

TE Vwgh Erkenntnis 2012/6/18 2010/04/0011

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.06.2012

Index

E3L E06302000;

E6j;

001 Verwaltungsrecht allgemein;

97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

31971L0305 Vergabekoordinierungs-RL öffentliche Bauaufträge 1971;

61989CJ0243 Kommission / Dänemark;

62007CJ0538 Assitur VORAB;

62008CJ0376 Serrantoni und Consorzio stabile edili VORAB;

BVergG 2006 §123 Abs2 Z1;

BVergG 2006 §126;

BVergG 2006 §127;

BVergG 2006 §129 Abs1 Z8;

BVergG 2006 §129 Abs2;

BVergG 2006 §19 Abs1;

BVergG 2006 §2 Z1;

BVergG 2006 §2 Z13;

BVergG 2006 §2 Z2;

BVergG 2006 §2 Z3;

VwRallg;

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

2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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

2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 127 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

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

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der X GmbH in Y, vertreten durch G & O Gößeringer Oman, Rechtsanwälte in 9020 Klagenfurt, Alter Platz 12/II, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten vom 11. November 2009, Zl. KUVS-K2-1995/10/2009, betreffend vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (weitere Partei: Kärntner Landesregierung; mitbeteiligte Partei: A GmbH in B), zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der römisch zehn GmbH in Y, vertreten durch G & O Gößeringer Oman, Rechtsanwälte in 9020 Klagenfurt, Alter Platz 12/II, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten vom 11. November 2009, Zl. KUVS-K2-1995/10/2009, betreffend vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (weitere Partei: Kärntner Landesregierung; mitbeteiligte Partei: A GmbH in B), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Land Kärnten Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.römisch eins.

1. Vergabeverfahren:

Nach den insoweit unstrittigen Feststellungen des angefochtenen Bescheides hat die Beschwerdeführerin als öffentliche Auftraggeberin (im Folgenden: Auftraggeberin) einen Lieferauftrag "Holzfenster und Verglasungsarbeiten: Neubau Gebäude B 08 und B 10 - Lakeside Park Y" ausgeschrieben.

Mit Entscheidung vom 25. September 2009 schied die Auftraggeberin das Angebot der mitbeteiligten Partei (Teilangebot betreffend Verglasungsarbeiten) gemäß § 129 Abs. 1 Z. 8 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) aus, weil die mitbeteiligte Partei neben dem eigenständigen Teilangebot auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft ("Willroider-Strussnig Lakeside Park BA 03") ein Gesamtangebot gelegt habe und diese Vorgangsweise gegen den Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs verstoße. Mit Entscheidung vom 25. September 2009 schied die Auftraggeberin das Angebot der mitbeteiligten Partei (Teilangebot betreffend Verglasungsarbeiten) gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) aus, weil die mitbeteiligte Partei neben dem eigenständigen Teilangebot auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft ("Willroider-Strussnig Lakeside Park BA 03") ein Gesamtangebot gelegt habe und diese Vorgangsweise gegen den Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs verstoße.

