



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730
Telefax: (43 01) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/077/14/2016-9
Z. GmbH

Wien, 23.3.2016

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.^a Mandl über den Antrag der Z. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte, auf Nichtigerklärung betreffend das Vergabefahren "MA34 - 1519745A-2014, Rahmenvertrag Baumeister, diverse Objekte im Raum Wien", Zuschlagsentscheidung Los 6, der Stadt Wien, Magistratsabteilung 34,

zu Recht e r k a n n t:

I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich des Loses 6 wird stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 23.12.2015 wird hinsichtlich des Loses 6 nichtig erklärt.

II. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin zu Handen ihres Rechtsvertreters die von dieser entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von Euro 4.500,- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

III. Der als Pauschalgebühren zu viel entrichtete Betrag von Euro 4.500,- ist der Antragstellerin zu Handen ihres Rechtsvertreters durch das Verwaltungsgericht Wien zurückzuerstatten.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zum Nachprüfungsantrag:

Die Antragstellerin brachte mit Schriftsatz vom 4.1.2016 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 23.12.2015 betreffend das Los 6 ein.

In ihrem Antrag brachte sie im Wesentlichen vor, die Antragsgegnerin führe ein offenes Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Bauauftrages betreffend Rahmenvertrag Baumeister, diverse Objekte im Raum Wien. Das Vergabeverfahren sei in insgesamt 14 Lose aufgeteilt, welche jeweils unterschiedliche Wiener Gemeindebezirke umfassen würden. Nach den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen solle der Zuschlag dem Angebot mit dem billigsten Preis erteilt werden. Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Los ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt.

Mit Schreiben vom 23.12.2015 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin mitgeteilt, dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nach Ablauf der Stillhaltefrist den Zuschlag für das gegenständliche Los erteilen zu wollen. Nicht mitgeteilt sei hingegen worden, welche Reihung das Angebot der Antragstellerin in diesem Los belegt habe. Die Antragstellerin gehe jedoch aufgrund der Ergebnisse der Angebotsprüfung davon aus, dass ihr Angebot an zweiter Stelle gereiht sei.

Zunächst sei die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig, weil sie nicht alle nach dem Bundesvergabegesetz erforderlichen Angaben enthalte. Der Antragstellerin sei nämlich entgegen § 131 BVergG nicht mitgeteilt worden, welchen Platz ihr Angebot belegt habe. Das Ergebnis der Angebotsöffnung müsse nicht zwingend dem Endergebnis zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung entsprechen. Insbesondere könne es beispielsweise durch Ausscheiden von Angeboten oder Richtigstellung von Rechenfehlern zu Vorreihungen bzw. wie Vorrückungen

gekommen sein. Die Zuschlagsentscheidung enthalte daher entgegen den Anforderungen der Judikatur gerade nicht jene Angaben, die für die Beurteilung der Chancen einer Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung erforderlich seien. Die Zuschlagsentscheidung sei daher bereits aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

Im Übrigen würde offenkundig eine Absprache der Bieter N.-gesellschaft mbH („N.“), Zi. GmbH („Zi.“), H. GmbH („H.“), S. Gesellschaft mbH („S.“) und He. GmbH („He.“) vorliegen. Diese fünf Unternehmer hätten für alle 14 Lose jeweils Angebote gelegt. Dabei würden die Angebotspreise jeweils ein auffälliges, auf das Vorliegen einer Bieterabsprache hindeutendes Muster aufweisen.

Im Schriftsatz folgt eine tabellarische Aufstellung der von diesen fünf Unternehmern in den 14 Losen jeweils angebotenen Preisen. Dabei ist pro Los jeweils einer dieser fünf Unternehmer mit dem billigsten Preis an erster Stelle und sind jeweils die anderen vier Unternehmer mit erheblich höheren Preisen jeweils an den vier letzten Stellen gereiht. Bei der überwiegenden Zahl der Lose sind dabei die Angebotspreise dieser vier jeweils letztgereihten Bieter bis auf den Centbetrag ident. Bei einzelnen Losen (Los 1, Los 5) bestehen zwei Preisvarianten und wird der eine Preis von 2 bzw. von 3 dieser Unternehmer und der andere Preis von den verbleibenden 2 bzw. vom verbleibenden Unternehmer angeboten.

Die Antragstellerin schließt aus dieser preislichen Auffälligkeit, dass sich diese fünf Unternehmer miteinander abgesprochen und die Lose untereinander aufgeteilt hätten. Außerdem würde eine unzulässige Preisabsprache vorliegen.

Darüber hinaus würden zwischen vier dieser fünf Unternehmer – nämlich zwischen N., Zi., H. und S. – enge gesellschaftsrechtliche und personelle Verflechtungen in Form von wechselseitigen Beteiligungen und Identitäten von Geschäftsführern bzw. Prokuristen vorliegen. Die Antragstellerin legt detailliert dar, warum ihrer Ansicht nach welche Verflechtungen bestünden. Auch diese Verflechtungen würden Anhaltspunkte für das Vorliegen von unzulässigen Absprachen darstellen.

Es würden somit unzulässige Preisabsprachen zwischen diesen fünf Unternehmern vorliegen. Außerdem würde eine unzulässige Gebietsaufteilung dieser fünf Unternehmer vorliegen. Diese Gebietsaufteilung würde eine unzulässige Wettbewerbsbeeinflussung darstellen. Bei dem von der Antragsgegnerin gewählten Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahren würden sich in betriebswirtschaftlich nachvollziehbarer Weise keine identen Angebotspreise ergeben, weil sich die Aufschläge bzw. Nachlässe bei unterschiedlichen Bietern unterscheiden müssten, sodass jeweils die Angebote aller fünf Unternehmer unplausibel bzw. spekulativ seien. Die Preisabsprache zwischen den Unternehmern führe auch zu einem unzulässigen Wettbewerbsvorsprung.

Zur einstweiligen Verfügung:

Das Verwaltungsgericht hat der Antragsgegnerin mit Beschluss vom 11.1.2016 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag hinsichtlich des beschwerdegegenständlichen Loses zu erteilen.

Zu den Stellungnahmen der Antragsgegnerin vom 8.1.2015 und vom 15.1.2016:

Die Antragsgegnerin hat zum Nachprüfungsantrag mit Schriftsätzen vom 8.1.2015 (Pkt. I „Wahl des Vergabeverfahrens“) und vom 15.1.2016 im Wesentlichen folgende Stellungnahme abgegeben:

Die gegenständliche Ausschreibung betreffe Bauleistungen im Oberschwellenbereich. Der bei den Ausführungen zu Pkt. I „Wahl des Vergabeverfahrens“ angegebene geschätzte Auftragswert für das gegenständliche Los lag im Unterschwellenbereich. Teilangebote seien losweise zugelassen, wobei 14 Gebietslose bestünden. Zuschlagskriterium sei der niedrigste Preis. Die Angebotsöffnung habe im Beisein der Bieter am 9.2.2015 um 9:00 Uhr in der Magistratsabteilung 34 stattgefunden.

Zu den laut Tabelle gleichlautenden Angebotspreisen sei festzustellen, dass für den Rahmenvertrag das Aufschlags- und Nachlassverfahren gewählt worden sei und die fünf in Rede stehenden Unternehmen in diversen Losen keine Aufschläge bzw. Nachlässe eingetragen hätten. Somit erkläre sich die genaue

Übereinstimmung der Angebotspreise, da diese mit dem amtlich vorgegebenen Preis übereinstimmen würden. Den mit der Amtskalkulation übereinstimmenden Preisen der „Firmengruppe S.“ sei trotz mangelnder Konkurrenzfähigkeit auf Grund des starken Wettbewerbs die Plausibilität nicht abzusprechen.

Die gesellschaftsrechtlichen und personellen Verflechtungen von vier dieser fünf Unternehmer seien im Zuge der Angebotsprüfung erkannt worden. Eine Verflechtung mit der He. GmbH habe nicht festgestellt werden können.

Eine Wettbewerbswidrigkeit könne dann vorliegen, wenn es durch die mehrfache Beteiligung dem Bieter bzw. den verflochtenen Bietern ermöglicht werde, die Preisgestaltung und damit die Reihung der Angebote zu beeinflussen. Die Prüfung des Sachverhalts durch die Auftraggeberin habe ergeben, dass die in Rede stehende Firmengruppe mit jeweils dem Unternehmer der Firmengruppe angeboten habe, das in nächster räumlicher Nähe zum jeweiligen Los/Gebietsteil liege und der Benefit der räumlichen Nähe würde sich im Angebotspreis wiederfinden. Nach herrschender Ansicht trage der Auftraggeber die Beweislast für das Vorliegen einer Abrede im Sinne des § 129 Abs. 1 Ziffer 8 BVergG. Könne der Auftraggeber einem Bieter das Vorliegen einer solchen Abrede im Sinne des § 129 Abs. 1 Ziffer 8 BVergG nicht mit der für die Prüfung von Angeboten erforderlichen Sicherheit begründen, habe er vom Ausscheiden des betreffenden Angebotes Abstand zu nehmen.

Die große Anzahl der Bieter, die nicht der in Rede stehenden Firmengruppe angehören würden, gewährleiste einen starken Wettbewerb. Die jeweils nicht reüssierenden Angebote der Unternehmen der in Rede stehenden Firmengruppe in den einzelnen Losen würden aussichtslos und ohne jeglichen Einfluss auf den Wettbewerb in der Reihung hinten liegen. Die Teilnahme der hochpreisigen Angebote durch Unternehmer diese Firmengruppe, die in den jeweiligen Losen an aussichtsloser Stelle liegen würden, erscheine nicht dazu geeignet, den fairen und lautereren Wettbewerb und der Gleichbehandlung aller Bieter zu gefährden bzw. dem Unternehmer der Firmengruppe, das im jeweiligen Los ein niedrigpreisiges Angebot gelegt hat, einen Wettbewerbsvorteil zu ermöglichen.

Durch die Legung der hochpreisigen Angebote werde die Reihung der Angebote nicht beeinflusst, da diese ausschließlich an der letzten Stelle liegen würden. Um ein Angebot wegen des Vorliegens einer verbotenen Abrede auszuschneiden, müsse der Auftraggeber diese nachweisen können. Bloße Vermutungen würden nicht genügen, eine Beweislastumkehr finde nicht statt. Der „äußere böse Schein“ bewirke nicht automatisch die Unzulässigkeit einer Handlung, sondern sei die Unzulässigkeit anhand der Auswirkungen dieser Handlung und Unterlassung auf das Vergabeverfahren zu sehen. Bei der Prüfung eines Angebotes im Hinblick auf seine Kartellrechtskonformität sei der Auftraggeber nicht verpflichtet, dieses einer vollständigen und abschließenden Bewertung zu unterziehen.

Zur Stellungnahme der mitbeteiligten Partei vom 15.1.2016:

Die mitbeteiligte Partei führte in ihrer Stellungnahme vom 15.1.2016 zunächst aus, die Zuschlagsentscheidung enthalte alle erforderlichen Angaben. Im Billigstbieterverfahren würde die Antragstellerin keine Mitteilung über die Reihung der Angebote benötigen, wenn das Angebot der Antragstellerin nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung an zweiter Stelle liege und (zumindest bisher) nicht ausgeschieden worden sei.

Die Unternehmen „S.“, „N.“, „Zi.“ und „H.“ seien verbundene Unternehmen im Sinne von § 2 Z 40 BVergG, da S. jeweils 100% der Gesellschaftsanteile an den anderen Unternehmen halte und einen beherrschenden Einfluss auf die anderen Unternehmen ausübe. Diese Verbindung sei auch im Internet auf der Website www.S...at offengelegt, auf der ausdrücklich diese 100%-Beteiligung angeführt sei.

Die He. GmbH („He.“) sei weder mit der mitbeteiligten Partei noch mit den anderen genannten Unternehmen verbunden, weder auf Gesellschafter- noch auf Geschäftsführerebene. Es habe mit der He. keinerlei Gespräche oder Abstimmungen im Zusammenhang mit diesem Vergabeverfahren gegeben. Warum die He. ihr Angebot so und nicht anders abgegeben habe, sei der mitbeteiligten Partei nicht bekannt.

Es sei nachvollziehbar, dass die Antragstellerin aufgrund des, wie sie es bezeichnet, „auffälligen Musters“ der von ihr im Nachprüfungsantrag angeführten Angebote der mitbeteiligten Partei und der verbundenen Unternehmen verwirrt gewesen sei. Auch die Auftraggeberin selbst sei Opfer dieser Verwirrung gewesen und habe die mitbeteiligte Partei daher um diesbezügliche Aufklärung ersucht.

Tatsächlich sei dieser Verwirrung ein Versehen der mitbeteiligten Partei und der verbundenen Unternehmen zu Grunde gelegen, das auch mit Schreiben vom 29.5.2015 an die Auftraggeberin aufgeklärt worden sei: Die mitbeteiligte Partei und die mit ihr verbundenen Unternehmen hätten sich aufgrund der eingeschränkten Kapazitäten die gegenständlich ausgeschriebenen Lose aufgeteilt. Mehrfachangebote von verbundenen Unternehmen in den gleichen Losen seien nicht vorgesehen gewesen.

