



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38730
Telefax: (+43 1) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/074/1705/2025-25
A. GmbH

Wien, 15.4.2025

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterin Mag.^a Mandl und die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH & Co KG, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "..., B.-gasse Kastenfenster Instandsetzung und Tausch" GZ: ..., der Stadt Wien - Wiener Wohnen, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, nach mündlicher Verkündung am 26.3.2025,

zu Recht e r k a n n t:

- I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung wird stattgegeben und die Ausscheidensentscheidung vom 24.1.2025 wird nichtig erklärt.
- II. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 7605 binnen 14 Tagen zu ersetzen.
- III. Der Antragstellerin sind EUR 3803 an zu viel entrichteter Pauschalgebühr vom Verwaltungsgericht Wien rückzuerstatten.
- IV. Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Stadt Wien – Wiener-Wohnen (Antragsgegnerin, Auftraggeberin) führt das Vergabeverfahren „..., B.-gasse Kastenfenster Instandsetzung und Tausch“ als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages.

Die Antragstellerin hat ein Angebot abgegeben. Ihr wurde mit Ausscheidensentscheidung vom 24.1.2025 mitgeteilt:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

zum gegenständlichen Vergabeverfahren teilt Ihnen die Stadt Wien – Wiener Wohnen das Ausscheiden Ihres Angebotes mit.

Die Gründe für das Ausscheiden Ihres Angebotes:

Im Zuge der Angebotsprüfung wurde festgestellt, dass in dem mit Ihrem Angebot vorgelegten Datenbestand das Unternehmen C. GmbH aufscheint.

Sie wurden daher mit Schreiben vom 13.01.2025 um Aufklärung ersucht.

Mit Schreiben vom 15.01.2025 haben Sie Folgendes mitgeteilt:

„Wir haben unser Angebot mit unseren Standard Auspreisprogramm ausgepreist, aber auf Grund einen Fehler konnten wir davon kein Datenträger erstellen (siehe Beilage). Deswegen haben wir unsere alten kostenlosen Auspreisprogramm nehmen müssen, wo wegen eine alte Angebot Fa. C. GmbH als Bieter eingestellt war, und haben wir es nicht erkannt und deswegen nicht ausgebessert.“

Diese Antwort ist unverständlich und nicht nachvollziehbar. Selbst wenn es sich um ein „altes kostenloses Auspreisprogramm“ handelt, erklärt dies nicht, warum der Unternehmenswortlaut des Bieters C. GmbH aufscheint und dieser ausgebessert werden muss.

Ihr Angebot ist daher gemäß § 141 Abs. 2 BVergG 2018 auszuscheiden, da Ihre Antwort einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt.

Nachdem es für die Tatsache, dass der Unternehmenswortlaut des Mitbieters am Datenbestand aufscheint, keine andere plausible Erklärung gibt und von Ihnen über Nachfrage auch nicht nachvollziehbar aufgeklärt werden konnte, liegt ein begründeter Anhaltspunkt vor, dass es im gegenständlichen oder in einem anderen Verfahren zu einer unzulässigen Abrede zwischen Ihrem Unternehmen und dem Mitbieter C. GmbH gekommen ist.

Gemäß § 78 Abs. 1 Z. 4 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber – unbeschadet der Abs. 3 bis 5 – einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn der öffentliche Auftraggeber über hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür verfügt, dass der Unternehmer mit anderen Unternehmern für den öffentlichen Auftraggeber nachteilige Abreden getroffen hat, die gegen die guten Sitten verstoßen, oder mit anderen Unternehmern Abreden getroffen hat, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbes abzielen.

Ihr Angebot ist daher gemäß § 141 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2018 als Angebot eines Bieters auszuschneiden, dessen Eignung mangels Zuverlässigkeit nicht gegeben ist.

Wir weisen darauf hin, dass unzulässige Abreden gemäß WD 307, WD 314 und der Integritätsvereinbarung zu sanktionieren sind.

Diesbezüglich ergeht ein gesondertes Schreiben.

Freundliche Grüße

Dezernat Vergabewesen“

Antrag auf Nichtigerklärung:

Gegen diese Entscheidung richtet sich der frist- und formgerechte Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 3.2.2025, welcher ordnungsgemäß vergebührt wurde und Angaben zu Interesse und Schaden enthält.

Zu den Vergabeverstößen wurde ausgeführt:

„3.1. Nicht-Vorliegen eines Ausschlussgrundes gem. § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018

3.1.2 Aufgrund des Aufklärungsersuchens vom 13.01.2025 wurde bei der Antragstellerin eine interne Erhebung veranlasst. Diese hat ergeben, dass von einem Mitarbeiter irrtümlich ein Datenträger eines aktuellen Bauvorhabens in ein frei erhältliches Auspreisungsprogramm (ABK) eingelesen wurde. Ursache für diese Vorgehensweise war, dass sich der im aktuellen Angebot übermittelte Datenträger in dem Standardprogramm (Nevaris) nicht erstellen ließ.

Aus diesen ABK Programm wurde vor Jahren ein Angebot an einem Kunden der D. GmbH übermittelt, welcher im gegenständlichen Vergabeverfahren gleichzeitig Mitbewerber der nunmehrigen Antragstellerin, der A. GmbH ist.

Bei Erstellen des Datenträgers wurde versehentlich das Bieterfeld und Adressfeld nicht auf den richtigen Firmenkopf überschrieben, sondern in weiterer Folge im aktuellen Angebotsverfahren hochgeladen.

Dieser Flüchtigkeitsfehler des Mitarbeiters der Antragstellerin ist darauf zurückzuführen, dass er beim Verwenden des Standardprogrammes Nevaris keine Änderungen des Firmenkopfes durchführen muss.

Beweis: wie bisher

Zeuge E. F., p.A. Antragstellerin

GF G. H., p.A. Antragstellerin

3.1.3. Ausdrücklich wird festgehalten, dass weder die nunmehrige Antragstellerin, noch die D. GmbH in jedwede Preisabsprachen verwickelt sind und auch waren und derartige Vorwürfe auf das Entschiedenste zurückgewiesen werden.

3.1.4. Die angefochtene Ausscheidensentscheidung ist daher vergaberechtswidrig. Es liegt weder ein Ausschlussgrund nach § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 noch ein Ausscheidensgrund nach § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 vor.

Beweis: wie bisher

3.2. Mangelhafte Angebotsprüfung

3.2.1. Weshalb die in der Ausscheidensentscheidung nunmehr angeführten Gründe nicht schon konkret zum Gegenstand des Aufklärungsersuchens gemacht wurden, erscheint unverständlich und begründet jedenfalls auch einen wesentlichen Mangel der Angebotsprüfung.

Hätte die Auftraggeberin diese bereits im Aufklärungsersuchen entsprechend vorgehalten, hätte die Antragstellerin insbesondere die unter Punkt 3.1 angeführten Umstände bereits in der Aufklärung näher darlegen können. Der Mangel in der Angebotsprüfung ist daher auch wesentlich. Auf Basis des Aufklärungsersuchens war die Aufklärung aber jedenfalls korrekt, vollständig und nachvollziehbar.

Auch ein Ausscheidensgrund nach § 141 Abs. 2 BVergG 2018 liegt daher jedenfalls nicht vor.

Beweis: wie bisher

4. Anträge

Die Antragstellerin stellt daher an das Verwaltungsgericht Wien die

A n t r ä g e

- a. auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 24.01.2025;*
- b. auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung;*
- c. auf Akteneinsicht in alle von der Auftraggeberin vorgelegten Bestandteile des Vergabeaktes, sowie den Nachprüfungsakt;*
- d. der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution die entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von € 7.605,-- zu Handen der rechtsfreundlichen Vertreter zu ersetzen;*
- e. auf Rückerstattung allenfalls zu viel entrichteter Pauschalgebühren.“*

Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 10.2.2025

Vorab wurden Daten zum Vergabeverfahren bekannt gegeben und angeregt, die gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zu VGW-123/074/1705/2025 und zu VGW-123/074/1736/2025 zur gemeinsamen Verhandlung zu verbinden.