2. Nachprüfungsverfahren und angefochtener Bescheid:

Gegen diese Ausscheidensentscheidung brachte die mitbeteiligte Partei einen Nachprüfungsantrag bei der belangten Behörde ein. Diesen begründete sie im Wesentlichen damit, die Voraussetzungen des § 129 Abs. 1 Z. 8 BVerG 2006 lägen nicht vor, da ihre Vorgangsweise nicht gegen den Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs verstoßen habe. So verfüge die mitbeteiligte Partei (lediglich) über die Befugnis zur Durchführung der Verglasungsarbeiten und habe nach Maßgabe dieser Befugnis das (nunmehr ausgeschiedene) Teilangebot gelegt. Aus Befugnisgründen sei unter Eingehen einer Bietergemeinschaft auch ein Gesamtangebot, dieses auch für die Lieferung und Herstellung der Holzfenster, wie auch für die Verglasung gelegt worden. Sowohl im Teilangebot über die Verglasungsarbeiten als auch im Gesamtangebot seien unter den Verglasungsarbeiten die identen Preise angeführt. Gegen diese Ausscheidensentscheidung brachte die mitbeteiligte Partei einen Nachprüfungsantrag bei der belangten Behörde ein. Diesen begründete sie im Wesentlichen damit, die Voraussetzungen des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVerG 2006 lägen nicht vor, da ihre Vorgangsweise nicht gegen den Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs verstoßen habe. So verfüge die mitbeteiligte Partei (lediglich) über die Befugnis zur Durchführung der Verglasungsarbeiten und habe nach Maßgabe dieser Befugnis das (nunmehr ausgeschiedene) Teilangebot gelegt. Aus Befugnisgründen sei unter Eingehen einer Bietergemeinschaft auch ein Gesamtangebot, dieses auch für die Lieferung und Herstellung der Holzfenster, wie auch für die Verglasung gelegt worden. Sowohl im Teilangebot über die Verglasungsarbeiten als auch im Gesamtangebot seien unter den Verglasungsarbeiten die identen Preise angeführt.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde die genannte Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin gemäß § 6 Abs. 1 und Abs. 2 Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz, LGBl. Nr. 17/2003 idF LGBl. Nr. 74/2006 (K-VergRG), für nichtig erklärt und der Auftraggeberin gemäß § 7 Abs. 5 K-VergRG die Verpflichtung zum Ersatz der von der mitbeteiligten Partei entrichteten Pauschalgebühren auferlegt. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde die genannte Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin gemäß Paragraph 6, Absatz eins und Absatz 2, Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz, Landesgesetzblatt Nr. 17 aus 2003, in der Fassung Landesgesetzblatt Nr. 74 aus 2006, (K-VergRG), für nichtig erklärt und der Auftraggeberin gemäß Paragraph 7, Absatz 5, K-VergRG die Verpflichtung zum Ersatz der von der mitbeteiligten Partei entrichteten Pauschalgebühren auferlegt.

Begründend führte die belangte Behörde nach Wiedergabe der §§ 19 und 129 Abs. 1 Z. 8 BVerG 2006 im Wesentlichen aus, im vorliegenden Fall sei die Ausschreibung bestandsfest geworden und sei es daher auch zulässig (die Ausschreibung lasse dies ausdrücklich zu), wenn ein Bieter zum einen ein Teilangebot lege und zum anderen im Rahmen einer Bietergemeinschaft gemeinsam mit einem anderen Bieter ein Gesamtangebot lege. Ebenso sei es mit den Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibung vereinbar, dass dieser Bieter bei einem anderen Bieter als Subunternehmer in Erscheinung trete. Begründend führte die belangte Behörde nach Wiedergabe der Paragraphen 19 und 129 Absatz eins, Ziffer 8, BVerG 2006 im Wesentlichen aus, im vorliegenden Fall sei die Ausschreibung bestandsfest geworden und sei es daher auch zulässig (die Ausschreibung lasse dies ausdrücklich zu), wenn ein Bieter

zum einen ein Teilangebot lege und zum anderen im Rahmen einer Bietergemeinschaft gemeinsam mit einem anderen Bieter ein Gesamtangebot lege. Ebenso sei es mit den Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibung vereinbar, dass dieser Bieter bei einem anderen Bieter als Subunternehmer in Erscheinung trete.

Der Umstand, dass die mitbeteiligte Partei erstens in einer Bietergemeinschaft ein Gesamtangebot gelegt habe, dass sie zweitens auch für den separat anzubietenden Leistungsteil "Verglasungsarbeiten" ein Teilangebot gelegt habe und dass sie drittens für den Teilbereich "Verglasungsarbeiten" als Subunternehmer eines weiteren Bieters (der Stadtbaumeister W GmbH) aufgetreten sei, vermöge nicht den Tatbestand des § 129 Abs. 1 Z. 8 BVergG 2006 zu verwirklichen. Der Umstand, dass die mitbeteiligte Partei erstens in einer Bietergemeinschaft ein Gesamtangebot gelegt habe, dass sie zweitens auch für den separat anzubietenden Leistungsteil "Verglasungsarbeiten" ein Teilangebot gelegt habe und dass sie drittens für den Teilbereich "Verglasungsarbeiten" als Subunternehmer eines weiteren Bieters (der Stadtbaumeister W GmbH) aufgetreten sei, vermöge nicht den Tatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 zu verwirklichen.

