sein könnte. Die Auftraggeberin hat dabei ohnehin auf Basis einer objektiven Auslegung des Punkts 1,211 des Teils A 1 ihrer Angebotsunterlagen ein entsprechendes Erörterungsprozedere - präkludiert - vorgesehen, das von der Auftraggeberin einzuhalten ist, gerade aber nicht vom Bundesvergabeamt nachzuholen ist.

In gleicher Weise hat es die Auftraggeberin auf Basis der Aussagen des Zeugen DI Stau\*\*\* und des Vergabeakts unterlassen, mit der Mitbeteiligten gemäß § 123 Abs 2 Z 1 iVm 129 Abs 1 Z 8 BVergG gesetzmäßig zu erörtern und diese Erörterungen gemäß § 128 Abs 1 BVergG 2006 im Vergabeakt entsprechend zu dokumentieren, ob die M\*\*\* & Partner den Auftrag nicht alleine ausführen könnte und daher die potentielle Teilnehmerzahl am Vergabeverfahren entgegen dem Grundsatz des freien Wettbewerbs durch die Bildung der Bietergemeinschaft unzulässig eingeschränkt wurde,

wenn - im Sinne eines objektiven Verdachtsmoments - im Personaleinsatzplan des Angebots der Mitbeteiligten nur Mitarbeiter der M\*\*\* aufscheinen und kein einziger Mitarbeiter der I\*\*\* aufscheint. Wozu seit dem 11.4.2008 noch kommt, dass der Zeuge DI Ka\*\*\*\*\* aussagte, dass das genannte Mindestpersonal aus dem Personalstand von M\*\*\* von einer anderen Baustelle abgezogen würde, welche dafür von I\*\*\* mit Ersatzpersonal beschickt würde. Insoweit ist bislang gemäß § 128 Abs 1 BVergG 2006 durch die Auftraggeberin nicht schlüssig dokumentiert, welche Leistungen der gegenständlichen Vergabe unter relevanter Mitwirkung der I\*\*\* erbracht würden, zumal die Mitbeteiligte bzw deren Zeuge DI Ka\*\*\*\*\* die ordnungsgemäße Ausfüllung des Personaleinsatzplans betont hat - Seite 11 der Niederschrift vom 11.4.2008.

Rücksichtlich der Frage der allfällig den Wettbewerb unzulässig beeinträchtigenden Bietergemeinschaft auf Seiten der Mitbeteiligten ist dabei klarzustellen, dass § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 im Punkte der Frage der Abrede, welche gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstößt, gerade nicht auf das Kartellgesetz abstellt, sondern autonom normiert. Sihin kann dahinstehen, ob die Mitbeteiligte allenfalls tatsächlich ein Bagatellkartell darstellen würde, zumal - obiter - auch derartige Kartelle natürlich eine Abrede darstellen, die den Grundsatz des Wettbewerbs gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 beeinträchtigen und für den Auftraggeber durch die Verringerung seiner Chance auf einen breiteren Vergabewettbewerb naturgemäß gleichfalls nachteilig sind.

Die vorstehend aufgezeigten unterlassenen Angebotsprüfungsschritte und damit Verstöße der Auftraggeberin gegen die §§ 123 und 128 BVergG 2006 stellen Vergaberechtswidrigkeiten gemäß §§ 325 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 dar.

Diese Vergaberechtswidrigkeiten bei der Angebotsprüfung erfüllen - in gemeinschaftsrechtskonformer Berücksichtigung der erforderlichen und oben bereits konkretisierten Gerichtsqualität der gemäß Art 2 RL 89/665/EWG unabhängigen Nachprüfungsinstanz Bundesvergabeamt - auch die Voraussetzung des § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006, da bei korrekter Angebotsprüfung nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Angebot der Mitbeteiligten gemäß § 129 Abs 1 Z 2 und 8 BVergG 2006 aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden ist - VwGH 21.12.2004, 2004/04/0100; VfGH 2.3.2002, B691/01.

Bei diesem Verfahrensergebnis kann gemäß § 39 Abs 3 AVG dahinstehen, ob die Mitbeteiligte wegen objektiv unrichtiger Erklärungen auf Basis der Teilnahmeantragsunterlagen auszuschließen und deren Angebot auszuschneiden gewesen wäre, wobei dies zB wegen der Frage der Scheinbietergemeinschaft oder aber wegen Angaben im Rahmen der Selbstdeklaration in der 2. Stufe im Raum stehen könnte, zumal die Mitbeteiligte bzw der Zeuge DI Ka\*\*\*\*\* selbst auf die Teilnahmeantragsunterlage rekurren, um einen Geschäftsführer - Stellvertreter gemäß Punkt 1,304 des Teils A 1 der Angebotsunterlage der 2. Stufe benennen. Derart wird namens der Mitbeteiligten nämlich selbst die Maßgeblichkeit der Teilnahmeantragsunterlage auch für die 2. Stufe des Vergabeverfahrens behauptet.

Auf Seite 3 des Teils 1 der Teilnahmeantragsunterlagen wird diesbezüglich relevant unter der Überschrift "...Vergabeverfahren", wozu objektiv die 1. und 2. Stufe eines nicht offenen Vergabeverfahrens gehören,

normiert, dass "unwahre", also nicht den Tatsachen entsprechende Angaben zum Ausschluss vom Verfahren führen.

Diesbezüglich brauchte beim ersichtlichen Verfahrensstand im Nachprüfungsverfahren aber gemäß § 39 Abs 3 AVG gleichfalls nicht mehr erörtert werden, inwieweit die Mitbeteiligte mit ihrem Personaleinsatzplan eine unwahre Aussage im Vergabeverfahren vorgenommen hat, wenn dort zB Herr DI Lei\*\*\*\*\* von der I\*\*\* nicht aufscheint, sofern seitens der Mitbeteiligten mit dieser Person die tatsächlich geplante Mitarbeit von I\*\*\* nachwiesen werden soll.