Zum Sachverhalt verwies die Antragsgegnerin auf die bestandfesten Ausschreibungsunterlagen, welche über die Vergabeplattform ANKÖ zur Verfügung gestellt worden seien und auf deren im Schriftsatz aufgelistete Zusammensetzung, wobei wesentlich sei:

In den „Verfahrensbestimmungen“ sei in Punkt 3.4 die automationsunterstützte Erstellung von Datenbeständen festgelegt (mit näherem Wortlaut).

In der „Integritätsvereinbarung“ sei das Verbot zu unerlaubten, wettbewerbswidrigen, gegen die guten Sitten verstoßenden oder für die Auftraggeberin nachteiligen Absprachen niedergeschrieben (mit näherem Wortlaut).

Im „Informationsblatt über die Abgabe von Angeboten mit automationsunterstützt erstellten Datenbeständen gemäß ÖNorm A 2063“ sei festgelegt, dass in dieser Ausschreibung der Austausch des Datenbestandes gemäß Punkt 2.4 der Allgemeinen Teilnehmerbestimmungen der Stadt Wien für Vergabeverfahren (WD 307) vorgesehen sei und ein Datenbestand gemäß ÖNorm A 2063:2015 den Ausschreibungsunterlagen beigefügt sei (...). Der ausgepreiste Datenbestand sei gemeinsam mit dem Angebot auf die ANKÖ e-Vergabe Plattform hoch zu laden (mit näherem Wortlaut).

Im Informationsschreiben sei unter „Wichtiger Hinweis zur Angebotsabgabe“ das Ersuchen, das Angebot auf die Plattform als: „Datenbestand.onlv“ hochzuladen, festgelegt.

In der Ausschreibung sei der Datenbestand gemäß ÖNorm A2063 – also die ONLV-Datei - angeschlossen gewesen.

Auf den genauen Wortlaut in den Festlegungen zur automationsunterstützten Angebotsabgabe in den WD307 wurde verwiesen.

Zu den eingelangten Angeboten wurde ausgeführt, dass bis zum Ablauf der Angebotsfrist 4 Bieter Angebote abgegeben haben und das Angebot der Antragstellerin bloß drittgeriht und jenes der C. GmbH bloß viertgeriht sei und für den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht in Betracht komme.

Im Angebot der Antragstellerin sei in der eingereichten ONLV-Datei (Datenbestand gemäß ÖNorm A2063) aufgefallen, dass als „Bieter/Auftragnehmer“ anstelle der Antragstellerin das Unternehmen „C. GmbH“ an der Adresse „I.-gasse Wien“ aufscheine.

Sowohl die Antragstellerin als auch die C. GmbH seien mit diesem Umstand konfrontiert worden. Von der Antragstellerin sei auf Vorhalt, dass auf dem mit dem Angebot abgegebenen Datenbestand das Unternehmen C. GmbH aufscheine, um Aufklärung ersucht worden, und am 15.1.2025 sei angegeben worden:

„Gerne geben wir folgende Antwort zu Ihrer Frage:

Wir haben unser Angebot mit unseren Standard Auspreisprogramm ausgepreist, aber aufgrund einen Fehler konnten wir davon kein Datenträger erstellen (siehe Beilage). Deswegen haben wir unsere alten kostenlosen Auspreisprogramm nehmen müssen, wo wegen eine alte Angebot Fa. C. GmbH als Bieter eingestellt war, und haben wir es nicht erkannt und deswegen nicht ausgebessert. (...)

Beigelegt war ein Screenshot vom 13.1.2025.

Die im Nachprüfungsverfahren gegebene Begründung sei damals nicht angegeben worden.

Die Bieterin C. GmbH habe auf Vorhalt, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren vom Bieter A. GmbH ein Datenbestand vorgelegt worden sei, auf dem das Unternehmen aufscheine, am 20.1.2025 geantwortet:

„Sehr geehrte Damen und Herren, können wir Ihnen leider nicht beantworten, für diese Aufklärung ersuchen wir Sie um Rückfrage bei der Firma A. GmbH. (...)“

Nachdem sowohl die „Begründung“ der Antragstellerin als auch die faktisch unterbliebene Aufklärung von C. GmbH keine nachvollziehbare Erklärung dafür habe geben können, warum im Angebot der Antragstellerin im ONLV-Datenträger und damit im sensiblen, die Angebotspreise enthaltenden Datenbestand Daten eines Mitbewerbers enthalten seien und es auch keine rationale, der Lebenserfahrung entsprechende Erklärung dafür gegeben habe, sei der Antragsgegnerin nur ein logischer Schluss geblieben, nämlich dass die Antragstellerin und C. GmbH bei der Angebotslegung „zusammengearbeitet“ bzw. Kalkulationsdetails ausgetauscht hätten, obwohl sie direkte Konkurrenten seien. Aus diesem Grund seien beide Bieter aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden und werde auf die beiden Ausscheidensentscheidungen verwiesen.

Das Vorbringen im Nichtigerklärungsantrag, dass die in der angefochtenen Ausscheidensentscheidung angeführten Gründen nicht schon konkret zum Gegenstand des Aufklärungsersuchens gemacht worden seien, und dass bei näherer Konkretisierung des Aufklärungsersuchens die erstmals im Nachprüfungsantrag gegebene Begründung bzw Aufklärung gegeben hätte werden können, überzeuge nicht. Der Antragstellerin sei klar vorgehalten worden, dass im Angebot der Antragstellerin, konkret in dem mit dem Angebot abgegebenen Datenbestand das Unternehmen „C. GmbH“ aufscheine und könne nicht ernsthaft infrage stehen, was der „Datenbestand“ sei, da sich aus den Ausschreibungsunterlagen (Informationsblatt über die Abgabe von Angeboten mit automationsunterstützt erstellten Datenbeständen gemäß ÖNorm A2063, Wichtiger Hinweis zur Angebotsabgabe, Datenbestand gemäß ÖNorm A2063, Punkt 3.4 der Verfahrensbestimmungen in Verbindung mit Punkt 2.4 der WD 307) unzweifelhaft ergebe, was der Datenbestand sei. „Datenbestand“ sei demnach der Datenträger (= ONLV-Datei) gemäß ÖNorm A2063, der die kalkulierten Angebotspreise enthalte.

Dass die Antragstellerin wusste, was gemeint sei, ergebe sich aus der Antwort im Aufklärungsschreiben vom 15.1.2025, wo auf den Datenträger Bezug genommen werde. Warum die Antragstellerin nicht bereits damals die nunmehr im Nachprüfungsantrag gegebene Begründung geliefert habe, sei unerklärlich.

Faktum sei, dass die von der Antragstellerin gegebene Aufklärung unverständlich, nicht nachvollziehbar und jedenfalls unvollständig sei. Der mit dem Aufklärungsschreiben vorgelegte Screenshot sei von vornherein untauglich, weil dieser mit 13.1.2025 datiere und die Fehlermitteilung mithin nach der Angebotsabgabefrist liege.