Beim Ausfüllen der Angebote seien allerdings nicht nur die beabsichtigten Lose mit den entsprechend vom jeweiligen Bieter kalkulierten Abschlägen auf die von der Auftraggeberin vorgegebenen Preise befüllt worden, sondern versehentlich auch alle anderen Lose, die nicht angeboten hätten werden sollen. In diese anderen Lose seien die von der Auftraggeberin vorgegebenen Preise ohne Abschläge übertragen worden.

Dass in diesen Losen, in denen jeweils die vorgegebenen Preise ohne Abschläge übertragen worden wären, kein Angebot gelegt werden sollte, ergebe sich auch aus den jeweils zu den Angeboten abgegebenen und unterzeichneten Präferenzreihungen, in denen durchgehend jene Lose, die nicht angeboten werden sollten (zu denen also keine preislichen Abschläge erfolgt seien), überhaupt nicht angeführt seien. Weiters ergebe sich dies auch daraus, dass jedem Beteiligten an dieser Rahmenschreibung bewusst sei, dass ein Angebot mit dem vorgegebenen Preis ohne Abschläge völlig aussichtslos sei.

Daher ergebe sich aus dem objektiven Erklärungswert der Angebote dieser verbundenen Unternehmen in allen Losen, dass diese anderen Lose - also jene, in die die vorgegebenen Preise ohne Abschlag übertragen worden seien - gar nicht angeboten worden seien.

Die im Nachprüfungsantrag vorgebrachten Rechtswidrigkeiten würden überdies aus folgenden Gründen nicht vorliegen:

Es würden keine unzulässigen Preisabsprachen oder Gebietsaufteilungen vorliegen, mithin daher auch keine Verstöße gegen Bestimmungen des KartG oder anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen. Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die in einem Beherrschungsverhältnisse stehen, seien nicht vom Kartellverbot des § 1 KartellG umfasst und daher auch vergaberechtlich zweifellos zulässig. Zwar sei der mitbeteiligten Partei auch bewusst, dass nach der Judikatur unter entsprechenden Voraussetzungen auch Mehrfachangebote verbundener Unternehmen zulässig seien, aber dieser Weg sei nicht nur aufwendig, um ihn vergaberechtlich korrekt zu gestalten, sondern sei überdies im gegenständlichen Fall insbesondere zur optimierten Einsetzung der jeweiligen Kapazitäten nicht gewählt worden.

Auch inhaltlich würden keine Wettbewerbsbeschränkungen oder ein sonstiger unzulässiger Wettbewerbsvorsprung der mitbeteiligten Partei oder der anderen verbundenen Unternehmen vorliegen. Dies werde bereits nach dem Vorbringen im Nachprüfungsantrag selbst deutlich, da die verbundenen Unternehmen nicht über die erforderliche Leistungsfähigkeit verfügen würden, um jeweils alle Lose auszuführen.

Auch dann, wenn man - entgegen den obigen Ausführungen zum objektiven Erklärungswert der Angebote - meinen sollte, dass die verbundenen Unternehmen durch das versehentliche Befüllen aller Lose tatsächlich jeweils alle Lose angeboten hätten, würde keine Wettbewerbsverzerrung vorliegen. Das Wissen, dass andere Unternehmen in bestimmten Losen einen völlig aussichtslosen Preis ohne Abschläge anbieten würden, bringe keinerlei Wettbewerbsverzerrung, da dadurch weder andere Bieter an ihren Angeboten gehindert würden, noch der Auftraggeber durch solche zusätzliche aussichtslose Angebote einen Nachteil erleiden könne, noch der Bieter, der davon wisse, daraus irgendwelche Vorteile im Wettbewerb gewinnen könne.

Wenn man sich diese versehentlichen Angebote - die nach ihrem objektiven Erklärungswert tatsächlich keine Angebote seien - wegdenke, ändere sich nichts am Ergebnis.

Auch würden keine unplausiblen Preise vorliegen, wenn in manchen Losen ein Preis ohne Abschläge angeboten werde. Aber auch dann, wenn man der Meinung wäre, dass aussichtslose Angebote ohne Abschläge nicht betriebswirtschaftlich plausibel im Sinne des § 125 BVergG wären, so wäre die Folge lediglich, dass diese Angebote gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG auszuschneiden wären; wiederum ohne jegliche Auswirkungen auf das Wettbewerbsergebnis.

Zur Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 21.1.2016:

Die Antragsgegnerin teilte mit E-Mail vom 21.1.2016 zu der ihr übermittelten Stellungnahme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit, dass dazu keine Ergänzungen bzw. Anmerkungen eingebracht werden und nichts hinzuzufügen sei.

Zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 26.1.2016:

Die Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 26.1.2016 zu den ihr übermittelten Schriftsätzen der Antragsgegnerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen wie folgt:

Der Versuch seitens der Antragsgegnerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, die Übereinstimmung der Preise damit zu erklären, dass jeweils vier der in Rede stehenden fünf Unternehmer ihren Angeboten die Amtskalkulation ohne Zu- und Abschläge zu Grunde gelegt hätten, ginge ins Leere, weil jeweils vier Unternehmer nur in 10 von 14 Losen exakt denselben Gesamtpreis angeboten hätten. In den Losen 1 und 6 hätten jeweils zwei der vier Unternehmer identische Gesamtpreise angeboten, während in den Losen 2 und 5 jeweils drei der vier Unternehmer denselben Gesamtpreis angeboten hätten. Die angebotenen Gesamtpreise des bzw. der übrigen Unternehmer würden von diesem Gesamtpreis abweichen. Hätten die in den einzelnen Losen jeweils an den letzten vier Stellen gereihten Unternehmer tatsächlich in den jeweiligen

Losen lediglich die Preise der Amtskalkulation ohne Abschläge übertragen, dann müssten logischerweise die Angebotspreise dieser vier Unternehmer auch in sämtlichen 14 Losen exakt übereinstimmen. Dies sei jedoch gerade nicht der Fall. Somit sei auch ausgeschlossen, dass die in den einzelnen Losen jeweils an den letzten Stellen gereihten vier Unternehmer die Angebote lediglich versehentlich abgegeben hätten. Bei den entsprechenden Behauptungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin würde es sich somit offensichtlich um reine Schutzbehauptungen handeln.

Das Vorbringen, dass es zwischen den vier konzernmäßig verbundenen Unternehmer (S-Gruppe) einerseits und dem fünften Unternehmer (He.) andererseits keine Gespräche oder Abstimmungen gegeben habe, sei deswegen nicht nachvollziehbar, weil sich die Angebotspreise des einen Unternehmers nahtlos in das Angebotsmuster der vier konzernmäßig verbundenen Unternehmer einfügen würden. Die Angebote von He. würden in 9 der 14 Lose exakt denselben Angebotspreis wie Angebote der auf den letzten Stellen gereihten Unternehmer der S-Gruppe aufweisen, wobei in den Losen 1, 2, 5 und 6 gerade nicht von den vier Unternehmern die Amtskalkulation ohne Abschläge übernommen worden sei. So würde der Angebotspreis von He. in Los 1 exakt jenem von N., in Los 2 exakt jenem von H. und Zi. und in Los 6 exakt jenem von H. entsprechen. Diese preisliche Übereinstimmung würde sich nicht durch Übernahme der Amtskalkulation, sondern nur durch eine unzulässige vorherige Preisabsprache erklären lassen. Auch die Vorgangsweise, die Preise der Amtskalkulation einzutragen, würde, wenn man dieser Verantwortung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin folgen sollte, auf das Vorliegen einer Preisabsprache hindeuten, zumal eine solche Vorgangsweise jeglicher Logik entbehren würde, von keinem anderen Bieter eingeschlagen worden sei und damit auf das Vorliegen einer Absprache hinweise. Darüber hinaus sei bei Los 9 das Schema der S-Gruppe, die Lose konzernintern aufzuteilen, zu Gunsten von He. durchbrochen, zumal sämtliche vier Unternehmer der S-Gruppe an letzter Stelle und He. an erster Stelle liegen würde. Dass bei Los 9 kein einziges Unternehmen der S-Gruppe ein kompetitives Angebot gelegt habe, ließe sich ebenfalls logischerweise nur mit einer vorherigen Preisabsprache zwischen den Unternehmen der S-Gruppe sowie He. erklären.

Die Antragsgegnerin habe offenkundig im Vergabeverfahren die gebietsweise Aufteilung der Lose innerhalb der S-Gruppe festgestellt. Entgegen den Vorbringen der Antragsgegnerin und der präsumentiven Zuschlagsempfängerin sei eine derartige konzerninterne Aufteilung jedoch vergaberechtlich unzulässig. Aus einer allfälligen kartellrechtlichen Zulässigkeit solcher unternehmensgruppeninternen Absprachen könne nicht auf deren vergaberechtliche Zulässigkeit geschlossen werden. Vielmehr sei auch eine bloß unternehmensgruppeninterne und somit kartellrechtlich durchaus zulässige Absprache vergaberechtlich dann unzulässig, wenn durch diese Absprache eine für den Auftraggeber nachteilige Beeinflussung des Wettbewerbsergebnisses beabsichtigt und bewirkt werde. Ein Nachteil für den Auftraggeber liege bereits dann vor, wenn das Wettbewerbsergebnis aufgrund der Absprache tatsächlich oder möglicherweise ungünstiger ausfallen könnte als ohne Absprache (BVA 13.7.2012, N/0062-BVA/04/2012-31). Auf Grund der Absprache seien kompetitive Angebote der jeweils anderen konzernverbundenen Unternehmer unterblieben. Der Nachteil für die Antragsgegnerin bestehe darin, dass sie ohne die Absprache weitere kompetitive Angebote hätte, die möglicherweise noch günstiger wären als das Angebot der präsumentiven Bestbieterin.

Da die Antragsgegnerin die Absprache innerhalb der S-Gruppe festgestellt habe, könne von einer unzureichenden Beweislage nicht die Rede sein und wäre die Antragsgegnerin zum Ausscheiden der Angebote der S-Gruppe verpflichtet gewesen.

Die Gebietsaufteilung mit dem fünften, nicht konzernverbundenen Unternehmer sei als sogenannte „Hardcore-Wettbewerbsbeschränkung“ gemäß § 2 Abs. 2 Z 1 Kartellgesetz nicht „bagatellisierbar“ und würde jedenfalls auch einen Kartellrechtsverstoß darstellen. Insbesondere aus Los 9 – bei dem kein Mitglied der S-Gruppe ein kompetitives Angebot gelegt habe – würde sich das Vorliegen einer solchen Absprache mit dem fünften, nicht konzernverbundenen Unternehmer ergeben.

Die Argumentation der präsumentiven Zuschlagsempfängerin, dass die mit der Amtskalkulation übereinstimmenden Angebote der S-Gruppe nur versehentlich abgegeben worden seien, sei unglaubwürdig und eine Schutzbehauptung. Wäre

tatsächlich nur die Amtskalkulation übertragen worden, dann hätten die Gesamtpreise in allen 14 Losen exakt übereinstimmen müssen, was nicht der Fall sei. Im Übrigen erschiene es höchst unglaubwürdig, dass gleich mehrere Unternehmer in bis zu acht von 14 Losen „versehentlich“ ein Angebot legen würden. Dies sei insbesondere vor dem Hintergrund zu sehen, dass im „Ergänzenden Schlussblatt zur Ermittlung des endgültigen Angebotspreises“ nicht nur der Angebotspreis (also die Summe aus den Gesamtpreisen sämtlicher angebotener Lose), sondern auch die Gesamtpreise je Los gesondert anzugeben gewesen seien. Somit sei es bei entsprechender Sorgfalt vollkommen ausgeschlossen, dass Unternehmer „versehentlich“ Angebote in Losen legen, die sie tatsächlich gar nicht anbieten wollten.

Entgegen den Behauptungen der präsumentiven Zuschlagsempfängerin sei es auch unrichtig, dass nach dem objektiven Erklärungswert der Angebote jene Lose, in denen die vorgegebenen Preise ohne Abschlag übertragen worden seien, gar nicht angeboten worden seien. Ein „versehentliches Angebot“ könne es aus vergaberechtlicher Sicht nicht geben. Würde man der Ansicht der präsumentiven Zuschlagsempfängerin folgen und die Existenz „versehentlicher Angebote“ anerkennen, dann hätten es die Bieter in jeder Phase des Vergabeverfahrens in der Hand, ihre – aus welchem Grund auch immer – unliebsam gewordenen Angebote als bloß „versehentlich“ abgegeben zurückzuziehen. Dies würde nicht nur der Bestimmung des § 112 Abs. 2 BVergG widersprechen, wonach die Bieter während der Zuschlagsfrist an ihr Angebot gebunden seien. Unternehmensgruppen hätten es diesfalls auch in der Hand, in ein und demselben Vergabeverfahren erst mehrere unterschiedlich ausgepreiste Angebote zu legen und sich dann – je nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung – auszusuchen, welches dieser Angebote tatsächlich gültig sein soll.

Dies würde jedoch zweifellos dazu führen, dass immer nur jenes Angebot für tatsächlich gültig erklärt werde, mit dem gerade noch eine Beauftragung der Unternehmensgruppe sichergestellt werde, während allfällige günstigere Angebote als versehentlich abgegeben und als daher unbeachtlich angesehen würden. Genau zur Vermeidung einer solchen Vorgehensweise sei jedoch die

Mehrfachbeteiligung von Bietern bzw. von verbundenen Unternehmen im Vergabeverfahren verboten.