Auf Grund des Parteienvorbringens sowie der vorgelegten Akten des Vergabeverfahrens sei keinesfalls zutage getreten, dass gegenständlich für den Auftraggeber nachteilige Abreden getroffen worden seien bzw. dass dem Auftraggeber sonst nachteilige Folgen entstanden seien. Insbesondere sei es auch zu keiner Wettbewerbsverzerrung gekommen, da sich neben der Bietergemeinschaft und der mitbeteiligten Partei auch andere Bieter am Vergabeverfahren beteiligt und Angebote gelegt hätten. Die von der Auftraggeberin (im Nachprüfungsverfahren) angeführten Entscheidungen seien jedenfalls mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar und nicht geeignet darzutun, dass vorliegend der Ausscheidungstatbestand des § 129 Abs. 1 Z. 8 BVergG 2006 vorliege. Auf Grund des Parteienvorbringens sowie der vorgelegten Akten des Vergabeverfahrens sei keinesfalls zutage getreten, dass gegenständlich für den Auftraggeber nachteilige Abreden getroffen worden seien bzw. dass dem Auftraggeber sonst nachteilige Folgen entstanden seien. Insbesondere sei es auch zu keiner Wettbewerbsverzerrung gekommen, da sich neben der Bietergemeinschaft und der mitbeteiligten Partei auch andere Bieter am Vergabeverfahren beteiligt und Angebote gelegt hätten. Die von der Auftraggeberin (im Nachprüfungsverfahren) angeführten Entscheidungen seien jedenfalls mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar und nicht geeignet darzutun, dass vorliegend der Ausscheidungstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 vorliege.

3. Beschwerde:

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde der Auftraggeberin, in der im Wesentlichen unter Hinweis auf näher bezeichnete Entscheidungen des Bundesvergabeamtes sowie eine Entscheidung der Vergabekammer Nordbayern sowie näher bezeichnete Literatur im Wesentlichen ausgeführt wird, dass die Mehrfachbeteiligung von Bewerbern in mehreren Bietergemeinschaften mit dem Wettbewerbsgrundsatz nicht in Einklang zu bringen sei, wie auch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes (VfGH) vom 22. September 2003, B 1725/01 u.a., zeige.

Daher verstoße die Mehrfachbeteiligung der mitbeteiligten Partei im gegenständlichen Vergabeverfahren in eklatanter Weise gegen den Grundsatz des fairen, freien und lauten Wettbewerbes gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 und sei daher sowohl das Angebot der betroffenen Bietergemeinschaft als auch das Einzelangebot der mitbeteiligten Partei gemäß § 129 BVergG 2006 zwingend auszuschneiden gewesen. Daher verstoße die Mehrfachbeteiligung der mitbeteiligten Partei im gegenständlichen Vergabeverfahren in eklatanter Weise gegen den Grundsatz des fairen, freien und lauten Wettbewerbes gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 und sei daher sowohl das Angebot der betroffenen Bietergemeinschaft als auch das Einzelangebot der mitbeteiligten Partei gemäß Paragraph 129, BVergG 2006 zwingend auszuschneiden gewesen.

Des Weiteren beruhten die Feststellungen der belangten Behörde zum Inhalt der bestandsfesten Ausschreibung auf einer ungenügenden Beweiswürdigung.

4. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie unter anderem darauf hinwies, dass aus dem verfahrensgegenständlichen Leistungsverzeichnis (Punkt 1.4. Leistungsverzeichnis Organisationsschema) klar hervorgehe, dass eine Teilvergabe für die Holzfenster, aber auch eine Teilvergabe für den Teil Verglasungen, vorgesehen gewesen sei und die belangte Behörde daher ohne weitere Ermittlungen zu Recht davon ausgehen habe können, dass die Auftraggeberin eine Teilvergabe vorgesehen habe. Auf

Grund dieser Gegebenheiten sei die belangte Behörde auch davon ausgegangen, dass es grundsätzlich zulässig sei, wenn ein Bieter wie die mitbeteiligte Partei zum einen ein Teilangebot für die Verglasungsarbeiten und zum anderen im Rahmen einer Bietergemeinschaft ein Gesamtangebot lege.