Beide Bieter hätten die Möglichkeit gehabt, sich gegenüber der Antragsgegnerin in besonders sorgfältiger und bemühter Art und Weise und jedenfalls überzeugend von dem schwerwiegenden Vorwurf der Bieterabsprache in einem öffentlichen Vergabeverfahren gemäß BVergG 2018 zu befreien. Tatsächlich hätten beide Bieter aber entweder keine Antwort gegeben (C. GmbH) oder durch die Antwort, zumindest was ein „altes“ Angebot betreffe, den dringenden Verdacht des abgestimmten Angebotsverhaltens noch verstärkt (Antragstellerin). Im Sinn der Bietergleichbehandlung sei das Angebot der Antragstellerin gemäß § 141 Abs. 2 BVergG 2018 auszuschneiden gewesen und werde dazu auf Judikatur verwiesen. Nicht unerwähnt bleiben dürfe, dass die erstmals in den Nachprüfungsanträgen von den Bietern nachgeschobenen Begründungen in sich widersprüchlich seien bzw. einander ausschließen würden. Abgesehen vom Widerspruch sei die Begründung der Antragstellerin auch unglaubwürdig, denn warum brauche es ein altes ABK-Programm, in dem noch ein „vor Jahren“ ausgetauschtes Angebot von C. GmbH hinterlegt sei, wenn doch laut Informationsblatt über die Abgabe von Angeboten mit automationsunterstützt erstellten Datenbeständen gemäß ÖNorm A2063 laut Ausschreibung ausdrücklich auf das von der Stadt Wien kostenlos zur Verfügung gestellte aktuelle Erfassungsprogramm auf Wien.at verwiesen werde. Dies zeige, dass selbst die nachgeschobene Erklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehre und daher das Ausschneiden nach § 141 Abs. 2 BVergG 2018 zulässig erfolgt sei.

Zum Ausschlussgrund gemäß § 78 Absatz 1 Z 4 BVergG 2018 werde festgehalten, dass es sich bei dem beschriebenen Verhalten der beiden Bieter um „verpönte Verhaltensweisen“ handle, die nach der zitierten Gesetzesbestimmung zum Ausschluss führen müssen. Es gebe unabhängig vom konkreten Vergabeverfahren und auch unabhängig von der Person des Auftraggebers kein rechtlich zulässiges abgestimmtes Verhalten bei der Angebotslegung, wenn dieses Verhalten die Möglichkeit der Nachteiligkeit für den öffentlichen Auftraggeber haben könne bzw. die Verzerrung des Wettbewerbs zum Inhalt habe. Dies gilt nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass die Auftraggeberin regelmäßig Fenstertauscharbeiten ausschreibe und in den allermeisten Fällen entweder nur A. GmbH oder A. GmbH und C. GmbH die Bieter seien.

Zu „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ reiche nach der Rechtsprechung und Literatur bereits die bloße Möglichkeit der Nachteiligkeit. Die Erläuterungen begründen dies damit, dass hier ein im Kontext der öffentlichen Beschaffung besonders relevantes (negatives) Verhalten sanktioniert werden soll. Dazu zählen neben der konkreten Abstimmung des Angebotsverhaltens auch jede Art von Informationsaustausch, der es potentiellen Bietern ermöglicht, Prognosen über Art und Inhalt anderer Angebote abzugeben. Absprachen (einschließlich Informationsaustausch) stellen eine Verletzung der vergaberechtlichen Pflicht zum Geheimwettbewerb (und eine relevante Täuschung des Auftraggebers) dar. Es werde auf Art. 57 Abs. 4 lit. d der Richtlinie 2014/24/EU verwiesen. Die Europäische Kommission habe in ihrer „Bekanntmachung über Instrumente zur Bekämpfung geheimer Absprachen der Vergabe öffentlicher Aufträge und über Leitlinien für die Anwendung des entsprechenden Ausschlussgrundes“ (2021/C91/01 vom 18.3.2021) Beispiele für solche Anhaltspunkte genannt, unter anderem:

„wenn sich aus dem Text der Angebote Anhaltspunkte ergeben, zB die gleichen Tippfehler oder Formulierungen in unterschiedlichen Angeboten sowie versehentlich im Angebotstext belassene Kommentare“

Jedenfalls ergäben sich aus der Formulierung „hinreichend plausible Anhaltspunkte“, dass hinsichtlich der Sicherheit, die bezüglich des Vorliegens dieses Tatbestandes bestehen muss, weniger strenge Anforderungen zu stellen sind. Hinreichend plausible Anhaltspunkte könnten somit auch dann bestehen,

wenn das Erfordernis der Kenntnis oder eines Nachweises noch nicht erfüllt wäre. Der Verwaltungsgerichtshof hatte in seiner Rechtsprechung zu § 129 Absatz 1 Z 8 BVergG 2006 die Maßgeblichkeit von Indizien (für die Annahme wettbewerbswidriger Abreden) bejaht (wo von einem „gröberen Maßstab“ bei der Durchführung der kartellrechtlichen Prüfung von Angeboten die Rede ist).

Die Auftraggeberin habe in den vergangenen Jahren besonderes Augenmerk auf die Bekämpfung von unlauteren Praktiken bei der Angebotslegung gelegt. Es seien die Bestimmungen gegen abgestimmtes, wettbewerbsverzerrendes Verhalten verschärft und sowohl in WD 307, WD 314 als auch in der Integritätsvereinbarung scharfe Sanktionen festgelegt worden. Die Auftraggeberin sei laufend mit der (aufwändigen) Aufarbeitung von Kartellen bei unterschiedlichen Gewerken beschäftigt, in deren Folge die Auftraggeberin das Vorliegen von nachteiligen Abreden nachweisen habe können, die der Auftraggeberin einen nicht abschließend bezifferbaren Schaden zugefügt haben. Die Auftraggeberin sei daher auf Sachverhalte wie die hier nachprüfungsgegenständlichen besonders sensibilisiert.

Auch überzeuge nicht, wenn C. GmbH – bemerkenswerterweise aber nicht die Antragstellerin, wobei der Antragstellerin auch nichts von einem Subunternehmerverhältnis bekannt sei – nun argumentiere, dass eine „zulässige Vergabe von Subunternehmerleistungen“ und deshalb keine verpönten Absprachen nach § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 vorliegen könnten. Die Frage nach dem Subunternehmerverhältnis könne sich gar nicht erst stellen.

Replik der Antragstellerin vom 19.2.2025

Faktum sei, dass die Auftraggeberin mit dem Ausscheiden der Antragstellerin offensichtlich überreagiert habe und nun versuche, ihr Vorgehen zu rechtfertigen. Es habe keinerlei Bieterabsprache gegeben und dementsprechend gebe es auch keinerlei diesbezüglichen Beweise. Die Auftraggeberin spreche von Indizien und rüge die sprachlichen Formulierungen im Aufklärungsschreiben der Antragstellerin vom 15.1.2025, wobei anzumerken sei, dass der Umstand, warum in der ONLV-Datei der Name des Mitbewerbers aufscheine, nicht leicht zu erklären sei. Aus diesem Grund habe die Antragstellerin den allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Dipl.-Ing. Dr. J. K. beauftragt, ein Gutachten zu erstellen und werde dieses sodann vorgelegt werden.

Mit Schriftsatz vom 3.3.2025 wurde eine umfassende gutachterliche Stellungnahme des Dipl.-Ing. Dr. J. K. zur Frage, ob mit den von der Antragstellerin als Bieterin verwendeten Tools die Erzeugung eines Angebots-Leistungsverzeichnisses nach der ÖNorm A2063:2015 möglich sei, ohne dass die Bieterin dabei unmittelbar erkennen könne, mit welchem Firmennamen sie das Angebot erstellt habe, vorgelegt.

Äußerung der Antragsgegnerin vom 11.3.2025

Vorausgeschickt werde, dass die bisher nachgereichten Erklärungen sowie das Privatgutachten nichts daran änderten, dass es die Antragstellerin verabsäumt habe, im Rahmen des Aufklärungsprozesses rechtzeitig eine plausible Erklärung zu geben. Nachweise für die aufgestellten Behauptungen seien ebenso nicht übermittelt worden.

Wie bereits ausgeführt, sei sowohl in der ONLV-Datei der Antragstellerin als „Bieter/Auftragnehmer“ der Name des Mitbewerbers C. GmbH aufgeschienen und habe die Auftraggeberin bei Überprüfung der ONLV-Datei der Antragstellerin im Editor ebenso den Namen der Mitbewerberin vorgefunden.