Die generelle Anerkennung von versehentlichen Handlungen der Bieter würde im Übrigen dazu führen, dass auch jeder nach den Bestimmungen des BVergG ausdrücklich als unbehebbar bezeichnete Angebotsmangel als Versehen des Bieters entschuldbar wäre. Dieses Ergebnis wäre jedoch vollkommen absurd und würde der Systematik des BVergG zuwiderlaufen. Der Begriff des Versehens sei dem Vergaberecht daher aus gutem Grund völlig fremd.

Auch aus dem Umstand, dass die angeblich nicht angebotenen Lose offenbar nicht in den abgegebenen Präferenzreihungen angeführt seien, sei für die präsumtive Zuschlagsempfängerin nichts zu gewinnen. Schließlich komme die Präferenzreihung nach den Festlegungen in den besonderen Angebotsbestimmungen nur dann zur Anwendung, wenn der Bieter in mehreren Losen als Billigstbieter gereiht sei und den geforderten Mindestumsatz insgesamt nicht erfülle. Gebe jedoch ein Bieter – so wie offensichtlich im gegenständlichen Fall - in einzelnen Losen von vornherein absichtlich völlig aussichtslose Angebote ab, dann würden diese Angebote gar nicht unter den Anwendungsbereich der Präferenzreihung fallen können. Da dies auch den betroffenen Unternehmen habe bewusst sein müssen, könne aus der fehlenden Nennung der betreffenden Lose in der Präferenzreihung keinesfalls darauf geschlossen werden, dass diese Lose überhaupt nicht angeboten werden sollten. Wenn überhaupt, dann sei die fehlende Nennung der betreffenden Lose in der Präferenzreihung lediglich ein Zeichen dafür, dass die Unternehmen ihren Angeboten in den jeweiligen Losen von vornherein keine Chancen auf die Zuschlagserteilung eingeräumt hätten.

Die in den einzelnen Losen jeweils an den letzten Stellen gereihten Angebote seien vergaberechtlich weiters auch deshalb zweifellos in Existenz getreten, weil diese Angebote im Rahmen der öffentlichen Angebotsöffnung verlesen worden seien. Wären die in den einzelnen Losen jeweils an den letzten Stellen gereihten Angebote tatsächlich bloß versehentlich abgegeben worden, dann hätten dies die jeweiligen Unternehmen bei der Angebotsöffnung bemerken und entsprechend rügen müssen. Dass eine solche Rüge erfolgt sei, würden jedoch weder die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst noch die Antragsgegnerin behaupten.

Bei den Ausführungen der präsumtiven Zuschlagempfängerin, wonach die in den einzelnen Losen jeweils an den letzten Stellen gereihten Angebote bloß versehentlich abgegeben worden seien, handle es sich somit ganz offensichtlich um reine Schutzbehauptungen.

Darüber hinaus würden die Behauptungen der präsumtiven Zuschlagempfängerin, wonach diese Lose gar nicht angeboten worden seien, auch in zivilrechtlicher Sicht jeglicher Grundlage entbehren. Nach der Judikatur des VwGH reiche es für eine eindeutige Erklärung des Bindungswillens bereits aus, wenn von den Bietern lediglich ausgefüllte unterfertigte Leistungsverzeichnisse abgegeben würden (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024). Im gegenständlichen Fall hätten offenbar alle vier Unternehmen sogar das rechtsgültig unterfertigte Formblatt SR 75 abgegeben. Durch Abgabe des Formblattes SR 75 hätten diese Unternehmen ihren Bindungswillen eindeutig und zweifellos erklärt. Auch die in den einzelnen Losen jeweils an den letzten Stellen gereihten Angebote seien daher zivilrechtlich sehr wohl verbindlich und somit auch zuschlagsfähig. Eine Irrtumsanfechtung sei mangels Vorliegens der entsprechenden Voraussetzungen ausgeschlossen.

Darüber hinaus würde eine unzulässige Mehrfachbeteiligung der S-Gruppe vorliegen.

Bietern sei es grundsätzlich untersagt, mehr als ein Hauptangebot zu legen. Die gegenständliche Ausschreibung habe nichts Gegenteiliges bzw. nichts davon Abweichendes festgelegt.

Sollte die Argumentation der präsumtiven Zuschlagempfängerin bzw. der Antragsgegnerin zutreffen und sich die Unternehmen der S-Gruppe vergaberechtlich zulässigerweise über Preise und über eine Aufteilung der Lose untereinander absprechen dürfen, so wären sie (die Unternehmen der S-Gruppe) vergaberechtlich vor dem Hintergrund des Mehrfachbeteiligungsverbotens als ein einziger Bieter anzusehen (ein Bieter für sich dürfe sich ja auch Gedanken machen, wo er mit welchem Preis anbiete und wo nicht). Diese Bieter - bzw. Teile davon, nämlich die einzelnen Unternehmen der S-Gruppe - dürften in

diesem Fall allerdings nicht gleichzeitig an einer Ausschreibung (bzw. im selben Los) teilnehmen.

Würde in einem solchen Fall das Mehrfachbeteiligungsverbot nicht gelten, würde dies dazu führen, dass die Unternehmensgruppe intern Preise und Märkte absprechen und aufteilen dürfe und so in den Genuss der „Wohltat“ des konzernverbundenen Unternehmens kommen würde. Gegenüber dem Auftraggeber würde sie allerdings als getrennte Unternehmen auftreten und damit das Mehrfachbeteiligungsverbot umgehen. In diesem Fall könne die Unternehmensgruppe durch geschicktes Anbieten und je nach Ergebnis der Angebotsöffnung ihr niedrigstes Angebot entweder zu Beispiel wegen Unterpreisigkeit ausscheiden lassen oder es als zu wertendes Angebot darstellen.

Gehe man daher - wie dies die präsumtive Zuschlagsempfängerin und die Auftraggeberin argumentieren würden - davon aus, dass die Unternehmen der S-Gruppe als verbundene Unternehmen Preise und Märkte absprechen durften, müsse man allerdings in weiterer Folge zwingend festhalten, dass es sich - vor dem Hintergrund des Mehrfachbeteiligungsverbot - aus vergaberechtlicher Sicht bei der S-Gruppe um einen einzigen Bieter handle, der im gegenständlichen Fall in jedem der 14 Lose nicht nur eines, sondern vielmehr vier Angebote gelegt habe. Damit hätten allerdings die Unternehmen der S-Gruppe gegen das Mehrfachbeteiligungsverbot verstoßen. Auch in diesem Fall wären sämtliche Angebote der Unternehmensgruppe S gemäß § 129 Abs. 1 Ziffer 8 BVergG auszuschneiden gewesen.

Auch eine versehentliche Mehrfachbeteiligung sei vergaberechtlich unzulässig und habe zum zwingenden Ausscheiden sämtlicher beteiligten Angebote zu führen. Die zwingenden Ausscheidensgründe des § 129 Abs. 1 BVergG würden eben keine „innere Tatseite“ kennen. Auch ein „versehentlich“ in Sinne von „nicht vorsätzlich“ gesetzter Ausscheidensgrund habe zum Ausscheiden des jeweiligen Angebotes zu führen.

Zur Stellungnahme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 5.2.2016:

Die präsumentive Zuschlagsempfängerin brachte in ihrem Schriftsatz vom 5.2.2016 im Wesentlichen vor, das Vorbringen der Antragstellerin sei verwirrend und in sich widersprüchlich. Einerseits sollten dem Vorbringen der Antragstellerin zu Folge Absprachen zwischen verbundenen Unternehmen vergaberechtlich unzulässig sein und hätten daher die Unternehmen der S-Gruppe in allen Losen kompetitive Angebote legen müssen. Andererseits wäre es dem Vorbringen der Antragstellerin zu Folge grundsätzlich untersagt, mehr als ein Hauptangebot zu legen, sodass die Unternehmen der S-Gruppe gegen das Mehrfachbeteiligungsverbot verstoßen hätten. Würde die Rechtsansicht der Antragstellerin zutreffen, dann müsste man allen Unternehmen, die nicht singular im Sinne einer einzigen Rechtsperson organisiert, sondern mit anderen Unternehmen verbunden sind, überhaupt davon abraten, sich an öffentlichen Ausschreibungen zu beteiligen.

Tatsächlich seien verbundene Unternehmen nicht nur kartellrechtlich, sondern auch vergaberechtlich nicht verpflichtet, sich zu konkurrenzieren. Aus der einschlägigen Judikatur zur Mehrfachbeteiligung verbundener Unternehmen gehe eindeutig hervor, dass es diesen erlaubt sei, sich auch mehrfach zu beteiligen. Dies ergebe sich im Umkehrschluss aufgrund der Feststellung dieser Judikatur, dass Angebote nicht bloß wegen einer solchen Mehrfachbeteiligung ausgeschlossen oder ausgeschieden werden dürften. Demnach dürften sich verbundene Unternehmen konkurrenzieren (allerdings nur, wenn sie den erheblichen Aufwand auf sich nehmen, in der Organisation ihres Verbundes die vollständige Trennung der Angebotslegung durchzuführen und dies auch nachweisen zu können; eine Forderung der Judikatur, die nicht leicht zu erfüllen sei), sie müssten dies aber nicht. Weder dem BVergG noch der Judikatur sei auch nur im Ansatz Gegenteiliges zu entnehmen. Verbundene Unternehmen seien darüber hinaus auch vergaberechtlich anders zu behandeln als nicht verbundene Unternehmen (es werde etwa auf das „Privileg“ der vollständigen Auftragsweitergabe an „interne“ Subunternehmer gemäß § 83 Abs. 1 BVergG und auf die Tatsache, dass nach der Judikatur eine „interne“ Auftragsweitergabe nach Zuschlag vergaberechtlich unbedenklich sei, verwiesen).

Es sei auch geradezu absurd, anzunehmen, dass Unternehmensverbände, die handelsrechtlich und wettbewerbsrechtlich zugelassen (und nicht zuletzt

steuerrechtlich sogar gefördert) und insbesondere wettbewerbsrechtlich weitgehend als Einheit betrachtet würden, vergaberechtlich dazu verpflichtet seien, eine völlig getrennte Organisation vorzusehen, die sie in die Lage versetzen würden, mehrfach parallel anbieten zu können.

Der Ausscheidenstatbestand gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG umfasse nur für den Auftraggeber nachteilige Abreden. Die gegenständliche Angebotskonstellation habe keinerlei Nachteil für den Auftraggeber gebracht. Die Unternehmen der S-Gruppe würden keiner Verpflichtung unterliegen, mehr (kompetitive) Angebote zu legen, als sie tatsächlich gelegt hätten. Sie seien dazu auch nicht in der Lage gewesen, da für das gegenständliche Vergabeverfahren und in der derzeitigen unternehmerischen Situation die Ressourcen der S-Gruppe entsprechend beschränkt seien. Dass die Angebote so gelegt wären, dass in jedem Los nur ein Unternehmen der S-Gruppe ein kompetitive Angebot gelegt habe, und nicht stattdessen in manchen Losen mehrfache und dafür in manchen Losen überhaupt keine Angebote, sei für beide Seiten von Vorteil. Die S-Gruppe habe ihre vorhandenen Ressourcen dadurch bestmöglich planen und einsetzen können (ohne den hier sinnlosen Versuch zu unternehmen, die Vorgaben der Judikatur für vollständig getrennte mehrfach Angebote verbundener Unternehmen zu erfüllen, um sich in manchen Losen gegenseitig zu konkurrenzieren) und die Auftraggeberin habe dadurch in fast allen Losen aus dieser Gruppe kompetitive Angebote erhalten.

Wenn das Versehen des Einsetzens der Vorgabepreise in jene Lose, die nicht angeboten werden sollten bzw. wurden, nicht passiert wäre - also wenn die S-Gruppe keinen Fehler gemacht hätte -, wäre der Auftraggeberin kein Nachteil erwachsen. Und wenn das Einsetzen der Vorgabepreise Absicht gewesen wäre - was nicht nur nicht der Fall gewesen sei, sondern auch sinnlos gewesen wäre - so sei auch das irrelevant gewesen, da durch diese Angebote ebenfalls keinerlei Nachteil für die Auftraggeberin entstanden sei. Nicht zuletzt hätte die S-Gruppe mehr kompetitive Angebote, als sie tatsächlich abgegeben habe, weder aus rechtlicher Sicht abgeben müssen noch aufgrund ihrer Kapazität abgeben können.

Der Angebotsinhalt sei nach dem objektiven Erklärungswert zu ermitteln. Die Antragstellerin habe damit Recht, dass bloß die Frage, ob ein bestimmter Angebotsinhalte versehentlich oder bewusst eingeflossen sei, noch nicht über die rechtliche Qualifikation entscheide. Dies habe die mitbeteiligte Partei in ihrer Stellungnahme vom 15.1.2016 aber auch nicht behauptet, sondern gerade aus dem objektiven Erklärungswert des Angebotes heraus argumentiert. Die mitbeteiligte Partei habe insbesondere nicht behauptet, dass sie sich aussuchen hätte können, welches Angebot gültig sein sollte.