II.römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Maßgeblicher Ausscheidenstatbestand:

Im Beschwerdeverfahren geht es alleine um die Frage, ob die von der Auftraggeberin getroffene und auf § 129 Abs. 1 Z. 8 BVergG 2006 gestützte Ausscheidensentscheidung - ein anderer Ausscheidungstatbestand wurde fallbezogen weder von der Auftraggeberin noch von der belangten Behörde im Nachprüfungsverfahren herangezogen (vgl. zum amtswegigen Aufgreifen von Ausscheidensgründen durch die Vergabekontrollbehörde das hg. Erkenntnis vom 12. Mai 2011, Zl. 2007/04/0012, mwN) - zu Recht erfolgte. Im Beschwerdeverfahren geht es alleine um die Frage, ob die von der Auftraggeberin getroffene und auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 gestützte Ausscheidensentscheidung - ein anderer Ausscheidungstatbestand wurde fallbezogen weder von der Auftraggeberin noch von der belangten Behörde im Nachprüfungsverfahren herangezogen vergleiche , zum amtswegigen Aufgreifen von Ausscheidensgründen durch die Vergabekontrollbehörde das hg. Erkenntnis vom 12. Mai 2011, Zl. 2007/04/0012, mwN) - zu Recht erfolgte.

2. Gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden nach § 129 Abs. 1 Z. 8 BVergG 2006: 2. Gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006:

Gemäß § 129 Abs. 1 Z. 8 BVergG 2006 in der im Beschwerdefall maßgeblichen FassungBGBl. I Nr. 86/2007 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bietern auszuschneiden, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 in der im Beschwerdefall maßgeblichen Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bietern auszuschneiden, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben.

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 (ebenso in der FassungBGBl. I Nr. 86/2007) sind Vergabeverfahren nach einem unter diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter anderem entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes durchzuführen. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 (ebenso in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,) sind Vergabeverfahren nach einem unter diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter anderem entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes durchzuführen.

Nach den Materialien zu dieser Bestimmung (vgl. RV 1171 BlgNR XXII. GP zu § 19) hat der Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs neben der innerstaatlichen auch eine gemeinschafts(jetzt: unions)rechtliche Grundlage, wobei die Erläuterungen auf ein Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (nunmehr: Union; EuGH) in der Rechtssache C-243/89 verweisen, wonach die Richtlinie 71/305/EWG die Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge bezweckt und daher Selektions- und Zuschlagskriterien aufstellt, die einen solchen Wettbewerb gewährleisten sollen. Nach den Materialien zu dieser Bestimmung vergleiche , Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode zu Paragraph 19,) hat der Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs neben der innerstaatlichen auch eine gemeinschafts(jetzt: unions)rechtliche Grundlage, wobei die Erläuterungen auf ein Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (nunmehr: Union; EuGH) in der Rechtssache C-243/89 verweisen, wonach die Richtlinie 71/305/EWG die Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge bezweckt und daher Selektions- und Zuschlagskriterien aufstellt, die einen solchen Wettbewerb gewährleisten sollen.

In dieser Hinsicht hat der EuGH in seiner Rechtsprechung festgehalten, dass "die Gemeinschaftsvorschriften auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarkts erlassen wurden, in dem der freie Verkehr gewährleistet und Wettbewerbsbeschränkungen unterbunden sind" (vgl. das Urteil vom 19. Mai 2009

in der Rechtssache C-538/07, Assitur Srl/Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, Slg. 2009, I-04219, Randnr. 25, mwN). In dieser Hinsicht hat der EuGH in seiner Rechtsprechung festgehalten, dass "die Gemeinschaftsvorschriften auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarkts erlassen wurden, in dem der freie Verkehr gewährleistet und Wettbewerbsbeschränkungen unterbunden sind" vergleiche , das Urteil vom 19. Mai 2009 in der Rechtssache C-538/07, Assitur Srl/Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, Slg. 2009, I-04219, Randnr. 25, mwN).