Gegenstand des vorgelegten Gutachtens vom 3.3.2025 sei die Frage gewesen, „ob mit den von der Firma A. GmbH, als Bieterin, verwendeten Tools die Erzeugung

eines Angebots-Leistungsverzeichnisses nach der ÖNorm A2063:2015 möglich ist, ohne dass die Bieterin dabei unmittelbar erkennt, mit welchem Firmennamen sie das Angebot erstellt hat“.

Schon die Fragestellung gehe am relevanten Thema vorbei. Einzig relevant sei die Frage, wie der Name des Mitbewerbers C. GmbH in die ONLV-Datei (Datenträger) der Antragstellerin Eingang gefunden habe. Damit setze sich das Gutachten gar nicht auseinander. Es lasse sich aus dem vorgelegten Gutachten keine logische Erklärung dafür finden, warum der Datenträger der Antragstellerin als „Bieter/Auftragnehmer“ den direkten Konkurrenten C. GmbH mit Namen und Adresse aufscheine. Dies sei nur dann möglich, wenn diese Akten aktiv eingetragen wurden. Dazu müsse zunächst das kostenfreie Programm ABK-Programm „ABK 8 Starter Edition“ installiert werden, d. h. es müsse sich auf dem eigenen Rechner befinden, um dies nutzen zu können. Sodann könne der Anwender beim ersten Start des Programms (aber auch zu einem späteren Zeitpunkt) im Reiter „Meine Benutzerdaten eingeben ...“ Angaben für Firmenname, Straße, Nummer, Land, Postleitzahl, Ort (aber auch sonstige Daten) eingeben und hinterlegen. Damit diese Daten im Programm hinterlegt werden, bedürfe es eines aktiven Zutuns des Nutzers, d. h. Nutzer müssen die Daten selbst eingeben. Diese hinterlegten Benutzerdaten komme insofern Bedeutung zu, als auf diese in weiterer Folge zurückgegriffen werden könne (aber nicht müsse). Ob diese Daten ins Angebot übernommen werden, entscheide der Nutzer durch Setzen eines „Häkchens“. D. h., die hinterlegten Daten für „Bieter/Auftragnehmer“ würden nur dann eingetragen, wenn das Häkchen auch gesetzt werde. Im Programm „ABK 8 Starter Edition“ könnten externe Datenträger über den Reiter „Neu von Datenträger ...“ eingespielt werden. Dies werde nachstehend mit dem Datenträger von der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren simuliert. (In weiterer Folge wird ein Vorgang mit Screenshots im Schriftsatz auf mehreren Seiten dargestellt.)

Aus den dargestellten Prozessschritten sei ersichtlich, dass auf dem von der Antragstellerin verwendeten Rechner zu irgendeinem Zeitpunkt der Name des Konkurrenten C. GmbH eingegeben worden sein müsse; sei es, dass die Daten als Grunddaten im Reiter „Meine Benutzerdaten eingeben ...“ hinterlegt oder die Daten während der Erstellung des Datenträgers eingegeben worden seien. Die Daten

könnten jedenfalls nicht nur durch das Einspielen des Datenträgers eines vermeintlichen Subunternehmers C. GmbH ins System gelangen.

Was der Hintergrund dafür sei, dass auf einem A. GmbH zuzurechnenden Rechner Daten vom Mitbewerber C. GmbH hinterlegt seien, sei bislang nicht offengelegt worden. Einen Anhaltspunkt dafür biete der Hinweis im Gutachten des Sachverständigen, wo unter Punkt 3 (Befund) auf Seite 3 des Gutachtens auf einen „Verbund mit mehreren Unternehmen“ verwiesen werde, zu dem neben 2 Unternehmen der ... Gruppe auch C. GmbH gehören solle:

„(...) Im Rahmen von derartigen Kooperationen kommt es immer wieder vor, dass auch elektronisch Daten ausgetauscht bzw. Angebote gemeinsam bearbeitet werden. (...)“

Dass eine solche „Kooperation“ von vornherein vergaberechtlich problematisch sei, sei nur der Vollständigkeit halber erwähnt, würden doch die Antragstellerin und die Mitbewerberin bei nahezu allen Ausschreibungen der Antragsgegnerin betreffend Fenster und Türen als Konkurrenten auftreten, die eigene Angebote legten.

Offen bleibe, ob es auch im gegenständlichen Vergabeverfahren eine „derartige Kooperation“ durch Austausch elektronischer Daten gegeben habe. Auch wenn das die Antragstellerin und C. GmbH bestritten, spreche der äußere Anschein dafür. Denn selbst wenn die Antragstellerin aufgrund eines vermeintlichen Importfehlers ihr „gewohntes Ausschreibungsprogramm“ (Nevaris Success X) für die Erstellung eines Angebots-Leistungsverzeichnisses nicht benutzen habe können, bleibe unerklärt, warum dann bei einem ersatzweisen Zurückgreifen auf das frei erhältliche ABK-Programm „ABK 8 Starter Edition“ – dieses müsse auf einen eigenen Rechner heruntergeladen werden – plötzlich der Name des Mitbewerbers im Datenträger aufscheine.

Bei einem gegenständlichen naheliegenden elektronischen Austausch von Angebots-, konkret Kalkulationsdaten zwischen Mitbewerbern handle sich um eine Verhaltensweise, die geeignet sei, den Wettbewerb zu verzerren. Jede Art von Informationsaustausch, der es potentiellen Bietern ermögliche, Prognosen über Art

und Inhalt anderer Angebote abzugeben, stelle nach der Literatur Verletzungen der vergaberechtlichen Pflicht zum Geheimwettbewerb (und eine relevante Täuschung des Auftraggebers) dar. Dass wettbewerbswidrige Absprachen einen gesamtwirtschaftlichen Schaden verursachen, könne als bekannt vorausgesetzt werden. Dieser liege vor allem auch in einem unberechtigten Preistreiben, das letztendlich auch von der Auftraggeberin zu bezahlen sei. Zudem führe diese Verhaltensweise aufgrund des zwingend gebotenen Ausscheidens zu einem deutlich erhöhten Prüf- und Verfahrensaufwand bei dem Angebot der Antragstellerin (mehrfache Aufklärung und Ausscheiden) sowie zu externen Rechtsvertretungskosten.

Mündliche Verhandlung:

Am 20.3.2025 fand die beantragte mündliche Verhandlung statt. Aufgrund des sachlichen Zusammenhanges wurde das gegenständliche Verfahren mit dem Verfahren zu VGW-123/074/1736/2025 zur gemeinsamen Verhandlung verbunden. Der Verlauf der mündlichen Verhandlung ist im Verhandlungsprotokoll festgehalten.

Am 26.3.2025 fand die mündliche Verkündung der Entscheidung statt.

Am 28.3.2025 hat die Antragsgegnerin die Ausfertigung der mündlich verkündeten Entscheidung beantragt.

Sachverhalt, Beweiswürdigung:

Die Auftraggeberin führte ein Vergabeverfahren „... B.-gasse Holzkastenfenster Instandsetzungs- und Tauscharbeiten“ als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich als Bauauftrag. Die Ausschreibungsunterlagen wurden über die ANKÖ-Vergabeplattform zur Verfügung gestellt und sind bestandsfest geworden.

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 10.12.2024 haben 4 Bieter Angebote abgegeben. Aufgrund der Reihung nach Zuschlagskriterien war die Antragstellerin drittgereiht.

Die Antragstellerin (A. GmbH) und die D. GmbH sind verbundene Unternehmen, sie haben gemeinsam das Gebäude, die Geschäftsführung, die interne Verrechnung, die gemeinsame Kalkulationsstelle und die administrative Abteilung. Die Personalkosten werden gegenseitig verrechnet. Das Kalkulationsprogramm (Nevaris Success X; Auer) ist in beiden Gesellschaften ident.