Dass dieser objektive Erklärungswert durchaus von den Buchstaben des Angebots abweichen könne und auch ein entsprechendes Versehen zu berücksichtigen sei, wenn dieses Versehen aus dem Gesamtzusammenhang des Angebots hervorgehe, habe der VwGH in einem durchaus vergleichbaren Fall bereits bestätigt (VwGH 21.3.2011, 2007/04/0007 betreffend einen Verweis auf die AGB des Bieters auf dessen Briefpapier). Selbstverständlich hätten die Unternehmen der S-Gruppe das Formblatt SR 75 abgegeben. Sie hätten ja auch anbieten wollen, jeweils zumindest in einem Los, und das sei ohne Abgabe dieses Formblattes nicht möglich gewesen; aber das entscheide noch nicht über die Frage, welche Lose tatsächlich nach dem objektiven Erklärungswert des gesamten Angebots angeboten seien.

Dass bei einigen Losen in den nicht kompetitiven Angeboten der S-Gruppe geringfügige Differenzen beim Gesamtpreis angeboten bzw. verlesen worden seien, worauf die Antragstellerin mehrfach hinweise, liege an bloßen Fehlern im Übertrag der Vorgabepreise in des Angebotsformular bzw. in einem Los an einem Lese- oder Protokollierungsfehler bei der Angebotsöffnung (der rechtlich wiederum nur dann ein Problem gewesen wäre, wenn dieses Angebot für den Zuschlag in Betracht kommen würde, was nicht der Fall sei). Die Tatsache, dass in den Losen 1, 5 und 6 jeweils solche Übertragungsfehler einigen der beteiligten Firmen passiert seien, anderen nicht, zeige, dass es sich um individuelle Fehler der jeweiligen Mitarbeiter handle, und nicht um ein geplantes Vergehen. Auch die Tatsache, dass die Firmen der S-Gruppe bei allen nicht kompetitiven Angeboten - auch bei jenen mit diesen Übertragungsfehlern - keine Abschlüsse auf die Vorgabepreise eingesetzt hätten, zeige, dass es sich um bloße Schreib- bzw. Rechenfehler handle.

Im Übrigen sei auch falsch, dass die mitbeteiligte Partei bei der Angebotsöffnung etwas hätte rügen müssen. Außerdem habe es an der Verlesung der Preise grundsätzlich nichts zu rügen gegeben, da die Verlesung auch der nicht kompetitiven Preise wohl vorzunehmen gewesen wäre. Welche Rechtsfolgen aus gewissen Angebotsinhalten erwachsen würden oder wie bestimmte Angebotsinhalte nach ihrem objektiven Erklärungsgehalt auszulegen seien, sei Gegenstand der nachfolgenden Angebotsprüfung - welche die Auftraggeberin gewissenhaft durchgeführt habe - und nicht Gegenstand der Angebotsverlesung.

Es würde keine verbotene Mehrfachbeteiligung vorliegen. Zunächst sei es nicht grundsätzlich untersagt, mehr als ein Hauptangebot zu legen. Die Judikatur sei ausdrücklich gegenteiliger Meinung (z.B. BVA 05/03/2012, N/0011-BVA/04/2012-15). Selbst wenn dies verboten wäre, so würde das wiederum nur dann zum Ausscheiden führen können, wenn dadurch der Auftraggeberin ein Nachteil erwachsen könne, was nicht der Fall gewesen sei.

Zur Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 5.2.2016:

Die Antragsgegnerin legte in ihrer Stellungnahme vom 5.2.2016 insbesondere dar, die Antragstellerin würde in ihrer Betrachtung von den Teilangebotssummen gemäß der Niederschrift zur Angebotsöffnung ausgehen, dabei jedoch verkennen, dass hinsichtlich der Erstellung von Angeboten sowie der Angebotsprüfung, im speziellen zu Rechenfehlern, die „Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen - WD 307“ anzuwenden seien. Nach nochmaliger Gegenüberstellung der in der Niederschrift zur Angebotsöffnung angeführten Teilangebotssummen mit den jeweiligen Schlussblättern seien auch offensichtliche Eintragungsfehler (trotz richtig verlesene Teilangebotssummen) in der Niederschrift zur Angebotsöffnung richtig gestellt worden.

Weiters dürfe auf die bereits erfolgte Stellungnahme der Antragsgegnerin hingewiesen werden, wonach die Firmengruppe S mit jeweils dem Unternehmer der Firmengruppe angeboten habe, dessen Sitz in nächster räumlicher Nähe zum jeweiligen Los liege, und es würde sich der Benefit der räumlichen Nähe offensichtlich im Angebotspreis wiederfinden.

Die Behauptung der Antragstellerin, dass seitens der Antragsgegnerin eine Gebietsaufteilung festgestellt worden sei, werde entschieden zurückgewiesen.

Im Los 9 habe offenbar die He. die räumliche Nähe des Firmensitzes zum angebotenen Los in ihrer Kalkulation berücksichtigt. Die Unternehmen der Firmengruppe S hätten hier eben kein kompetitives Angebot gelegt. Die Kalkulationsfreiheit, für welches Los ein Angebot abgegeben werde oder eben nicht, obliege dem jeweiligen Bieter.

Wie aus dem Sachverhalt ersichtlich wäre, sei die Behauptung der Antragstellerin hinsichtlich einer unzulässigen Gebietsaufteilung zwischen den Unternehmen der S-Gruppe sowie He. unzutreffend, somit liege der behauptete Ausscheidenstatbestand nicht vor.

Betreffend die Präferenzreihung werde auf die Festlegung im Beiblatt „Präferenzreihung“ verwiesen. Demnach seien nur jene Lose in die Angebotsprüfung einzubeziehen, für die auch die dazugehörige Präferenzreihung des angebotenen Loses ausgefüllt worden sei. Somit müsse den Ausführungen der Antragstellerin widersprochen werden, dass die Präferenzreihung nur dann zur Anwendung komme, wenn der Bieter in mehreren Losen als Bestbieter gereiht sei und den angeforderten Mindestumsatz gesamt gesehen nicht erfülle. Ganz im Gegenteil seien die Angaben im Beiblatt „Präferenzreihung“ für das angebotene Los in jedem Fall auszufüllen (Ausnahme, es sei nur ein Los angeboten worden). Sei dies jedoch, wie im gegenständlichen Fall anwendbar, nicht der Fall, würde das Angebot für dieses Los unberücksichtigt bleiben.

Wie bereits im Schriftsatz vom 15.1.2016 ausgeführt worden sei, sei eine entsprechende Aufklärung gemäß § 127 BVergG erfolgt, warum die Teilangebote dieser Unternehmen teilweise in mehreren Losen den gleichen Preis aufgewiesen hätten.

Entgegen der Behauptung der Antragstellerin seien wohl an letzter Stelle gelegene Angebote nicht zuschlagsfähig.

Die Behauptung der Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin argumentiert habe, dass die Unternehmen der S-Gruppe als verbundene Unternehmen Preise und Märkte absprechen dürften bzw. Losaufteilungen erfolgt wären, müsse entschieden zurückgewiesen werden. Es werde diesbezüglich auf die bisherigen Schriftsätze der Antragsgegnerin verwiesen, wo dies keinesfalls behauptet worden sei.

Es hätten zahlreiche andere Unternehmen in diversen, somit nicht in allen, Losen Teilangebote abgegeben. Somit sei aus Sicht der Antragsgegnerin der Wettbewerb nicht eingeschränkt worden. Es würde für die Antragsgegnerin jedenfalls ein wirtschaftlich günstiges Angebot vorliegen.

Zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 15.2.2016:

Die Antragstellerin brachte in ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 15.2.2016 im Wesentlichen Folgendes vor:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin behaupte in ihrer Stellungnahme vom 5.2.2016, dass die gegenständliche Angebotskonstellation keinerlei Nachteil für den Auftraggeber gebracht habe und daher der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs. 1 Ziffer 8 BVergG nicht vorliegen könne. Bei dieser Argumentation verkenne die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch, dass ein tatsächlich eingetretener Nachteil für die Auftraggeberin nicht Voraussetzung für das Vorliegen des Ausscheidenstatbestands des § 129 Abs. 1 Ziffer 8 BVergG sei. Nach der Judikatur würde es vielmehr bereits genügen, wenn das Wettbewerbsergebnis aufgrund der Absprache möglicherweise ungünstiger ausfallen hätte können als ohne Absprache.

Die Auftraggeberin versuche in ihrer Stellungnahme vom 5.2.2016, die auffällige Preisgestaltung der Unternehmen der S-Gruppe damit zu begründen, dass die S-Gruppe mit jeweils dem Unternehmen der Firmengruppe angeboten habe, das in nächster räumlicher Nähe zum jeweiligen Los liege und es würde sich der Benefit der räumlichen Nähe im Angebotspreis offensichtlich wiederfinden. Diese Argumentation würde einem Vergleich der Gebiete, welche die angebotenen Lose jeweils betreffen, mit den Firmensitzen der Unternehmen der S-Gruppe nicht

standhalten. Tatsächlich würden sich die angebotenen Lose zum Teil gerade nicht in räumlicher Nähe zum jeweiligen Firmensitz des anbietenden Unternehmens der S-Gruppe befinden. Die Antragstellerin führte dazu einige Beispiele aus. Entgegen den Behauptungen der Auftraggeberin sei die auffällige Preisgestaltung der Unternehmen der S-Gruppe somit keinesfalls mit einer räumlichen Nähe zwischen den Firmensitzen dieser Unternehmen und den einzelnen Losen sowie einem daraus resultierenden Benefit zu erklären. Vielmehr würde die Verteilung der Bezirke auf die einzelnen Unternehmen der S-Gruppe dafür sprechen, dass zwischen diesen Unternehmen sehr wohl unzulässige Preisabsprachen stattgefunden hätten.

Die offenkundige Fehlannahme der Auftraggeberin, wonach sich die Preisgestaltung auf die räumliche Nähe zurückführen lasse, würde darauf hindeuten, dass die Auftraggeberin offenbar ihre Angebotsprüfung noch nicht abgeschlossen habe. Ein kurzer Blick in eine Übersichtskarte der Stadt Wien unter Berücksichtigung der Firmensitze der Bieter hätte ausgereicht, um zu bemerken, dass die Preis- und Angebotsstruktur nicht auf die räumliche Nähe der jeweiligen Bieter zu den einzelnen Losen zurückzuführen sei.

Im Übrigen würden die Darlegungen der Auftraggeberin, dass sich die auffällige Preisgestaltung der Unternehmen der S-Gruppe durch die jeweilige räumliche Nähe der Lose zu den Firmensitzen der Unternehmen erkläre, der Behauptung der Auftraggeberin widersprechen, dass diese keine Gebietsaufteilung zwischen diesen Unternehmen festgestellt habe.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin behaupte in ihrer Stellungnahme vom 5.2.2016, dass die Unternehmen der S-Gruppe auch nach dem objektiven Erklärungswert der Angebote jeweils nur in bestimmten Losen tatsächlich ein Angebot abgeben hätten wollen und die Angebotslegung in den übrigen Losen lediglich versehentlich erfolgt sei. Wie bereits im bisherigen Vorbringen der Antragstellerin dargestellt worden sei, kenne das Vergaberecht keine versehentliche Angebotslegung. Darüber hinaus sei diese Behauptung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bereits deshalb nicht überzeugend, weil im „Ergänzenden Schlussblatt zur Ermittlung des endgültigen Angebotspreises“ nicht

nur der Angebotspreis, sondern auch die Gesamtpreise je Los gesondert anzugeben gewesen seien.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst habe in diesem Zusammenhang bereits in ihrer Stellungnahme vom 15.1.2016 ausgeführt, dass jeweils nicht nur die beabsichtigten Lose mit den entsprechend vorgegebenen Preisen befüllt worden seien, sondern versehentlich auch alle anderen Lose, die nicht angeboten hätten werden sollen. In ihrer nunmehrigen Stellungnahme vom 5.2.2016 wiederum weise die präsumtive Zuschlagsempfängerin darauf hin, dass die geringfügigen Differenzen in den Angebotspreisen der in den einzelnen Losen jeweils an den letzten Stellen liegenden Unternehmen der S-Gruppe aus bloßen Fehlern im Übertrag der Vergabepreise in des Angebotsformular resultieren würden. Somit habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst bereits zugestanden, dass die Unternehmen der S-Gruppe im ergänzenden Schlussblatt jeweils bei sämtlichen Losen einen Gesamtpreis eingefüllt hätten.

Auch aus dem Vorbringen der Auftraggeberin ergebe sich, dass die Unternehmen der S-Gruppe im ergänzenden Schlussblatt tatsächlich in sämtlichen Losen einen Gesamtpreis eingefüllt hätten. Andernfalls hätte es schließlich keine zu berichtigenden Rechenfehler geben können. Bereits der Umstand, dass die Unternehmen der S-Gruppe in sämtlichen Losen einen Gesamtpreis eingefüllt hätten, spreche jedoch eindeutig dafür, dass diese Unternehmen - entgegen den nunmehrigen Behauptungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin - auch jeweils tatsächlich und mit voller Absicht in sämtlichen 14 Losen ein Angebot abgegeben hätten.