Die Materialien führen zu den Begriffen freier, lauterer bzw. fairer Wettbewerb weiters aus, der freie Wettbewerb sei der nicht behinderte, das heißt z.B. keinen (Zugangs- oder Ausübungs-)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 z.B. durch Bestechung, Preisabsprachen mit bestimmten Mitkonkurrenten oder Ausnützen seiner marktbeherrschenden Position einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil zu erlangen suche.

Der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs. 1 Z. 8 BVergG 2006 steht in einem systematischen Zusammenhang zu § 19 Abs. 1 BVergG 2006. Während sich § 19 Abs. 1 BVergG 2006 an den Auftraggeber richtet und diesen verpflichtet, Vergabeverfahren entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs durchzuführen, richtet der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs. 1 Z. 8 BVergG 2006 die korrespondierende Pflicht zu einem diesen Grundsätzen entsprechenden Verhalten an die Unternehmer (vgl. Öhler/Schramm in Der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 steht in einem systematischen Zusammenhang zu Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006. Während sich Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 an den Auftraggeber richtet und diesen verpflichtet, Vergabeverfahren entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs durchzuführen, richtet der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 die korrespondierende Pflicht zu einem diesen Grundsätzen entsprechenden Verhalten an die Unternehmer vergleiche , Öhler/Schramm in

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar2 (2009), Rz. 102 zu § 129). Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar2 (2009), Rz. 102 zu Paragraph 129,).

Dieser Ausscheidenstatbestand setzt einerseits voraus, dass eine Abrede von einem Bieter (§ 2 Z. 13 BVergG 2006) getroffen wurde. 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 (vgl. Öhler/Schramm, aaO, Rz. 106 und 108 zu § 129). Dieser Ausscheidenstatbestand setzt einerseits voraus, dass eine Abrede von einem Bieter (Paragraph 2, Ziffer 13, BVergG 2006) getroffen wurde. 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 vergleiche , Öhler/Schramm, aaO, Rz. 106 und 108 zu Paragraph 129,).

Abreden verstoßen gegen den Grundsatz des Wettbewerbs, wenn eine Abrede das Wettbewerbsverhalten von Unternehmen in einem konkreten Vergabeverfahren koordiniert und dadurch eine für den Auftraggeber nachteilige Beeinflussung des Wettbewerbsergebnisses beabsichtigt oder (tatsächlich oder möglicherweise) bewirkt wird (vgl. Öhler/Schramm, aaO, Rz. 111 zu § 129). Abreden, die gegen den Grundsatz des Wettbewerbs (oder gegen die guten Sitten) verstoßen, sind per se für den Auftraggeber nachteilig, was weitere Voraussetzung des Ausscheidenstatbestandes des § 129 Abs. 1 Z. 8 BVergG 2006 ist (vgl. Öhler/Schramm, aaO, Rz. 113). Abreden verstoßen gegen den Grundsatz des Wettbewerbs, wenn eine Abrede das Wettbewerbsverhalten von Unternehmen in einem konkreten Vergabeverfahren koordiniert und dadurch eine für den Auftraggeber nachteilige Beeinflussung des Wettbewerbsergebnisses beabsichtigt oder (tatsächlich oder möglicherweise) bewirkt wird vergleiche , Öhler/Schramm, aaO, Rz. 111 zu Paragraph 129,). Abreden, die gegen den Grundsatz des Wettbewerbs (oder gegen die guten Sitten) verstoßen, sind per se für den Auftraggeber nachteilig, was weitere Voraussetzung des Ausscheidenstatbestandes des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 ist vergleiche , Öhler/Schramm, aaO, Rz. 113).

3. Zur Mehrfachbeteiligung am Vergabeverfahren:

Fallbezogen erblickte die beschwerdeführende Auftraggeberin in der mehrfachen Teilnahme der mitbeteiligten Partei durch die Legung eines eigenen Angebotes und weiters durch die Bildung einer Bietergemeinschaft und die Legung eines Angebotes durch diese Bietergemeinschaft einen Verstoß gegen den Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs und somit die Erfüllung des Ausscheidungsstatbestandes des § 129 Abs. 1 Z. 8 BVergG 2006. Fallbezogen erblickte die beschwerdeführende Auftraggeberin in der mehrfachen Teilnahme der mitbeteiligten Partei durch die Legung eines eigenen Angebotes und weiters durch die Bildung einer Bietergemeinschaft und die Legung eines Angebotes durch diese Bietergemeinschaft einen Verstoß gegen den Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs und somit die Erfüllung des Ausscheidungsstatbestandes des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006.