Beim Angebot der Antragstellerin war in der eingereichten ONLV-Datei (Datenbestand gemäß ÖNorm A2063) als „Bieter/Auftragnehmer“ nicht die Antragstellerin, sondern das Unternehmen „C. GmbH“ mit der Adresse „I.-gasse Wien“ eingetragen.

Sowohl die Antragstellerin als auch das Unternehmen C. GmbH wurden mit diesem Umstand konfrontiert und um Aufklärung gebeten.

An die Antragstellerin erging am 13.1.2025 folgender Vorhalt:

„(...) Auf dem mit dem Angebot abgegebenen Datenbestand scheint das Unternehmen „C. GmbH“ auf. Wir ersuchen um Aufklärung. (...)“

Die Antragstellerin hat dazu am 15.1.2025 folgende Erklärung abgegeben (im Original):

„(...) Gerne geben wir folgende Antwort zu Ihrer Frage: wir haben unser Angebot mit unseren Standard aus Preisprogramm ausgepreist, aber aufgrund einen Fehler konnten wir davon kein Datenträger erstellen (siehe Beilage). Deswegen haben wir unsere alten kostenlosen aus Preisprogramm nehmen müssen, wo wegen eine alte Angebot Fa. C. GmbH als Bieter eingestellt war, und haben wir es nicht erkannt und deswegen nicht ausgebessert. (...)“
Angeschlossen war ein Screenshot vom 13.1.2025.

An C. GmbH wurde am 16.1.2025 folgende Aufforderung zur Aufklärung gerichtet:

„(...) Im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde vom Bieter A. GmbH ein Datenbestand vorgelegt, auf dem Ihr Unternehmen aufscheint. Wir ersuchen um Stellungnahme warum Ihr Unternehmen am Datenbestand eines Mitbieters aufscheint. (...)“

C. GmbH antwortete am 21.1.2025:

„(...), Können wir Ihnen leider nicht beantworten, für diese Aufklärung ersuchen wir Sie um Rückfrage bei der A. GmbH. (...)“

Am 24.1.2025 wurde die verfahrensgegenständliche Ausscheidensentscheidung mitgeteilt.

Das Programm „Verwaltung ABK (VA)“ ident mit „ABK 8 Starter Edition“ (kurz ABK) wird von der Stadt Wien in einer „Starter Edition“ kostenfrei auf der Homepage zum Download angeboten. Dieses Programm wird standardmäßig bei den Ausschreibungen der Auftraggeberin und der Stadt Wien verwendet, es steht den Bietern frei, dieses zu verwenden. Die Antragstellerin ist regelmäßig Bieterin in Vergabeverfahren der Auftraggeberin und der Stadt Wien. Der Antragstellerin ist dieses Programm bekannt.

Um das Programm ABK verwenden zu können, muss es auf dem eigenen Rechner installiert sein. Beim ersten Start des Programms (aber auch zu einem späteren Zeitpunkt) kann der Anwender unter „Meine Benutzerdaten eingeben...“ Angaben zu Firmenname, Anschrift etc. eingeben und hinterlegen. Auf diese hinterlegten Benutzerdaten kann in der Folge zurückgegriffen werden. Ob diese Daten in ein Angebot übernommen werden, entscheidet der Nutzer durch Setzen eines „Häkchens“, nur dann werden die hinterlegten Daten eingetragen und übernommen. In diesem Programm können externe Datenträger über den Reiter „Neu von Datenträger ...“ eingespielt werden. Wird ein neuer Datenträger eingespielt, und kein „Häkchen“ gesetzt, werden die im Programm hinterlegten Daten nicht übernommen. Für einen Nutzer ist daher ersichtlich, welcher Bieter/Auftragnehmer am Datenträger gegenständlich zur Anwendung kommt.

Die Antragstellerin kalkuliert ihre Angebote üblicherweise mit „Nevaris Success X“. Bei Verwendung dieses Programms ist die Eingabe von Bieterdaten erforderlich.

Für das gegenständliche Vergabeverfahren war im Programm ABK ein gültiges Angebots-LV im normierten (ÖNorm A2063:2015) ONLV-Dateiformat zu erzeugen. Durch eine Inkompatibilität in der Definition des Datenträgers mit dem Ausschreibungsprogramm Nevaris Success X konnte das Ausschreibungs-LV

seitens der Antragstellerin nicht fehlerlos eingelesen werden und das Programm Nevaris Success X hat die Erstellung eines elektronischen Angebots-LVs aufgrund dieses Fehlers nicht zugelassen. Es wurde daher zur Abgabe eines Angebots-LV Datenträgers ein anderes Programm herangezogen, und zwar das Programm ABK. Dies wurde vom Sachverständigen der Antragstellerin im Zuge der Erstellung seines Gutachtens erhoben und im Gutachten dargestellt.

Für den Geschäftsführer der Antragstellerin ist das Programm ABK nur ein Auspreisungsprogramm, das sich nur für ein Angebot eignet, weil ein weiteres Angebot das vorige überspielt. Bei Verwendung des Programms Nevaris Success X gibt es bei der Antragstellerin Probleme beim Exportieren von Datenträgern. Dies tritt gehäuft auf, wenn eine Leistungsbeschreibung nicht nach der neuesten Fassung der LBH Hochbau erstellt wurde oder Z-Positionen enthält. Die gegenständliche Ausschreibung enthält Z-Positionen.

Der das Angebot der Antragstellerin erstellende Kalkulant der Antragstellerin ist seit 12 Jahren im Unternehmen der Antragstellerin und seither mit der Angebotserstellung betraut. Der Kalkulant der Antragstellerin hat für das gegenständliche Angebot im System Nevaris Success X die Preise eingegeben und ein PDF mit dem Firmennamen der Antragstellerin als Bieterin erstellt. Zum Hochladen auf das Vergabeportal war ein Datenträger zu erstellen. Das Erstellen des Datenträgers hat in Nevaris Success X nicht funktioniert. Dieses Problem ist zu einem Zeitpunkt aufgetreten, als Bieteranfragen nicht mehr zulässig waren. Der Kalkulant hat ein seit unbestimmter Zeit auf seinem PC abgelegtes ABK-Programm herangezogen und damit den Datenträger erstellt. Das vorhandene ABK enthielt als Bietername „C. GmbH“, welcher Umstand dem Kalkulanten nicht aufgefallen ist. Dieses am Computer des Kalkulanten abgelegte ABK-Programm stammt nach seinen Angaben aus der Corona-Zeit, als sich Mitarbeiter der Antragstellerin und Mitarbeiter der C. GmbH insofern ausgeholfen haben, als Mitarbeiter im Home-Office nicht über die erforderliche Software für ein Angebot verfügt haben und daher hilfsweise Angebote durch Mitarbeiter der Antragstellerin für C. GmbH angelegt wurden. Auf ein solches am PC abgelegtes Programm ABK hat der Kalkulant hilfsweise zurückgegriffen und den Kalkulationsvorgang fortgesetzt. Beim Ausdruck des Angebots-LV aus dem Programm ABK war auf dem Deckblatt des Angebotes der Bietername C. GmbH ersichtlich, was dem Kalkulanten aber

nicht aufgefallen ist. Dies kann darauf zurückgeführt werden, dass er zuvor schon im Nevaris Success X ein Angebot in PDF für die Antragstellerin als Bieterin erstellt hat und der Angebotsbetrag in beiden PDF Angebots-LV übereingestimmt hat.

Die Antragstellerin und C. GmbH stehen in aktiver Geschäftsbeziehung, d. h. dass in den letzten 5 Jahren „eine Vielzahl“ von Geschäftsbeziehungen stattgefunden hat. Die D. GmbH ist ein ständiger Lieferant für C. GmbH.