Wie sich aus der Beilage zur Niederschrift über die Angebotsöffnung ganz eindeutig ergeben würde, seien darüber hinaus die von den Unternehmen der S-Gruppe in den einzelnen Losen eingefügten Angebotspreise im Rahmen der öffentlichen Angebotsöffnung auch verlesen worden. In dieser Beilage seien für jedes der Unternehmen zunächst in 14 Spalten die Gesamtangebotspreise der einzelnen Lose angeführt, während in der ausdrücklich mit „Gesamtangebotspreis aller angebotenen Gebietsteile“ überschriebenen letzten Spalte die Summe aus den Gesamtangebotspreisen der 14 einzelnen Lose angeführt seien. Hätten die in den einzelnen Losen jeweils an den letzten Stellen

gereihten Unternehmen der S-Gruppe in den jeweiligen Losen - wie nunmehr von der präsumentiven Zuschlagempfängerin behauptet werde - tatsächlich kein Angebot abgeben wollen, dann hätten diese Unternehmen die irrtümlichen Angaben im ergänzenden Schlussblatt spätestens bei der Angebotsöffnung und der Verlesung bemerken und entsprechend rügen müssen.

Entgegen der nunmehr offenbar von der präsumentiven Zuschlagempfängerin vertretenen Ansicht hätte es sich auch nicht um eine Verlesung bloß nicht kompetitiven Preise, sondern um die Verlesung eines tatsächlich nicht abgegebenen Angebotes gehandelt. Die Verlesung der entsprechenden Preise wäre daher von den Unternehmen der S-Gruppe sehr wohl zu rügen gewesen. Eine solche Rüge werde jedoch weder von der präsumentiven Zuschlagempfängerin selbst noch von der Auftraggeberin behauptet und sei auch nicht im Angebotsöffnungsprotokoll festgehalten worden.

Die präsumentive Zuschlagempfängerin sowie die übrigen Unternehmen der S-Gruppe hätten somit einerseits im ergänzenden Schlussblatt bei sämtlichen Losen einen Gesamtpreis eingefüllt und andererseits die Verlesung dieser Gesamtpreise sowie insbesondere die Verlesung des ausdrücklich als Gesamtangebotspreis aller angebotenen Gebietsteile bezeichneten Betrages im Rahmen der öffentlichen Angebotsöffnung nicht gerügt. Diese Umstände seien bei der Ermittlung des subjektiven Erklärungswertes jedenfalls zu berücksichtigen.

Die Behauptung, wonach die Angebote versehentlich abgegeben worden seien, stelle sich als reine Schutzbehauptung dar. Im Übrigen wäre selbst die Tatsache, dass die Angebote - wie von der präsumentiven Zuschlagempfängerin behauptet - versehentlich abgegeben worden wären, vergaberechtlich irrelevant gewesen.

Wie von der Antragstellerin bereits ausgeführt worden sei, sei aufgrund der Behauptungen der präsumentiven Zuschlagempfängerin, wonach die Unternehmen der S-Gruppe als verbundene Unternehmen Preise und Märkte absprechen durften, davon auszugehen, dass es sich bei den Unternehmen der S-Gruppe aus vergaberechtlicher Sicht um einen einzigen Bieter handeln würde. Im Zusammenhang mit den vorangegangenen Ausführungen, dass jedes der vier

Unternehmen der S-Gruppe nach dem objektiven Erklärungswert jeweils in sämtlichen 14 Losen Angebote gelegt habe, bedeutet dies, dass der Bieter „S-Gruppe“ in jedem der Lose nicht nur ein, sondern vielmehr jeweils vier Hauptangebote gelegt habe.

Entgegen den Behauptungen der präsuntiven Zuschlagempfängerin sei es Bietern jedoch sehr wohl grundsätzlich untersagt, mehr als ein Hauptangebot zu legen. Die von der präsuntiven Zuschlagempfängerin als Argument für ihren gegenteiligen Standpunkt zitierte Entscheidung (BVA 5.3.2012, N/0011-BVA/04/2012-15) sei bereits deshalb nicht einschlägig, weil dem Sachverhalt dieser Entscheidung keine zwei Hauptangebote zu Grunde gelegen sein. Auch aus dem in dieser Entscheidung zitierten Beschluss des VwGH vom 28.9.2011 (VwGH 28.9.2011, 2007/04/0130, 0150) sei für den Standpunkt der präsuntiven Zuschlagempfängerin nichts zu gewinnen, da der VwGH in diesem Beschluss lediglich die Behandlung der Beschwerde abgelehnt, nicht jedoch auch inhaltlich über die Zulässigkeit der Legung zweier Hauptangebote abgesprochen habe.

Hingegen habe sich der VwGH in seinem Erkenntnis vom 18.6.2012 (VwGH 18.6.2012, 2010/04/0011) auch inhaltlich zur Frage der Zulässigkeit von Mehrfachangeboten geäußert und dabei ganz klar ausgesprochen, dass die Legung zweier der Ausschreibung entsprechende Angebote, die sich nur im Preis unterscheiden (zwei Angebote im Sinne des § 2 Z 3 BVergG) nicht zulässig sei.

Für die Beurteilung der Frage, ob die Legung mehrerer Hauptangebote durch ein und denselben Bieter zulässig sei, komme es somit nach der Judikatur des VwGH darauf an, ob die beiden Hauptangebote des Bieters einen bewertungsrelevanten Unterschied in der angebotenen Leistung oder nur im Angebotspreis aufweisen würden.

Im gegenständlichen Fall würden sich die vier Angebote des Bieters der S-Gruppe pro Los bereits nach der Systematik der Ausschreibung (Billigstbieterprinzip) bewertungsrelevant nur im Preis unterscheiden können. Somit liege jedoch im Sinne der zitierten Judikatur des VwGH eine unzulässige Legung mehrerer Hauptangebote des Bieters S-Gruppe vor.

Entgegen der Ansicht der präsumentiven Zuschlagsempfängerin seien Mehrfachbeteiligungen bzw. die Legung mehrerer Hauptangebote auch keinesfalls nur dann unzulässig, wenn diese zu einem Nachteil für den Auftraggeber führen würden. Dies ergebe sich ganz eindeutig aus der bereits zitierten Judikatur des VwGH zu unzulässigen Mehrfachangeboten.

Sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich für zulässig erklärt, seien Mehrfachangebote daher jedenfalls unzulässig, unabhängig davon, ob sie für den Auftraggeber nachteilig waren oder nicht. Die Ausschreibungsunterlagen des gegenständlichen Verfahrens würden gerade keine Zulässigkeit von Mehrfachangeboten vorsehen. Vielmehr sei in diesen Ausschreibungsunterlagen (WD 307, Besondere Angebotsbestimmungen Hochbau) jeweils nur vom Angebot (Singular!) des Bieters die Rede. Laut SR 75 seien im Übrigen weder Abänderungs- noch Alternativangebote zugelassen gewesen. Somit dürfe aber nach den Ausschreibungsunterlagen auch jeder Bieter nur ein Hauptangebot je Los abgeben.

Die Legung mehrerer Angebote durch denselben Bieter widerspreche somit den Ausschreibungsbedingungen, weshalb sämtliche Angebote der Unternehmen der S-Gruppe auch als den Ausschreibungsunterlagen widersprechende Angebote gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuscheiden seien. Dieser Ausscheidenstatbestand sei bereits nach dem Wortlaut des Gesetzes auch dann erfüllt, wenn sich daraus keine (nicht einmal potentielle) Nachteiligkeit für den Auftraggeber ergebe.

Im Übrigen sei für die Unternehmen der S-Gruppe auch dann nichts gewonnen, wenn es sich bei diesen vier Unternehmern aus vergaberechtlicher Sicht nicht um einen einzigen Bieter handeln würde. Wie die präsumentive Zuschlagsempfängerin in ihrer Stellungnahme vom 15.1.2016 bereits selbst ausgeführt habe, seien Mehrfachangebote verbundener Unternehmen nach der Judikatur nur unter entsprechenden strengen Voraussetzungen zulässig, und gebe sie sowohl in ihrer Stellungnahme vom 15.1.2016 als auch in ihrer Stellungnahme vom 5.2.2016 ausdrücklich zu, dass die Unternehmen der S-Gruppe im gegenständlichen Fall gar nicht erst den Versuch unternommen hätten, die Vorgaben der Judikatur für vollständig getrennte Mehrfachangebote verbundener Unternehmen zu erfüllen.

Selbst wenn die vier Unternehmen der S-Gruppe aus vergaberechtlicher Sicht nicht als ein einziger Bieter anzusehen wären, würde somit eine unzulässige Mehrfachbeteiligung dieser vier Unternehmen vorliegen. Die Angebote der Unternehmen der S-Gruppe seien daher auch in diesem Fall auszuschneiden.

Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 1.3.2016:

Die Antragsgegnerin brachte mit Schriftsatz vom 1.3.2016 im Wesentlichen Folgendes vor:

Entgegen den Behauptungen der Antragstellerin werde festgehalten, dass die Antragsgegnerin zu keinem Zeitpunkt versucht habe, auffällige Preisgestaltungen in den Teilangeboten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu begründen.

Entgegen der Behauptung der Antragstellerin würde die Antragsgegnerin bei der Feststellung „nächste räumliche Nähe“ nicht vom Firmensitz alleine ausgehen, sondern es seien alle bereits bekannten Zweigniederlassungen, Bauhöfe und Lagerplätze mitgedacht worden und würde sich der Benefit der räumlichen Nähe im Angebotspreis offensichtlich wieder finden.

Die Kenntnis über die diversen Zweigniederlassungen, Bauhöfe und Lagerplätze besitze die Antragsgegnerin schon seit Jahren, da der präsumtive Zuschlagsempfänger über Jahre hinweg als Auftragnehmer auftrete und bei diversen Aufklärungen auch diese Standorte bekannt gegeben habe. Auch seien diese im ANKÖ aufgelistet gewesen.

Es werde die Behauptung der Antragstellerin nochmals ausdrücklich und entschieden zurückgewiesen, dass seitens der Antragsgegnerin eine Gebietsaufteilung festgestellt worden sei.

Im Übrigen werde auf die Prüfung der Angebote Bestbieterin vom 5.10.2015, 26.11.2015 und 14.12.2015 aus dem Vergabeakt verwiesen. Diese Ausführungen über schriftliche und mündliche Aufklärungen seien jedoch von der Akteneinsicht auszunehmen.

Zur mündlichen Verhandlung:

Es wurde am 3.3.2016 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Diese hatte im Wesentlichen folgenden Verlauf und Inhalt:

„Dargelegt wird, dass gestern ein Schriftsatz der AG eingelangt ist, der den anderen Verfahrensparteien nicht mehr übermittelt werden konnte. Auf diesen Schriftsatz wird im Verlauf der Verhandlung im thematischen Zusammenhang noch einzugehen sein.

Auf die Frage aus dem Senat, ob und gegebenenfalls in wieweit die AG die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerinnen auf eine Absprache mit dem Unternehmen He. geprüft habe, legt die AG dar, dass im Sinne des Bundesvergabegesetz und darüber hinaus geprüft worden sei und eine Absprache mit He. nicht erkannt worden sei.

Der AG wird aus dem Senat das schriftliche Aufklärungsersuchen der He. vom 13.5.2015 und die schriftliche Antwort von He. vom 28.5.2015 vorgehalten und gefragt, ob die AG darüber hinausgehend zum Thema der möglichen Absprache noch weitere Aktenteile anführen kann, wo dieses Thema eventuell behandelt wird.

Die AG verweist zunächst auf die Niederschrift zur kommissionellen Aufklärung vom 13.10.2015. Diese wird vom Senat durchgesehen. Das Thema einer möglichen Mitabsprache (= Absprache mit He.) scheint darin nicht auf.

Die AG führt dazu ergänzend aus, dass in der kommissionellen Niederschrift nur hinsichtlich des Angebotes Los 9 geprüft worden sei, nicht jedoch hinsichtlich der anderen Gebietsteile, die vom Unternehmen He. ebenfalls angeboten worden sei.

Der ASTV bemerkt dazu, dass seiner Ansicht nach gerade auch bei Los 9 auf den Verdacht einer möglichen Absprache hin hätte geprüft werden müssen, zumal sich eine etwaige Absprache gerade bei Los 9 für den Bieter vorteilhaft ausgewirkt hätte. Der Konnex zu den Anträgen sei dadurch gegeben, dass die Absprache gegebenenfalls alle Beteiligten Unternehmer mit ihren angebotenen Losen betreffen würde und die Absprache insoweit bei allen betroffenen Losen zu prüfen gewesen wäre.

Insbesondere hätten aus Sicht des ASTV auch die präsumtiven Zuschlagsempfängerinnen in den angefochtenen Losen mit dem Vorwurf einer möglichen Absprache mit He. konfrontiert werden müssen, und nicht lediglich He..

Die AG hält dem entgegen, dass eine Prüfung auf eine mögliche Absprache hin nur erforderlich gewesen wäre, wenn es Anzeichen für das Vorliegen einer solchen Absprache gegeben hätte. Gegenständlich hätte es keine Verdachtsmomente für das Vorliegen einer solchen Absprache mit He. gegeben. Daher seien auch keine entsprechenden Prüfschritte in diese Richtung erfolgt und können folglich auch keine derartigen Prüfschritte im Vergabeakt dokumentiert sein.