Was die mehrfache Legung von Angeboten betrifft, kann schon aus den Regelungen des BVergG 2006 über Abänderungsangebote (§ 2 Z. 1) und Alternativangebote (§ 2 Z. 2) im Gegensatz zu Angeboten (§ 2 Z. 3) abgeleitet werden, dass die Legung zweier der Ausschreibung entsprechender Angebote, die sich nur im Preis unterscheiden (zweier Angebote im Sinn des § 2 Z. 3 BVergG 2006), nicht zulässig ist (vgl. auch Schiefer/Feuchtmüller in: Was die mehrfache Legung von Angeboten betrifft, kann schon aus den Regelungen des BVergG 2006 über Abänderungsangebote (Paragraph 2, Ziffer eins,) und Alternativangebote (Paragraph 2, Ziffer 2,) im Gegensatz zu Angeboten (Paragraph 2, Ziffer 3,) abgeleitet werden, dass die Legung zweier der Ausschreibung entsprechender Angebote, die sich nur im Preis unterscheiden (zweier Angebote im Sinn des Paragraph 2, Ziffer 3, BVergG 2006), nicht zulässig ist vergleiche , auch Schiefer/Feuchtmüller in:

Heid/Schiefer/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) Rz. 1125, Seite 432).

Was die Mehrfachbeteiligung am Vergabeverfahren im Allgemeinen anlangt, ist auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge hinzuweisen (diese Rechtsprechung ist, wenn sie auch zur Richtlinie 92/50/EWG bzw. außerhalb des Anwendungsbereiches der Richtlinie 2004/18/EG zu den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit ergangen ist, schon deshalb vorliegend im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG maßgeblich, weil nach dem zweiten Erwägungsgrund dieser Richtlinie "die Vergabe aller Aufträge in den Mitgliedstaaten für Rechnung der Stelle, die die Eigenschaft eines öffentlichen Auftraggebers innehat, an die Einhaltung der grundlegenden Vorschriften des Vertrags gebunden ist", wie der EuGH selbst im Urteil Serrantoni, Randnr. 23, festhält).

In dieser Rechtsprechung hat der EuGH klargestellt, dass ein automatischer Ausschluss bzw. ein absolutes Verbot einer Mehrfachbeteiligung im Vergabeverfahren dem Gemeinschafts(jetzt: Unions)recht widerspricht. So hat der EuGH im Tenor des Urteils vom 23. Dezember 2009 in der Rechtssache C-376/08, Serrantoni Srl und Consorzio stabile edili Srl gegen Comune di Milano, Slg. 2009, I-12169, festgehalten, dass das "Gemeinschaftsrecht ... einer nationalen Regelung ... entgegensteht, die in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ... den automatischen Ausschluss sowohl eines festen Konsortiums als auch seiner Mitgliedsunternehmen von der Teilnahme an diesem Verfahren und die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen gegen sie vorsieht, wenn diese Unternehmen im Rahmen derselben Ausschreibung konkurrierende Angebote zu dem des Konsortiums eingereicht haben, auch wenn das Angebot des Konsortiums nicht für Rechnung und im Interesse dieser Unternehmen abgegeben worden sein soll". Im Tenor des Urteils Assitur kommt der EuGH zum Ergebnis, das "Gemeinschaftsrecht steht einer nationalen Vorschrift entgegen, mit der in Verfolgung der legitimen Ziele der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ein absolutes Verbot für Unternehmen, zwischen denen ein Abhängigkeitsverhältnis besteht oder die miteinander verbunden sind, aufgestellt wird, sich gleichzeitig in Wettbewerb zueinander an ein und demselben Ausschreibungsverfahren zu beteiligen, ohne dass ihnen die Möglichkeit gegeben wird, nachzuweisen, dass sich dieses Verhältnis nicht auf ihr jeweiliges Verhalten im Rahmen dieses Ausschreibungsverfahrens ausgewirkt hat".