Die Antragstellerin und C. GmbH treten bei nahezu allen Ausschreibungen der Auftraggeberin betreffend Fenster und Türen als Konkurrenten auf und legen eigene Angebote. Dies war auch im gegenständlichen Fall so. Im Vorfeld der Angebotserstellung wurde zwischen der D. GmbH und der C. GmbH betreffend die Kalkulation von Sanierungspositionen korrespondiert, die D. GmbH hat am 28.11.2024 die C. GmbH um ein Angebot für die gegenständlich ausgeschriebenen Sanierungspositionen ersucht. Die D. GmbH hat in der Folge kein Angebot abgegeben. Die C. GmbH hat diese Positionen kalkuliert und die Kalkulation der D. GmbH per Mail am 9.12.2024 übermittelt. Der Geschäftsführer der Antragstellerin hat diese Preise mit der Anordnung, sie eins zu eins in das eigene Angebot zu übernehmen, seinem Kalkulanten übermittelt, der diese Anordnung befolgt hat. Die C. GmbH hat in der Folge ein eigenes Angebot abgegeben, das sich in Leistungspositionen von jenem, das an die D. GmbH ergangen ist, unterscheidet, es fällt höher aus.

Vom Kalkulanten der Antragstellerin wurden in den vorhandenen Datenträger die Preise der Antragstellerin eingesetzt. Weiters wurden die vom Geschäftsführer der Antragstellerin an den Kalkulanten weitergeleiteten Preise im Format PDF auf dessen ausdrückliche Anordnung eins zu eins in das eigene Angebot manuell übernommen. Darüber hinaus wurden keine Daten geändert. Die Höhe der Preise oder etwaige Zuschläge wurden vom Kalkulanten aufgrund der ausdrücklichen Anweisung des Geschäftsführers der Antragstellerin, dass dies Preise passen und diese Preise zu übernehmen seien, nicht hinterfragt.

Im Nachprüfungsverfahren wurden seitens der Antragsgegnerin Leistungspositionen aus den abgegebenen Angeboten geprüft und gegenübergestellt. Ein Vergleich mit dem Preisspiegel hat ergeben, dass in

29 Positionen die Preise aus dem Angebot der C. GmbH mit dem Angebot der Antragstellerin übereinstimmten.

Beweiswürdigung:

Die Feststellungen gründen auf dem Vergabeakt, der Würdigung des Vorbringens, dem seitens der Antragstellerin vorgelegten Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. Dr. K. und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung.

Der als Zeuge einvernommene Kalkulant der Antragstellerin wurde zum Zustandekommen des Angebotes befragt. Seine Aussagen erschienen glaubhaft, er hinterließ einen um die Wahrheitsfindung bemühten Eindruck.

Das Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. Dr. K. vom 3.3.2025 beschäftigt sich mit der Frage, ob mit den von der Antragstellerin als Bieterin verwendeten Tools die Erzeugung eines Angebotsleistungsverzeichnisses nach der ÖNORM A 2063:2015 möglich ist, ohne dass die Bieterin dabei unmittelbar erkennt, mit welchem Firmennamen das Angebot erstellt wird. Das Gutachten erschien schlüssig.

Der Sachverständige kommt im Gutachten zum Schluss, dass im Kalkulationsprogramm der Stadt Wien, ABK, das Erstellen eines Leistungsverzeichnisses ohne Angabe eines Bieternamens möglich ist und das Fehlen eines Bieternamens bzw. ein falscher Bietername daher nicht auffallen musste. In dem von der Antragstellerin verwendeten Programm Nevaris Success X ist der Bietername einzugeben. Das Gutachten sagt auch aus, dass beim Erstellen eines PDF der Bietername in beiden Anwendungen zu erkennen ist.

In der mündlichen Verhandlung hat der Sachverständige sein Gutachten zusammengefasst und ergänzt, dass einmal in der Vergangenheit die Firma und Anschrift der C. GmbH in den gegenständlich verwendeten PC oder in die Installation des ABK, in welcher das Angebotsleistungsverzeichnis erstellt wurde, eingegeben worden sein musste, wobei unklar bleibe, wann dies geschehen sei.

Die Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. Dr. K. in seinem Gutachten, die Ausführungen im Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 11.3.2025 samt Darstellung in zahlreichen Screenshots und die Angaben in der mündlichen Verhandlung deckten sich in wesentlichen Punkten und werden in diesem Ausmaß den Feststellungen zugrunde gelegt. Insbesondere stimmen die Punkte überein, dass das ABK zur Anwendung heruntergeladen werden muss, dass der Bietername aktiv eingetragen werden muss (und dies irgendwann in der Vergangenheit erfolgt ist), was auch vom zeugenschaftlich vernommenen Kalkulanten der Antragstellerin bestätigt wurde, dass externe Datenträger in das Programm ABK einzuspielen waren, die Ausschreibung Z-Positionen enthält, welche bei Verwendung des Nevaris Success X eine Inkompatibilität bei Erzeugung des Datenträgers verursachen können, dass vorhandene Daten im ABK mit dem nächsten Angebot überspielt werden und dass der Bietername bei ausreichender Sorgfalt in jeder Anwendung (ABK und Nevaris Success X) erkennbar war, was jedoch gegenständlich nicht einzig entscheidend war.

Entgegen der Annahme der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 11.3.2025 wurde der Datenträger (der C. GmbH) nicht übernommen, sondern wurden in den vorhandenen Datenträger mit dem dort vorausgefüllten Bieter C. GmbH die Preise zu Sanierungspositionen auf ausdrückliche Anordnung des Geschäftsführers vom Kalkulanten manuell übernommen, was sich aus der Zeugenaussage ergeben hat. Insofern konnte eine genauere Auseinandersetzung mit den im Gutachten und im zitierten Schriftsatz der Antragsgegnerin dargestellten technischen Details unterbleiben, weil aufgrund der Beweisergebnisse davon auszugehen war, dass ein bereits vorhandenes ABK mit dem Bieternamen C. GmbH verwendet wurde und der (unrichtige) Bietername dem Kalkulanten nicht aufgefallen ist.

Nicht von der Hand zu weisen war die vom Zeugen geschilderte Praxis, dass in Corona-Zeiten Mitarbeiter im Home-Office und Mitarbeiter im Büro sich gegenseitig ausgeholfen haben und aus diesem Grund ein ABK mit dem Bieternamen C. GmbH am Computer des Kalkulanten der Antragstellerin vorhanden war, zumal die Unternehmen in einer ständigen Geschäftsbeziehung stehen. Ein Nachweis für eine Abrede war darin nicht zu erblicken, auch wenn ein gehäufter Kontakt auf der Ebene von z.B. Kalkulanten verschiedener Bieter geeignet ist, ein jedenfalls fragwürdiges Bild aufzuwerfen.

Unbestritten wird das Programm ABK seit vielen Jahren von der Antragsgegnerin und der Stadt Wien in unveränderter Art verwendet und kostenlos zur Verfügung gestellt. Dies mag ein Grund sein, weshalb es für viele Kalkulanten ein gängiges und bekanntes Dateiformat ist, das im Anwendungsfall und im Detail nicht hinterfragt wird. Der Zeuge/Kalkulant ist ein seit vielen Jahren mit Angebotserstellung befasster Mitarbeiter der Antragstellerin. Der Zeuge konnte zu Details oder bestimmten Umständen, etwa Subunternehmer oder Personalkosten, nachvollziehbare Angaben machen, die seine Erfahrung auf diesem Gebiet zeigten. Der im Verfahren vom Zeugen geschilderte Hergang erschien plausibel und deckt sich mit dem Inhalt des von der Antragstellerin übermittelten Aufklärungsschreibens im Vergabeverfahren.