Der ASTV bringt dazu vor, aus seiner Sicht würden klare Anzeichen für das Vorliegen einer Absprache gegeben sein. Aus diesem Grund hätte auf eine Absprache hin geprüft werden müssen. Diese Anzeichen würden darin bestehen, dass einerseits He. genau das eine Los gewonnen habe, welches kein Unternehmen der „S. Gruppe“ mit einem kompetitiven Preis angeboten habe, und zum Anderen darin, dass das Vorgehen des Unternehmers He. genau das gleiche Muster aufweisen würde, welches auch die Vorgehensweisen der vier Unternehmer der „S. Gruppe“ aufweisen würden. Dies sei so unwahrscheinlich, dass es auf eine Absprache hindeuten würde. Die vier Unternehmer der „S. Gruppe“ hätten in ihren Schriftsätzen ausdrücklich eingeräumt, dass sie ihr Verhalten auf einander abgestimmt hätten, und zwar mit dem Argument, dass sie dies aufgrund ihrer Eigenschaft als verbundenes Unternehmen auch dürften. Dass das fünfte Unternehmen, He. genau die gleiche Verhaltensweise ohne Absprache setzen würde, sei umso unwahrscheinlicher.

Die AG führt dazu zunächst aus, ihrer Ansicht nach könne aus Losen, welche nicht angeboten werden sollen und daher in der Präferenzreihung nicht angeführt worden seien, nicht auf das Vorliegen einer Absprache geschlossen werden. Es sei vielmehr so gewesen, dass offenbar einzelne Bieter Schwierigkeiten beim Ausfüllen der Schlussblätter gehabt haben und aus diesem Grund bei Losen, die nicht angeboten werden sollten, die Preise der Amtskalkulation eingesetzt hätten. Es sei dies keine Übereinstimmung, die auf eine Absprache schließen lasse.

Die Tatsache, dass im Los 9 das Unternehmen He. ein kompetitives Angebot gelegt habe, die Gruppe S. in diesem Los als einziges Los jedoch kein kompetitives Angebot gelegt habe, sei ebenfalls keine Übereinstimmung, aus der auf eine mögliche Absprache geschlossen werden müsse. Es entziehe sich der Beurteilung durch den AG, warum ein Bieter bzw. eine Unternehmensgruppe für ein einzelnes Los kein Angebot legen würde.

Der TNBV bringt für die TNB der vier verbundenen Verfahren vor, dass aus seiner Sicht kein Anzeichen für das mögliche Vorliegen einer Absprache gegeben sei. Aus seiner Sicht hätte daher die AG keine Prüfpflicht in Richtung einer möglichen Absprache getroffen.

Der ASTV führt zum Ausscheidensgrund der nicht vollständigen Ausfüllung der Präferenzreihung folgendes aus:

Sollten die laut Vorbringen irrtümlich abgegebenen Angebote in der Präferenzreihung nicht angegeben worden sein, so würde eine solche Vorgangsweise ein losweises Ausscheiden nur jener Angebote, für die keine Präferenzreihung angegeben worden sei, seiner Ansicht nach nicht abdecken. Für den Fall des nur teilweisen Ausfüllens der Präferenzreihung seien seiner Ansicht nach vielmehr sämtliche Lose auszuschneiden, oder aber gar keine Lose. Es seien daher untrennbar auch die Lose mitbetroffen, für die eine Präferenzreihung angegeben worden sei. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut der Ausscheidenregelung im Formblatt für die Präferenzreihung.

Die AG hält dem entgegen, dass die Auslegung des ASTV mit der Zulässigkeit von Teilangeboten in Widerspruch stünde. Es seien nur die entsprechenden Teilangebote auszuschneiden.

Der TNBV weist darauf hin, dass es seiner Ansicht nach für die Rechtmäßigkeit einer Zuschlagsentscheidung vollkommen irrelevant sei, ob dahinter liegende Angebote ausgeschieden oder nicht ausgeschieden wurden.

Der ASTV bringt vor, dass es seiner Erfahrung nach vollkommen unwahrscheinlich sei, dass verschiedenen Bietern unabhängig voneinander (ohne Absprache) genau diese Art von Fehler unterlaufen würde. Ein derartiger Fehler beim Ausfüllen der Schlussblätter würde seiner Erfahrung nach in der Praxis in aller Regel nicht vorkommen. Außerdem würde es sich bei den beteiligten Unternehmern um in der Teilnahme im Vergabeverfahren erfahrene Bieter handeln, was das Auftreten eines derartigen Fehlers umso unwahrscheinlicher machen würde.

Der TNBV hält dem entgegen, dass das Befüllen der Schlussblätter gerade nicht so klar und eindeutig sei, und viele (korrekt: Fehler) dieser oder anderer Art durchaus immer wieder unterlaufen würden. Ein empirischer Beweis würde ergeben, dass derartige und andere Fehler durchaus immer wieder unterlaufen würden.

Die AG führt aus, dass beim Ausfüllen von Angeboten für Rahmenverträge immer wieder unterschiedliche Fehler unterlaufen würden, und zwar insbesondere auch erfahrenen Bietern. Das Auftreten der in Rede stehenden Fehler sei daher nicht ungewöhnlich. Zur Frage, warum He. das Los 9 angeboten habe, verweist die AG auf die diesbezüglichen Ausführungen des Unternehmers He. in dessen Aufklärungsschreiben vom 29.5.2015.

Der TNBV führt auf Frage aus dem Senat aus, dass die S. Gruppe aufgrund von Ressourcen und Auslastung immer wieder nicht in allen Losen ein Angebot lege. Dies sei auch im Anlassfall so gewesen. Man habe sich im Detail überlegt, welche Lose man aufgrund der Verteilung von Ressourcen und Auslastung anbieten wolle. Die genauen wirtschaftlichen Gründe, warum Los 9 nicht angeboten worden sei, könnten erforderlichenfalls dem Senat dargelegt werden. Es wären dabei jedoch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse betroffen, zumal es dabei um wirtschaftliche Unternehmensinterna ginge. Auf gleicher Weise gebe es auch detaillierte wirtschaftliche Überlegungen, warum bei den verbliebenden 13 Losen jeweils welches Unternehmen der S. Gruppe welches Los angeboten habe.

Der ASTV hält zunächst fest, dass sein Vorbringen nicht dahingehend gemeint gewesen sei, dass auch für nicht angebotene Lose eine Präferenzreihung angegeben werden müsse. Für die Rechtskonformität der Zuschlagsentscheidung sei es sehr wohl wichtig zu wissen, ob die dahinterliegenden Angebote existent sind oder nicht, und zwar aufgrund des Verbotes der mehrfachen Angebotslegung pro Los. Die Schlussblätter seien eine leere und händisch zu befüllende Tabelle, weshalb ein irrtümliches Befüllen auszuschließen sei.

Der ASTV legt dar, dass ich das von der S. Gruppe nicht angebotene Los 9 auf die Bezirke ... beziehen würde, welche zu den Firmensitzen der S. Gruppe wesentlich näher liegen würden als andere Lose, welche diese Gruppe angeboten habe.

Der TNBV hält dem entgegen, dass die Entscheidung, welche Lose angeboten werden sollten, wirtschaftlich wesentlich komplexer gewesen sei als lediglich die Nähe zum Firmensitz. Es seien

insbesondere auch die örtliche Lagerung der Ressourcen, die Nähe von Bauhöfen, bestehende Lieferantenbeziehungen und Ähnliches entscheidungsrelevant gewesen.

Verlesen wird die Ausführung der AG in ihrem Schriftsatz vom 1.3.2016 zu 2.2. und 2.3. (2 Absätze).

Die Verhandlung wird um 10.32 Uhr unterbrochen. Die Verfahrensparteien verlassen den Verhandlungssaal. Die Verhandlung wird um 10.50 Uhr fortgesetzt.

Die AG teilt auf Frage aus dem Senat mit, dass keine Bedenken dagegen bestehen, ihren Schriftsatz vom 1.3.2016 in Ablichtung an den ASTV und den TNBV weiterzugeben. Der zit. Schriftsatz wird dem ASTV und dem TNBV ausgefolgt.

Aus dem Senat werden der ASTV, die AG und der TNBV um jeweils ein kurzes Vorbringen ersucht, welche weiteren Prüfschritte im Hinblick auf den vorgebrachten Verdacht der Bieterabsprache nach Ansicht des ASTV zu setzen gewesen bzw. nach Ansicht der anderen Parteien gegebenenfalls gerade nicht zu setzen gewesen wären.

Der ASTV bringt dazu Folgendes vor:

Die AG hätte sich einerseits mit dem exakten Einpassen der He. in das Angebotsschema der „S. Gruppe“ auseinandersetzen müssen. In diesem Zusammenhang wäre insbesondere zu prüfen gewesen, warum He. ausschließlich in Los 9 ein kompetitives Angebot gelegt hat und in allen anderen angebotenen Losen ein Angebot gelegt hat, welches gleichpreisig oder (bis auf einen kleinen Centunterschied) beinahe gleichpreisig ist. Parallel dazu hätte hinsichtlich der „S. Gruppe“ und deren Angebote geprüft werden müssen, warum diese in ausschließlich Los 9 keine kompetitiven Angebote gelegt haben, während in sämtlichen anderen Losen seitens der S. Gruppe jeweils ein teilnehmendes Unternehmen ein kompetitives Angebot gelegt hat, während alle anderen Unternehmen ein Angebot am Ende der Bieterreihung gelegt haben. Darüber hinaus hätte die Gleichpreisigkeit der Angebote der S. Gruppe sowie der He. in jedem einzelnen Los, in der eine derartige Gleichpreisigkeit auftritt, geprüft werden müssen. Dies hätte insbesondere auch auf Ebene der angebotenen Einheitspreise geschehen müssen. Vor dem Hintergrund dieser Verdachtsmomente hätte danach die AG die entsprechenden vergaberechtlichen Schritte setzen müssen. Insbesondere hätte dies im Ausscheiden sämtlicher Angebote sämtlicher beteiligter Unternehmer resultieren müssen. Auch hätte die AG die Tatsache würdigen müssen und entsprechende Prüfschritte zu setzen gehabt, wonach zwischen He. und der S. Gruppe deren Angebote betreffend dasselbe Schema vorzufinden ist, wie zwischen den Angeboten der S. Gruppe. Gerade dieses Schema wurde ja von den Unternehmen der S. Gruppe mit einer (konzerninternen) Absprache begründet. Dieses Konzernprivileg gilt allerdings nicht zwischen He. und der S. Gruppe. Auch diesen Umstand hätte die AG zu prüfen und zu würdigen gehabt. Weitere Prüfschritte könnten sich unter Umständen aus dem Vergabeakt ergeben. Gegebenenfalls hätten nach Ansicht des ASTV die Angaben der befragten Unternehmer auch mit forensischen Mitteln nachgeprüft werden müssen.

Der TNBV bringt dazu vor, dass aus seiner Sicht die AG ihrer Prüfpflicht ausreichend nachgekommen sei.

Die AG verweist auf die im Akt dokumentierte Angebotsprüfung und bringt dazu vor, dass diese aus ihrer Sicht ausreichend sei.

Auf Frage aus dem Senat, ob zu dem in der Zwischenzeit vom TNBV und vom ASTV durchgelesenen Schriftsatz der AG vom 1.3.2016 noch ein Vorbringen zu erstatten ist, bringt der TNBV vor, dass er zu diesem Schriftsatz nichts zusätzlich vorbringe.

Der ASTV verweist darauf, dass die in diesem Schriftsatz im 4. Absatz angeführte Kenntnis der AG über Zweigniederlassungen, Bauhöfe und Lagerplätze sowie räumliche Synergie im Vergabeakt entsprechend dokumentiert zu sein hätte.

Der TNBV bringt zur Frage der Zulässigkeit von Absprachen innerhalb von konzernverbundenen Unternehmen rechtlich Folgendes vor:

Dass sich verbundene Unternehmen bewusst abgestimmt verhalten, ist in sämtlichen mittleren und größeren Firmengruppen der Bauwirtschaft nicht nur üblich und völlig offen und transparent, wie auch im Falle der S. Gruppe durch die gemeinsame Anführung auf der Website, sondern diese Vorgangsweise wird auch regelmäßig in Zusammenschlussverfahren von den Wettbewerbsbehörden geprüft und wurde in dieser Hinsicht noch nie beanstandet.

Der ASTV verweist dazu auf sein bisheriges Vorbringen in den Schriftsätzen.

Die AG weist daraufhin, dass die räumliche Nähe von der TNB sehr wohl mit Mail vom 28.9.2015 erklärt worden sei und eine entsprechende Prüfung durch die AG im Vergabeakt dokumentiert sei.“

Ergänzende Sachverhaltsfeststellungen:

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 34, schrieb in einem offenen Verfahren einen Bauauftrag im Oberschwellerbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen für Baumeisterarbeiten in diversen Gebäuden im gesamten Stadtgebiet von Wien aus. Die Ausschreibung war in 14 Gebietsteile (Lose) gegliedert. Teilangebote waren losweise zugelassen. Zuschlagskriterium war der günstigste Preis. Die Laufzeit der zu vergebenden Rahmenverträge betrug drei Jahre. Die Ausschreibung erfolgte im Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahren, wobei eine Amtskalkulation vorgegeben und jeweils für Einzelauftragssummen bis Euro 5.000,00 und für Einzelauftragssummen über Euro 5.000,00 die Möglichkeit eines Preisaufschlages/Preisnachlasses vorgesehen war.