Vielmehr besteht - so der EuGH weiter - im "Kontext eines einheitlichen Binnenmarkts mit echtem Wettbewerb ... für das Gemeinschaftsrecht ein Interesse daran, dass die Beteiligung möglichst vieler Bieter an einer Ausschreibung sichergestellt wird" (Urteil Assitur, Randnr. 26, und Urteil Serrantoni, Randnr. 40).

Ein automatischer Ausschluss der Mehrfachbeteiligung (im dortigen Fall der automatische Ausschluss eines festen Konsortiums als auch seiner Mitgliedsunternehmen) am Vergabeverfahren kann - so der EuGH - trotz des "legitimen Ziels der Bekämpfung potenziell kollusiven Verhaltens zwischen dem fraglichen Konsortium und den ihm

angehörenden Unternehmen nicht gerechtfertigt werden ..." weil er "über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist" (Urteil Serrantoni, Randnr. 45; zur potenziellen Kollusion auch Urteil Assitur, Randnr. 22).

Vielmehr ist entscheidend "ob der jeweilige Inhalt der von den betreffenden Unternehmen im Rahmen eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens abgegebenen Angebote durch das fragliche Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden ist". Dies bedarf "einer Prüfung und tatsächlichen Würdigung, deren Vornahme Sache der Vergabestelle ist" (Urteil Assitur, Randnr. 32). Entscheidend ist für den EuGH weiters, "dass es dem Konsortium oder den betroffenen Unternehmen ermöglicht würde, nachzuweisen, dass ihre Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden sind und folglich eine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs unter Bietern nicht besteht" (Urteil Serrantoni, Randnr. 39, und Urteil Assitur, Randnr. 30, jeweils mwN).

Dagegen berechtigt "die bloße Feststellung, dass zwischen den betroffenen Unternehmen durch Eigentum oder die Anzahl der Stimmrechte, die in der ordentlichen Gesellschafterversammlung ausgeübt werden können, ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, die Vergabestelle noch nicht dazu, diese Unternehmen automatisch von dem Vergabeverfahren auszuschließen, ohne zu prüfen, ob sich ein solches Verhältnis auf das Verhalten der Unternehmen im Rahmen dieses Verfahrens ausgewirkt hat" (Urteil Assitur, Randnr. 32).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung des EuGH darf eine Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer nicht - wie von der beschwerdeführenden Auftraggeberin angenommen - automatisch und in jedem Fall als eine wettbewerbswidrige Abrede beurteilt werden, führt doch eine solche Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer rein zahlenmäßig zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation, nämlich zu mehr Bietern, was auch im Interesse des Wettbewerbs gelegen sein könnte. So hat auch der VfGH in dem von der Auftraggeberin für ihre Auffassung ins Treffen geführten Erkenntnis vom 22. September 2003, B 1725/01 u.a., VfSlg. 16.938, eine Mehrfachbeteiligung von Bewerbern nicht grundsätzlich als Verstoß gegen den Grundsatz des Wettbewerbs angesehen, sondern in seiner Beurteilung auf den konkreten Fall abgestellt.

Vielmehr muss den betroffenen Bietern durch den öffentlichen Auftraggeber (bzw. die vergebende Stelle) im Rahmen einer Aufklärung (vgl. § 123 Abs. 2 Z. 1 iVm §§ 126 und 127 BVergG 2006) die Möglichkeit gegeben werden, nachzuweisen, ob der Inhalt der abgegebenen Angebote durch das fragliche Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden ist bzw. dass die Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden sind und folglich eine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs unter Bietern nicht besteht (vgl. in diesem Zusammenhang auch § 129 Abs. 2 BVergG 2006 und das hiezu ergangene hg. Erkenntnis vom 21. März 2011, Zl. 2008/04/0083). Vielmehr muss den betroffenen Bietern durch den öffentlichen Auftraggeber (bzw. die vergebende Stelle) im Rahmen einer Aufklärung (vergleiche , Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraphen 126 und 127 BVergG 2006) die Möglichkeit gegeben werden, nachzuweisen, ob der Inhalt der abgegebenen Angebote durch das fragliche Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden ist bzw. dass die Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden sind und folglich eine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs unter Bietern nicht besteht (vergleiche , in diesem Zusammenhang auch Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 und das hiezu ergangene hg. Erkenntnis vom 21. März 2011, Zl. 2008/04/0083).