Dass von einem seit 2012 bei der Antragstellerin eingesetzten Kalkulanten ein im ABK vorhandener, unrichtiger Bietername bei Erstellung des eigenen Angebotes nicht erkannt wird, kann mit einer gewissen Routine oder Betriebsblindheit erklärt werden, zumal auch der Angebotsbetrag in beiden PDF übereinstimmte, kann aber auch damit zusammenhängen, dass beim Auftreten eines technischen Problems eine praktische Lösung zu finden war, die gegenständlich im am PC des Zeugen vorhandenen ABK gefunden und angewendet wurde. Eine gewisse Eile kam beim Zeugen darin zum Ausdruck, als er aussagte: „Das Problem ist zu einem Zeitpunkt aufgetreten, zu dem Bieteranfragen nicht mehr zulässig waren.“ Eine Abrede ist damit noch nicht nachgewiesen.

Dass der Zeuge ausgesagt hat, dass es „eventuell...eine mündliche Vereinbarung mit der Firma C. GmbH gegeben“ habe, hat in Zusammenschau mit den weiteren Beweisergebnissen den Nachweis einer Abrede nicht ergeben, da die Aussage des Zeugen zu allgemein war.

Die Aussage des Zeugen, er habe „Angebote für C. GmbH erstellt“, hatte insbesondere im Lichte der ständigen Geschäftsbeziehung der Antragstellerin als auch der D. GmbH mit der C. GmbH, die die D. GmbH als ständigen Lieferanten angegeben hat, nicht den Beweiswert einer nachgewiesenen Abrede.

Aufgrund der glaubhaften Aussagen des Vertreters der Antragstellerin als auch des Vertreters der C. GmbH in der mündlichen Verhandlung, die ohne Umschweife zur Sache aussagten und ihre jeweiligen Sichtweisen darlegten, war ihren Aussagen Glauben zu schenken. Sie konnten den Feststellungen zugrunde gelegt werden.

Maßgebliche Rechtsvorschriften:

§ 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 lautet:

- (1) Der öffentliche Auftraggeber hat – unbeschadet der Abs. 3 bis 5 – einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn
(...)
4. der öffentliche Auftraggeber über hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür verfügt, dass der Unternehmer mit anderen Unternehmern für den öffentlichen Auftraggeber nachteilige Abreden getroffen hat, die gegen die guten Sitten verstoßen, oder mit anderen Unternehmern Abreden getroffen hat, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbes abzielen, oder
(...)

§ 141 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 BVergG 2018 lautet:

- (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der öffentliche Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:
(...)
2. Angebote von Bietern, deren Eignung nicht gegeben ist, oder
(...)
(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der öffentliche Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren. (...)

Rechtliche Würdigung:

Die Antragsgegnerin ist unbestritten öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018; sie hat einen Bauauftrag als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat sich durch Angebotslegung am Vergabeverfahren beteiligt.

Nach den getroffenen Feststellungen wurde die Antragstellerin am 24.1.2025 gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 BVergG 2018 ausgeschieden, weil in ihrem Angebot (ONLV-Datei) die Bieterin C. GmbH samt Anschrift eingetragen war und

im Aufklärungsverfahren eine nachvollziehbare Begründung nicht gegeben worden sei.

Dagegen wurde frist- und formgerecht gegenständlicher Nachprüfungsantrag eingebracht.

Von der Antragslegitimation der Antragstellerin für das Nachprüfungsverfahren wurde ausgegangen, weil die eingelangten Angebote nach dem Vergabeakt von der Antragsgegnerin noch nicht abschließend geprüft sind.

Bei der Ausscheidensentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. aa BVergG 2018.

Die Formalvoraussetzungen des Antrages auf Nichtigerklärung gemäß §§ 18, 20 WVRG 2020 sind erfüllt, die Pauschalgebühr wurde nachweislich entrichtet.

Zum Ausscheiden gemäß § 141 Abs. 2 BVergG 2018:

An die Antragstellerin erging am 13.1.2025 folgender Vorhalt:

„(...) Auf dem mit dem Angebot abgegebenen Datenbestand scheint das Unternehmen „C. GmbH“ auf. Wir ersuchen um Aufklärung. (...)“

Die Antragstellerin hat dazu am 15.1.2025 folgende Erklärung abgegeben (im Originalwortlaut):

„(...) Gerne geben wir folgende Antwort zu Ihrer Frage: wir haben unser Angebot mit unseren Standard aus Preisprogramm ausgepreist, aber aufgrund einen Fehler konnten wir davon kein Datenträger erstellen (siehe Beilage). Deswegen haben wir unsere alten kostenlosen aus Preisprogramm nehmen müssen, wo wegen eine alte Angebot Fa. C. GmbH als Bieter eingestellt war, und haben wir es nicht erkannt und deswegen nicht ausgebessert. (...)“
Angeschlossen war ein Screenshot vom 13.1.2025.

Diese Aufklärung der Antragstellerin wurde als nicht nachvollziehbar angesehen und neben einem weiteren Ausscheidensgrund der Ausscheidensentscheidung vom 24.1.2025 zugrunde gelegt.

Dazu ist auszuführen, dass die Aufforderung zur Aufklärung seitens der Antragsgegnerin in Umfang, Formulierung und Aussage sehr knapp ausgefallen ist. Dieser knappen Formulierung im Vorhalt steht eine Antwort der Antragstellerin gegenüber, die – erkennbar - ein technisches Problem bei der Erstellung des Datenträgers sowie die Lösung dieses Problems schildert und mit einem Screenshot vom Tag des Vorhaltes dieses Problem auch zu belegen versucht wurde. Es wurde seitens der Antragstellerin dem Vorhalt entsprechend geantwortet und der vorgehaltene Umstand erkennbar mit einem technischen Problem bei Erstellung des Datenträgers aufgeklärt.

Es war daher im Ergebnis, auch in Anbetracht der sehr knapp gehaltenen Formulierung im Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin, die Antwort der Antragstellerin als ausreichend und nachvollziehbar anzusehen. Das Ausscheiden aus dem Grund des § 141 Abs. 2 BVergG 2018 war daher nicht zu bestätigen.

Zum Ausscheiden gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 iVm § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018:

Die Materialien führen zu den Begriffen freier, unlauterer bzw. fairer Wettbewerb aus, der freie Wettbewerb sei der nicht behinderte, d. h. zum Beispiel der keinen Beschränkungen unterliegende Wettbewerb; der faire Wettbewerb betreffe das Verhältnis Auftraggeber-Bewerber/Bieter und der lautere Wettbewerb betreffe das Verhältnis zwischen den Bewerbern/Bietern. Ein unlauterer Wettbewerb sei dann gegeben, wenn ein Unternehmer zum Beispiel durch Bestechung, Preisabsprachen mit bestimmten Mitkonkurrenten und Ausnützen seiner marktbeherrschenden Position einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil zu erlangen suche.

Der Begriff der Abrede umfasst nicht nur ausdrückliche (und schlüssige) Vereinbarungen zwischen Unternehmern, sondern auch Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und vor allem aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmern, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

Abreden, die gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßen, sind per se für den Auftraggeber nachteilig. Der Auftraggeber hat ein wettbewerbswidriges

Verhalten konkret nachzuweisen, um ein Angebot aus diesem Grund ausscheiden zu können. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, ein Angebot im Hinblick auf seine Kartellrechtskonformität einer vollständigen und abschließenden Bewertung zu unterziehen. Der Auftraggeber muss daher keine Feinprüfung des betreffenden Sachverhalts vornehmen, sondern kann einen gröberen Maßstab bei der Durchführung der kartellrechtlichen Prüfung der Angebote anlegen (VwGH 26.8.2022, 2010/04/0070 mwN).