Weiters war vorgesehen, dass Bieter, die in mehr als einem Los anbieten, zwingend – bei sonstigem Ausscheiden ihres Angebotes – eine Präferenzreihung anzugeben hatten.

In einem ergänzenden Schlussblatt zur Ermittlung des endgültigen Angebotspreises war eine Tabelle vorgegeben, die für jedes der 14 Gebietsteile – nummeriert von Gebietsteil 1 bis Gebietsteil 14 – drei leere Spalten vorsah. Diese Spalten waren dafür bestimmt, pro Gebietsteil jeweils den Gesamtpreis (linke Spalte), die Umsatzsteuer (mittlere Spalte) und den Gesamtpreis inklusive Umsatzsteuer (rechte Spalte) einzusetzen. Am Ende dieses Schlussblattes waren jeweils ein Feld für den Gesamtpreis netto (mit dem Zusatz „Gebietsteil 1 bis 14, inkl. Aufschläge/Nachlässe), ein Feld für die Umsatzsteuer und ein Feld für den Angebotspreis (zivilrechtlicher Preis) vorgesehen. Bei diesen Feldern befand sich der Hinweis, dass dieser Angebotspreis in das Angebotsformblatt MD SR 75 einzutragen ist.

Das Angebotsformblatt MD SR 75 enthielt auf dessen Seite 4 ein Eingabefeld, in das jeweils der Gesamtpreis des Angebotes (Nettobetrag), die Umsatzsteuer und der Angebotspreis (zivilrechtlicher Preis) einzusetzen waren. Darunter war das Angebot rechtsverbindlich zu unterfertigen.

Die Angebote der Bieter S. GmbH, N.-gesellschaft mbH, H. GmbH, Zi. GmbH und He. GmbH, weisen über alle 14 Gebietsteile folgendes Muster auf:

Pro Gebietsteil hat jeweils nur einer dieser fünf Bieter ein Angebot, in dem ein Preisnachlass gewährt wurde, gelegt. Die jeweils anderen vier Bieter haben den jeweiligen Gebietsteil jeweils mit der Amtskalkulation ohne Nachlass angeboten. Die Angebote der jeweils anderen vier Bieter wiesen daher – abgesehen von vereinzelt Übertragungsfehlern in einzelnen Losen - jeweils idente Angebotspreise auf. Auffällig waren daher einerseits die jeweils übereinstimmenden Angebotspreise bei vier der fünf genannten Unternehmer und andererseits die Koinzidenz, dass der jeweils fünfte dieser Bieter in jedem Gebietsteil das Bestangebot legte.

Das Verfassen der Angebote mit der Amtskalkulation erfolgte jeweils dadurch, dass die genannten fünf Bieter im „Ergänzenden Schlussblatt zur Ermittlung des endgültigen Angebotspreises“ händisch (mit Kugelschreiber) jedes dieser Gebietsteile befüllte, am Ende händisch jeweils einen Nettogesamtpreis, die Umsatzsteuer und den zivilrechtlichen Gesamtpreis für die Summe aus allen 14 Gebietsteilen einsetzte, im Angebotsformblatt SR 75 einen Gesamtpreis – gegliedert in Nettopreis, Umsatzsteuer und zivilrechtlichen Preis – für alle 14 Gebietsteile einsetzte und darunter rechtsgültig unterfertigte. Außerdem wurden jeweils alle 14 ergänzenden Schlussblätter – bestehend aus je einem einseitigen ergänzendem Schlussblatt pro Gebietsteil – händisch (mit Kugelschreiber) befüllt, wobei sich die Angebote zur Amtskalkulation von den anderen Angeboten nur dadurch unterscheiden, dass bei den anderen Angeboten jeweils ein prozentmäßiger Nachlass angeboten wurde.

Betreffend das erforderliche Befüllen der Präferenzreihung enthält das Angebotsformblatt in dem vom jeweiligen Bieter zu befüllenden Beiblatt „Präferenzreihung“ folgende Festlegung:

„Diese Angaben sind in jedem Fall auszufüllen – widrigenfalls wird das Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG ausgeschieden. Ausnahme: Wenn nur 1 Los angeboten wird, kann vom Ausfüllen der Präferenzreihung Abstand genommen werden.“

Bei der Präferenzreihung wurden von diesen fünf Bieter jeweils nur die Lose eingetragen, für die jeweils ein Abschlag gewährt wurde. Lose, für welche die Amtskalkulation ohne Abschlag übernommen wurde, wurden in die Präferenzreihung nicht eingetragen.

Am Vergabeverfahren beteiligten sich insgesamt 34 Bieter. Angebotsöffnung und –verlesung war am 9.2.2015. Ein Hinweis dieser fünf Bieter dahingehend, dass die Lose mit der Amtskalkulation nicht angegeben werden sollten, erfolgte seitens dieser fünf Bieter im Zuge der Angebotsöffnung und –verlesung nicht. Die Angebote, die mit der Amtskalkulation ohne Abschläge erstellt worden sind, waren in jedem Los jeweils letztgereiht.

Der Antragsgegnerin fiel im Zuge der Angebotsprüfung auf, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in einer Reihe von Losen lediglich die Amtskalkulation

ohne Nachlass/Aufschlag angeboten hatte, und sie ersuchte die präsuntive Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 13.5.2015 – um diesbezügliche Aufklärung.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin beantwortete diesen Auftrag mit Schreiben vom 29.5.2015 im Wesentlichen dahingehend, dass sich die verbundenen Unternehmen S. GmbH, N.-gesellschaft mbH, H. GmbH und Zi. GmbH dahingehend geeinigt hätten, dass die S. GmbH die Lose 1, 2, 5, 8, 10, 12, 13 und 14, die N.-gesellschaft mbH das Los 3, die H. GmbH das Los 4 und die Zi. GmbH die Lose 6, 7 und 11 angeboten habe. Die anderen Lose seien nicht angeboten, sondern lediglich irrtümlich ausgefüllt worden. Dass es sich um einen Irrtum – und nicht um ein verbindliches Angebot – handeln würde, sei insbesondere dadurch ersichtlich, dass bei der Präferenzreihung jeweils nur die Lose, in denen Abschläge kalkuliert wurden, angegeben worden seien. Tatsächlich sei keinesfalls beabsichtigt gewesen, mit mehreren verbundenen Unternehmen im gleichen Los ein Angebot zu legen, um die Möglichkeit auszuschließen, dass der Wettbewerb durch solche Mehrfachangebote beeinträchtigt werden könnte.

Die Antragsgegnerin gab sich mit dieser Aufklärung zufrieden.

Eine Prüfung, ob eine Bieterabsprache zwischen den verbundenen Unternehmen einerseits und der He. GmbH andererseits vorliegt, wurde von der Antragsgegnerin nicht durchgeführt. Insbesondere erfolgte kein auf eine solche mögliche Bieterabsprache ausgerichtetes Aufklärungsersuchen durch die Antragsgegnerin, zumal die Antragsgegnerin für eine solche Vorgangsweise keinen Anlass sah. Eine diesbezügliche Nachfrage oder ein diesbezügliches Aufklärungsgespräch ist im Vergabeakt nicht dokumentiert. Indizien für die Möglichkeit einer solchen Absprache liegen jedoch insoweit vor, als sich die Angebote der He. GmbH und der vier verbundenen Unternehmen nicht nur gebietsweise ergänzen, sondern auch in der Vorgangsweise und insbesondere in der Art der unterlaufenen Fehler übereinstimmen.

Die Antragsgegnerin erließ im gegenständlichen Los eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der präsuntiven Zuschlagsempfängerin.

Die S. GmbH ist jeweils Alleingesellschafterin der N.-gesellschaft mbH, der H. GmbH und der Zi. GmbH.

Die S. GmbH, die N.-gesellschaft mbH, die H. GmbH und die Zi. GmbH haben sich dahingehend abgesprochen, dass die S. GmbH die Lose 1, 2, 5, 8, 10, 12, 13 und 14, die N.-gesellschaft mbH das Los 3, die H. GmbH das Los 4 und die Zi. GmbH die Lose 6, 7 und 11 anbietet.

Der gegenständliche Gebietsteil ist ein Los im Unterschwellenbereich.

Der Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig und erfüllt die formalen und inhaltlichen Voraussetzungen. Die Antragstellerin hat für den Antrag die – höheren – Pauschalgebühren für ein Los im Oberschwellenbereich entrichtet, worin - von der offenbar aus Vorsicht erfolgten Überzahlung abgesehen – die Pauschalgebühren für den Unterschwellenbereich, die tatsächlich zu entrichten waren, als Teilbetrag enthalten sind.

Zur Beweiswürdigung:

Die Sachverhaltsfeststellungen gründen auf dem sorgfältig geführten Vergabeakt, den im verwaltungsgerichtlichen Verfahren von den Parteien übermittelten Schriftsätzen und vorgelegten Nachweisen sowie dem Ergebnis der durchgeführten mündlichen Verhandlung.

In rechtlicher Hinsicht wurde erwogen:

§ 2 Einleitungssatz und Z 40 BVergG samt Überschrift lauten:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

40. Verbundenes Unternehmen ist jedes Unternehmen, dessen Jahresabschluss gemäß § 228 des Unternehmensgesetzbuches, dRGBI. S 219/1897, mit demjenigen des Auftraggebers, Konzessionärs, Bewerbers oder Bieters konsolidiert ist; im Fall von Auftraggebern, Konzessionären, Bewerbern oder Bieter, die nicht unter diese Bestimmung fallen, sind verbundene Unternehmen diejenigen, auf die der Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter unmittelbar oder

mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder die einen beherrschenden Einfluss auf den Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter ausüben können oder die ebenso wie der Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens unterliegen, sei es auf Grund der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden sonstigen Vorschriften. Ein beherrschender Einfluss ist zu vermuten, wenn ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals eines anderen Unternehmens besitzt oder über die Mehrheit der mit den Anteilen eines anderen Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans eines anderen Unternehmens bestellen kann.“

§ 19 Abs. 1 BVergG samt Überschrift lautet:

„Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 19. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.“

§ 123 BVergG samt Überschrift lautet auszugsweise:

„Vorgehen bei der Prüfung

§ 123. (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen,

1. ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;“

§ 126 Abs. 1 BVergG samt Überschrift lautet:

„Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 126. (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei

Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.“

§ 127 BVergG samt Überschrift lautet:

„Aufklärungsgespräche und Erörterungen

§ 127. (1) Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig.

(2) Bei Alternativ- und Abänderungsangeboten sind Erörterungen, die unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende geringfügige Änderungen der Preise betreffen, unter Wahrung der Grundsätze des § 19 Abs. 1 zulässig.

(3) Aufklärungsgespräche und Erörterungen sind kommissionell zu führen. Gründe und Ergebnisse sind in einer Niederschrift festzuhalten.“

§ 128 Abs. 1 BVergG samt Überschrift lautet:

„Niederschrift über die Prüfung

§ 128. (1) Über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis ist eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind.“

§ 129 Abs. 1 Einleitungssatz und Z 8 BVergG samt Überschrift lauten:

„Ausscheiden von Angeboten

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

8. Angebote von Bietern, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben;“

Die S. GmbH, die N.-gesellschaft mbH, die H. GmbH und die Zi. GmbH sind auf Grund der beherrschenden Stellung der S. GmbH verbundene Unternehmen im

Sinne des § 2 Z 40 BVergG. Als verbundene Unternehmen steht diesen Gesellschaften die Möglichkeit offen, unbeschadet ihrer Untergliederung in einzelne rechtsfähige Gesellschaften als ein einheitliches Unternehmen auftreten zu dürfen. Als verbundene Unternehmen müssen sie jedoch von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch machen, sondern können stattdessen auch getrennt auftreten.

Treten verbundene Unternehmen im Vergabeverfahren als Einheit auf, so schließt es diese Einheit aus, dass Absprachen zwischen den verbundenen Unternehmen als Absprachen zwischen verschiedenen Unternehmen angesehen werden. Absprachen zwischen den vier verbundenen Unternehmen darüber, welches verbundene Unternehmen für jeweils welche Lose anbietet, sind daher über diese Einheit der verbundenen Unternehmen zulässig.

Gegenständlich haben sich die vier verbundenen Unternehmen im Vergabeverfahren die Lose – ausgenommen Los 9 – untereinander aufgeteilt und sich insoweit untereinander abgesprochen. Eine solche Absprache ist so lange unbedenklich, so lange die verbundenen Unternehmen als Einheit auftreten.

Die vier verbundenen Unternehmen haben jedoch je Los nicht nur ein Angebot, sondern je Los jeweils ein Angebot mit einem Abschlag und drei Angebote mit der Amtskalkulation ohne Abschläge gelegt.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin argumentierte, dass es sich bei den Angeboten mit der Amtskalkulation ohne Abschläge jeweils nicht um rechtsverbindliche Angebote handeln würde, weil dem objektiven Erklärungswert zu Folge keine Angebote gelegt worden wären. Es sei erkennbar, dass die Angebote mit der Amtskalkulation ohne Abschläge irrtümlich erfolgt seien.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin warf hiermit einerseits die Frage auf, wie die Angebote zur Amtskalkulation ohne Abschläge objektiv verstanden werden mussten, und andererseits die Frage, ob allenfalls ein für die Antragsgegnerin erkennbarer Erklärungsirrtum vorlag. Zwischen diesen beiden Fragestellungen ist jedoch zu differenzieren.