4. Fallbezogene Beurteilung:

Ausgehend vom Obgesagten ist die von der belangten Behörde fallbezogen vorgenommene Beurteilung nicht als rechtswidrig zu erkennen:

Ein (im Sinne der EuGH-Rechtsprechung) absolutes Verbot einer Mehrfachbeteiligung enthält die vorliegende (im Übrigen bestandsfeste) Ausschreibung nicht. Nach der Ausschreibung ist die Bildung von Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften zulässig, ohne dass ein Verbot der Beteiligung in mehreren Bietergemeinschaften festgelegt worden wäre (vgl. Pkt. 2.10 in Teil A "1. Allgemeine Ausschreibungsfestlegungen"). Es trifft allerdings auch nicht zu - wie von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid weiters angeführt - dass die Ausschreibung eine derartige Mehrfachbeteiligung ausdrücklich zugelassen hätte. Ein (im Sinne der EuGH-Rechtsprechung) absolutes Verbot einer Mehrfachbeteiligung enthält die vorliegende (im Übrigen bestandsfeste) Ausschreibung nicht. Nach der Ausschreibung ist die Bildung von Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften zulässig, ohne dass ein Verbot der Beteiligung in mehreren Bietergemeinschaften festgelegt worden wäre (vergleiche , Pkt. 2.10 in Teil A "1. Allgemeine

Ausschreibungsfestlegungen"). Es trifft allerdings auch nicht zu - wie von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid weiters angeführt - dass die Ausschreibung eine derartige Mehrfachbeteiligung ausdrücklich zugelassen hätte.

Jedoch hat die mitbeteiligte Auftraggeberin das Angebot der Beschwerdeführerin alleine mit der Begründung ausgeschieden, dass diese sich mehrfach am Vergabeverfahren beteiligt habe. Wie oben dargelegt, kann dies allein einen Ausschluss eines Unternehmens vom Vergabeverfahren nicht rechtfertigen. Entscheidend ist vielmehr, dass der Inhalt der abgegebenen Angebote durch das fragliche Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden ist bzw. dass die Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden sind.

Zu einem solchen Nachweis müssen die Vergabestellen, im vorliegenden Fall also die mitbeteiligte Auftraggeberin, den betroffenen Bietern die Möglichkeit geben.

Dies hat die mitbeteiligte Auftraggeberin im Beschwerdefall nicht getan. Sie hat daher zu Unrecht angenommen, dass bereits durch die Mehrfachbeteiligung der Beschwerdeführerin am Vergabeverfahren an sich bereits der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs. 1 Z. 8 BVergG 2006 verwirklicht worden sei, was vor dem Hintergrund der oben angeführten Rechtsprechung des EuGH überschießend war. Dies hat die mitbeteiligte Auftraggeberin im Beschwerdefall nicht getan. Sie hat daher zu Unrecht angenommen, dass bereits durch die Mehrfachbeteiligung der Beschwerdeführerin am Vergabeverfahren an sich bereits der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 verwirklicht worden sei, was vor dem Hintergrund der oben angeführten Rechtsprechung des EuGH überschießend war.

5. Da sich die Beschwerde somit als unbegründet erweist, war sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen. 5. Da sich die Beschwerde somit als unbegründet erweist, war sie gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG abzuweisen.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. 6. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , II Nr. 455.

Wien, am 18. Juni 2012

Gerichtsentscheidung

EuGH 62007CJ0538 Assitur VORAB

EuGH 62008CJ0376 Serrantoni und Consorzio stabile edili VORAB

EuGH 62007CJ0538 Assitur VORAB

Schlagworte

Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2012:2010040011.X00

Im RIS seit

16.07.2012

Zuletzt aktualisiert am

02.09.2015

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at