Im gegenständlichen Fall war auch bei Anwendung eines gröberen Maßstabes der Nachweis eines wettbewerbswidrigen oder kartellrechtlich relevanten Verhaltens nicht mit der erforderlichen Sicherheit anzunehmen, wie nachfolgend begründet wird.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Auslegung des Art. 101 AEUV (Verbot von u.a. Vereinbarungen zwischen Unternehmern sowie aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken) muss das Vorliegen einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise oder einer Vereinbarung in den meisten Fällen aus einer Reihe von Koinzidenzen und Indizien abgeleitet werden, die in einer Gesamtbetrachtung mangels einer anderen schlüssigen Erklärung den Beweis für eine Verletzung der Wettbewerbsregeln darstellen können. Der Effektivitätsgrundsatz verlange, dass der Beweis für den Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht der Union nicht nur durch unmittelbare Beweis erbracht werden kann, sondern auch mittels Indizien, sofern diese objektiv und übereinstimmend sind.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass unmittelbar keine Beweise für ein wettbewerbswidriges Verhalten vorlagen, jedoch waren ansatzweise Hinweise erkennbar, die ein wettbewerbswidriges Verhalten der Antragstellerin nahelegen, wie etwa die 1:1-Übernahme von Sanierungs-Leistungspositionen in das eigene Angebot oder dass in der Vergangenheit die Firma und Anschrift der C. GmbH in eine Applikation der ABK eingetragen wurde und sich diese noch immer am Computer des zuständigen Bearbeiters befindet.

Es gibt jedoch auch Anzeichen, die gegen eine Abrede sprechen. Hierbei sind zu nennen, die seit Jahren bestehende Geschäftsbeziehung zwischen der Antragstellerin, der D. GmbH und der C. GmbH, die etwa darin besteht, dass die C. GmbH ständige Kundin der D. GmbH ist und von dieser Fenster bezieht, die C. GmbH für die Antragstellerin Sanierungsarbeiten in der Vergangenheit übernommen hat, und der Geschäftsführer der Antragstellerin ohne Zweifel und Zögern von C. GmbH kalkulierte Leistungspositionen für Sanierungsarbeiten in das eigene Angebot übernimmt. Eine solche enge und häufige Zusammenarbeit kann zu gewissen Graubereichen führen, die bei öffentlichen Auftraggebern zu zwingenden Prüfschritten führen bzw. solche in Vergabeverfahren notwendig werden lassen, wie dies gegenständlich der Fall war.

Gewichtig ist in diesem Zusammenhang der unmittelbare Eindruck der Vertreter der beiden Bieter in der mündlichen Verhandlung, in welcher sie ohne Umschweife zur Sache aussagten, ihre Ansichten vertraten und ihre Sichtweisen darlegten. Der Umgang mit dem Verfahrensgegenstand in der mündlichen Verhandlung ließ nicht den Eindruck einer Abrede im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren entstehen und stand so den Indizien entgegen. Die Schilderung der beiden Vertreter der Bieter wirkte authentisch und erweckte nicht den Eindruck, dass bei ihrer Aussage der eine oder andere Teil verschwiegen werden soll oder abgesprochen war.

Es wurde von der Antragsgegnerin vorgebracht – und von der Antragstellerin bestätigt –, dass die Antragstellerin und C. GmbH häufig bei Auftragsvergaben auftreten, aber getrennte Angebote abgeben und bisher keine Subunternehmerverhältnisse bei öffentlichen Auftragsvergaben eingegangen sind. Die übereinstimmenden Angaben im Nachprüfungsverfahren vermittelten den Eindruck einer geklärten Geschäftsbeziehung. Der Nachweis einer Abrede oder einer abgestimmten Verhaltensweise bei Angebotslegung lag auch damit nicht vor. Von verbundenen Unternehmen war nicht auszugehen. Der im Gutachten so formulierte Satz stellt eine Wertung aus Sicht des Sachverständigen aus technischer Sicht dar und lässt keinen rechtlich zwingenden Schluss zu.

Wenn – wie im vorliegenden Fall – im Angebot (ONLV-Datei) der Antragstellerin der Name der C. GmbH eingetragen ist, erscheint auf den ersten Blick verständlich,

dass der Verdacht einer Absprache für die Antragsgegnerin naheliegend war, und eine Angebotsprüfung hinsichtlich dieses Umstandes erfolgt ist. Das Ausscheiden erfolgte dennoch nicht zu Recht, wozu weiter ausgeführt wird wie folgt:

Wie bereits oben festgestellt, war der Ausscheidensgrund der unzureichenden Aufklärung – vor allem auch gemessen an der knapp formulierten Aufforderung zur Aufklärung, der eine Antwort der Antragstellerin folgte, die für den gegenständlichen Sachverhalt hinreichend plausibel und ausreichend war - nicht gegeben. Weiters waren die im Aufklärungsverfahren vorhandenen Indizien eines wettbewerbswidrigen Verhaltens einzig das Aufscheinen des Namens C. GmbH im Angebot (ONLV-Datei) der Antragstellerin. Dass die Antragstellerin die von C. GmbH kalkulierten Sanierungspositionen eins zu eins in ihr Angebot übernommen hat, waren im Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung vom 24.1.2025 kein Indiz für das Ausscheiden, das die Antragsgegnerin zu berücksichtigen gehabt hätte, weil dieser Umstand erst im Nachprüfungsverfahren (und zwar im Verfahren betreffend C. GmbH) hervorgekommen ist. Erst im Nachprüfungsverfahren wurde die Kenntnis der Antragsgegnerin davon zum Anlass für weitere Annahmen einer wettbewerbswidrigen Abrede herangezogen, die aber auch Kalkulationsdetails im Angebot der C. GmbH betreffen. Eine wettbewerbswidrige Abrede zwischen der Antragstellerin und C. GmbH konnte – trotz akribischer Prüfung der Leistungspositionen in den abgegebenen Angeboten im Zuge des Nachprüfungsverfahrens – damit nicht nachgewiesen werden, weil auch damit wiederum lediglich Vermutungen und Indizien, jedoch keine belastbaren Nachweise für eine Abrede, vorlagen.

Nach den aus der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Feststellung einer Abrede zwischen Unternehmern reichen Indizien, sofern diese objektiv und übereinstimmend sind.

Für den gegenständlichen Fall lagen solche objektiven und übereinstimmenden Indizien nicht vor. Es stellen z.B. die hinreichende Aufklärung der Antragstellerin im Vergabeverfahren, die erkennbar das technische Problem schildert, das in dem im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Sachverständigengutachten nachvollziehbar bestätigt wurde, die Zeugenaussage des Kalkulanten, der glaubhaft den Hergang schilderte, die übereinstimmenden Aussagen der

Antragstellerin und C. GmbH zur ständigen Geschäftsbeziehung geeignete Nachweise dar, nach welchen eine Abrede zwischen der Antragstellerin und C. GmbH gerade nicht ausreichend belegt und nachgewiesen ist.

Nach der oben zitierten Rechtsprechung des EuGH können Indizien in einer Gesamtbetrachtung mangels einer anderen schlüssigen Erklärung den Beweis für eine Verletzung der Wettbewerbsregeln darstellen.

Im vorliegenden Fall liegt in der Erklärung des Zeugen zum Zustandekommen dieses Angebots mit dem Bieternamen C. GmbH im Angebotsleistungsverzeichnis, bestätigt durch die Aussagen des Sachverständigen, eine schlüssige Erklärung vor. Es waren daher in einer Gesamtbetrachtung die vorliegenden Indizien nicht ausreichend, um einen Beweis für eine Verletzung der Wettbewerbsregeln durch die Antragstellerin und C. GmbH darzustellen.

Das Verhalten der Antragstellerin war daher nicht als vergaberechtswidrige Abrede im Sinn des § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 anzusehen. Der Ausscheidensgrund gemäß § 142 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 BVergG 2018 war daher im Ergebnis nicht anzunehmen. Die Ausscheidensentscheidung war daher nichtig zu erklären.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 15 WVRG 2020. Die für einen Kostenersatz notwendige Voraussetzung liegt vor.

Die zu viel entrichtete Pauschalgebühr ist der Antragstellerin vom Verwaltungsgericht Wien 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.

Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen. Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint. Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter

oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Dr. Oppel