Für die Beurteilung der Frage, ob die Angebote zur Amtskalkulation ohne Abschläge verbindliche Angebote waren, kommt es nach der durch die Rechtsprechung abgesicherten sogenannten „Vertrauenstheorie“ weder darauf an, was der Erklärende wirklich wollte, noch, wie der andere Teil die Erklärung subjektiv verstanden hat, sondern darauf, welche Schlüsse der Adressat als redlicher Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Umstände abzuleiten berechtigt war (z.B. Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB, 4. Auflage, § 863, Rz 2 mwN).

Es wurden jeweils auch die Lose, in denen keine Abschläge kalkuliert wurden, ausgepreist, die Gesamtpreise aus allen 14 Losen gebildet und die Angebote für alle 14 Lose jeweils rechtsgültig unterfertigt. Der objektive Erklärungswert ist somit in dem Sinne eindeutig, dass sowohl die präsumtive Zuschlagsempfängerin als auch die drei mit ihr verbundenen Unternehmen jeweils alle 14 Lose verbindlich angeboten haben.

Ist dabei dem Erklärenden ein Erklärungsirrtum unterlaufen und wurde dieser vom anderen veranlasst, musste ihm aus den Umständen offenbar auffallen oder wurde rechtzeitig aufgeklärt, so vermag ein solcher Irrtum an der objektiven Bedeutung der abgegebenen Erklärung (objektiver Erklärungswert) nichts zu ändern. Dies folgt daraus, dass im Fall eines Vertragsabschlusses ein solcher Irrtum dem Zustandekommen des Vertrages mit dem dem objektiven Erklärungswert entsprechenden Inhalt nicht entgegensteht, sondern den Irrenden auf die zivilrechtliche Möglichkeit der Irrtumsanfechtung, soweit eine solche nicht vertraglich ausgeschlossen worden ist, verweist. Ein Erklärungsirrtum im Sinne des § 871 ABGB stellt somit keine „falsa demonstratio“ dar und ändert nicht die objektive Bedeutung des Erklärten, weshalb die Angebote mit der Amtskalkulation ohne Abschläge, auch wenn sie irrtümlich abgegeben worden sind, gültige und verbindliche Angebote darstellen.

Es wurde bereits rechtlich dargelegt, dass die verbundenen Unternehmen von der ihnen zustehenden Möglichkeit, als Einheit aufzutreten, dadurch Gebrauch gemacht haben, dass sie sich abgesprochen und 13 der 14 Lose untereinander aufgeteilt haben. Nach Ansicht des Senates sind sie folglich auch bei der Frage, ob eine Mehrfachbeteiligung vorliegt, als Einheit zu behandeln. Da jedes der vier

verbundenen Unternehmen für jedes der 14 Lose jeweils ein Angebot gelegt hat, liegt der Fall einer Mehrfachbeteiligung vor.

Eine Mehrfachbeteiligung ist dann vergaberechtswidrig, wenn sie den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter (§ 19 BVerG) widerspricht. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine solche Mehrfachbeteiligung dem Auftraggeber zum Nachteil gereichen oder dem sich mehrfach Beteiligenden einen unlauteren Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen Mitbewerbern verschaffen kann.

Nach einem Teil der Rechtsprechung der seinerzeitigen Vergabekontrollbehörden erfüllt eine Mehrfachbeteiligung eines Unternehmens etwa in unterschiedlichen Bietergemeinschaften den Ausscheidenstatbestand der gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßenden Bieterabrede im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 8 BVerG, weshalb die betreffenden Angebote zwingend auszuschneiden seien. Durch die Mehrfachbeteiligung erhalte der Bieter nämlich Kenntnis vom Inhalt gesondert eingereichter Angebote, die zueinander im Wettbewerb stünden. Derartige Absprachen seien stets nachteilig für den Auftraggeber im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 8 BVerG (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVerG 2006, § 129, Rz 115, mit Hinweis u.a. auf BVA 19.3.2001, N-12/01-32 ua.).

Nach einer Entscheidung des UVS Niederösterreich (UVS NÖ Senat AB-02-1003, 1004, RPA 2002, 220, zit. nach Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVerG 2006, § 129, FN 237) ist der Ausscheidenstatbestand der Bieterabrede nur dann erfüllt, wenn der Bieter durch seine Mehrfachbeteiligung tatsächlich einen Wettbewerbsvorteil lukrieren kann. Öhler/Schramm (in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVerG 2006, § 129, Rz 116) vertreten die Auffassung, dass dem UVS Niederösterreich zu folgen sei, weil die Ausscheidenstatbestände in einem engen Konnex zum Wettbewerbsprinzip des § 19 Abs. 1 BVerG stünden. Daher sei in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Beteiligung in mehreren Bietergemeinschaften gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoße.

Nach Ansicht des Senates sind die obigen, kontroversiellen Überlegungen auf die vorliegende Situation einer Mehrfachbeteiligung sinngemäß zu übertragen.

Nehmen die verbundenen Unternehmen das „Privileg“ in Anspruch, als Einheit aufzutreten und sich folglich untereinander absprechen zu können, so gelten sie für dieses Vergabeverfahren als Einheit und unterliegen auch insoweit dem Verbot einer für den Auftraggeber potentiell nachteiligen oder wettbewerbswidrigen Mehrfachbeteiligung.

Der Senat vermag dem Bundesvergabeamt darin zu folgen, dass eine Mehrfachbeteiligung für den Auftraggeber bereits dann potentiell nachteilig ist, wenn der betreffende Bieter auf diese Weise Kenntnis von mehreren einander konkurrierenden Angeboten erlangt und seine Kalkulation danach ausrichten oder die anderen Angebote beeinflussen kann. Auch vermag der Senat dem UVS Niederösterreich darin zu folgen, dass eine Mehrfachbeteiligung dann unzulässig ist, wenn der Bieter daraus einen – unzulässigen – Wettbewerbsvorteil lukrieren kann. Beide Rechtsprechungslinien zeigen jeweils einen Aspekt auf, der jeweils die Mehrfachbeteiligung unzulässig macht, wobei die potentielle Nachteiligkeit für den Auftraggeber und der potentielle Wettbewerbsvorteil für den Bieter in der Regel zusammenhängen werden.

Im Anlassfall handelte es sich bei den zusätzlichen Angeboten jedoch um Angebote, die ohne eigene Kalkulation mit den Werten der Amtskalkulation abgegeben worden sind. Darüber hinaus handelte es sich um Angebote, die wegen der – für den Bieter offenkundigen – Nichtbefüllung der Präferenzreihung zwingend auszuschneiden waren.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin konnte somit zwar bei formaler Betrachtung Kenntnis von der Kalkulation der konkurrierenden Angebote erlangen und diese gegebenenfalls bei der eigenen Kalkulation berücksichtigen. Diesen formal konkurrierenden Angeboten lag jedoch im vorliegenden Fall keine eigene Kalkulation zu Grunde, sodass die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf diese Weise lediglich Kenntnis von der Amtskalkulation erlangen konnte, welche sie im gegenständlichen Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahren ohnedies bereits kannte und bei der Erstellung ihres kompetitiven Angebotes auch zu berücksichtigen hatte. Darüber hinaus waren die anderen Angebote mangels Angabe von Präferenzreihungen auch mit jeweils einem offenkundigen Ausscheidensgrund behaftet. Die Kenntnis von diesen anderen Angeboten konnte

daher für die präsumtive Zuschlagsempfängerin keinen Informationsgehalt haben, der ihr einen Wettbewerbsvorteil verschafft hätte. Die Möglichkeit eines Wettbewerbsvorteils für die präsumtive Zuschlagsempfängerin durch die Mehrfachbeteiligung war daher ausgeschlossen.

Davon zu unterscheiden ist jedoch eine allfällige Absprache mit der He. GmbH, die zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht im Verhältnis eines verbundenen Unternehmens steht.

Für das mögliche Vorliegen einer Absprache der vier verbundenen Gesellschaften mit der He. GmbH lagen im Vergabeverfahren eine Reihe von Indizien vor. Diese Indizien bestanden darin, dass die vier verbundenen Gesellschaften und die He. GmbH ein in der Vorgehensweise und insbesondere in den unterlaufenden Fehlern übereinstimmendes Muster aufwiesen und sich in der Gebietsaufteilung auch wechselseitig ergänzten.

Wie das Nachprüfungsverfahren ergeben hat, hat die Antragsgegnerin im Vergabeverfahren keinen Anlass gesehen, diesen Indizien nachzugehen und das etwaige Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Absprache zwischen den verbundenen Unternehmen einerseits und der He. GmbH andererseits zu prüfen. Die Antragsgegnerin hat insbesondere an die fünf Unternehmen, die als mögliche Beteiligte an einer solchen Absprache in Betracht kommen, kein diesbezügliches Aufklärungsersuchen gerichtet.

Im Hinblick auf die §§ 123 Abs. 2 Z 1, 126 Abs. 1 bzw. 127 Abs. 1 und 128 BVergG wäre es jedoch nach Ansicht des Senates erforderlich gewesen, den Indizien auf eine mögliche Absprache der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit der He. GmbH nachzugehen, diesbezüglich entweder eine schriftliche Aufklärung zu verlangen oder ein kommissionelles Aufklärungsgespräch zu führen, dessen Ergebnis zu prüfen und das diesbezügliche Ergebnis im Vergabeakt zu dokumentieren.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG sind Angebote von Bietern auszuscheiden, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden

getroffen haben. Die zwischen den verbundenen Unternehmen getroffene Abrede wurde, wie ausgeführt, von den verbundenen Unternehmen auf ein zu Kalkulationsfragen gestelltes Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin hin offen gelegt und war im Hinblick darauf, dass verbundene Unternehmen als Einheit auftreten dürfen und diese Möglichkeit gegenständlich in Anspruch genommen haben, nicht zu beanstanden. Durch die in der Präferenzreihung nicht angeführten Angebote konnte eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht auftreten, weil diese ohnedies auszuschneiden waren. Für eine mögliche Absprache der verbundenen Unternehmen mit der He. GmbH standen jedoch nicht abgeklärte Indizien im Raum, ohne dass bekannt ist, welchen Umfang und welche Tragweite eine solche Absprache gegebenenfalls hätte. Eine rechtliche Beurteilung, ob eine solche Absprache gegebenenfalls den Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG erfüllt, setzt jedoch zunächst eine Sachverhaltsermittlung dahingehend voraus, ob eine solche Absprache überhaupt vorliegt und welchen Inhalt sie gegebenenfalls hat. Diese Ermittlungsschritte sind jedoch Aufgabe der Antragsgegnerin im Rahmen der Angebotsprüfung und sind daher nicht vom Verwaltungsgericht anstelle der Auftraggeberin durchzuführen, zumal die Angebotsprüfung der Auftraggeberin obliegt und das Verwaltungsgericht im Nachprüfungsverfahren lediglich die Angebotsprüfung der Auftraggeberin nachzuprüfen, nicht aber selbst eine Angebotsprüfung durchzuführen hat.

Zu den Pauschalgebühren ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 16 Abs. 1 WVRG hat der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 15 WVRG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß § 15 Abs. 2 WVRG ist die Pauschalgebühr gemäß den von der Landesregierung durch Verordnung festzusetzenden Gebührensätzen bei Antragstellung zu entrichten. Die Gebührensätze sind durch die Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung, LGBl. für Wien Nr. 24/2013, festgesetzt.

Die Antragstellerin hat als Pauschalgebühren einen Betrag von € 9.000 einbezahlt und in ihrem Nachprüfungsantrag beantragt, der Antragsgegnerin aufzutragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren für den

Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen zu Handen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen.

Für den gegenständlichen Nachprüfungsantrag betragen die Pauschalgebühren € 3.000 (Gebührensatz für sonstige Bauaufträge im Unterschwellenbereich in Verbindung mit § 2 Abs. 4 WVRG). Für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung betragen die Pauschalgebühren € 1.500 (§ 15 Abs. 3 WVRG). Die Pauschalgebühren für beide Verfahren betragen daher zusammen € 4.500. Da die Antragstellerin im Verfahren obsiegt hat und die Voraussetzungen sowohl des § 16 Abs. 1 WVRG für den Ersatz der Gebühren für den Nichtigerklärungsantrag als auch die Voraussetzungen des § 16 Abs. 2 WVRG für den Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung vorliegen, hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin spruchgemäß die Pauschalgebühren von € 4.500 zu erstatten.

Bei der Differenz von € 4.500 auf die von der Antragstellerin eingezahlten € 9.000 handelt es sich nicht um Pauschalgebühren im Sinne der Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung, sondern um eine Mehrzahlung. Diese Mehrzahlung ist der Antragstellerin durch das Verwaltungsgericht zu refundieren, ohne dass es dafür eines ausdrücklichen Antrages bedürfte. Es sind daher der Antragstellerin diese € 4.500 durch das Verwaltungsgericht Wien spruchgemäß zurückzuerstatten.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Dr.ⁱⁿ Lettner