

TE Uvs Bescheid 2009/11/11 KUVS-K2-1995/10/2009

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.11.2009

Index

97 Öffentliches Auftragswesen
L72002 Beschaffung Vergabe Kärnten

Norm

BVergG 2006 §19

BVergG 2006 §129 Abs1 Z8

LVergRG Krnt 2003 §12 Abs1

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 § 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

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten, Kammer 2, hat durch die Vorsitzende xxxx, den Berichterstatter xxxx und

xxxx als weiteres Senatsmitglied über den Nachprüfungsantrag der xxxx, xxxx, xxxx, vertreten durch die Rechtsanwälte xxxx und xxxx, xxxx, xxxx, betreffend das vom öffentlichen Auftraggeber, der xxxx, xxxx, xxxx, vertreten durch xxxx, xxxx, xxxx, durchgeführte Vergabeverfahren xxxx, nach der am

xxxx durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung, gemäß § 6 Abs. 1 und Abs. 2 Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz – K-VergRG, LGBl Nr. 17/2003 idF LGBl Nr. 74/2006, zu Recht erkannt: xxxx durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung, gemäß Paragraph 6, Absatz eins und Absatz 2, Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz – K-VergRG, Landesgesetzblatt Nr. 17 aus 2003, in der Fassung Landesgesetzblatt Nr. 74 aus 2006,, zu Recht erkannt:

Die Entscheidung der Antragsgegnerin (xxxx) vom xxxx, das Angebot der Antragstellerin (xxxx) im Vergabeverfahren xxxx

auszuscheiden, wird für n i c h t i g erklärt.

Gemäß § 7 Abs. 5 K-VergRG hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in der

Höhe von € 2.400,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Gemäß Paragraph 7, Absatz 5, K-VergRG hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 2.400,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Text

Am xxxx ist beim Unabhängigen Verwaltungssenat für Kärnten ein Antrag der xxxx (im Folgenden: Antragstellerin), betreffend den von der xxxx (im Folgenden: Antragsgegnerin) ausgeschriebenem Lieferauftrag xxxx eingelangt.

Im Nachprüfungsantrag wird die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der Antragsgegnerin im gegenständlichen Vergabeverfahren beantragt.

Der Nachprüfungsantrag war mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden.

Mit Erledigung vom xxxx wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit der Maßgabe Folge gegeben, als der öffentlichen Auftraggeberin untersagt wurde, bis zur Entscheidung in der Hauptsache, längstens jedoch bis zum xxxx, den Zuschlag betreffend den Leistungsteil xxxx zu erteilen.

Die von der Antragstellerin bekämpfte Ausscheidensentscheidung lautet:

„Im Auftrag der xxxx, xxxx, xxxx, geben wir bekannt, dass Ihr Teilangebot vom xxxx, unterfertigt am xxxx, über die Leistungen xxxx gemäß Bundesvergabegesetz (BVerG 2006) § 129 Abs. 1 Z 8 auszuschneiden ist. „Im Auftrag der xxxx, xxxx, xxxx, geben wir bekannt, dass Ihr Teilangebot vom xxxx, unterfertigt am xxxx, über die Leistungen xxxx gemäß Bundesvergabegesetz (BVerG 2006) Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, auszuschneiden ist.

Da Sie neben dem eigenständigen Teilangebot auch als Bietergemeinschaft

xxxx ein Gesamtangebot gelegt haben, und diese Vorgangsweise gegen den Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs verstößt, wird Ihr Teilangebot ausgeschieden.“

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin lautet (auszugsweise) wie folgt:

„3.) Sachverhalt:

Die Antragstellerin hat gemäß zu Punkt 1. der bezeichneten Ausschreibung das Teilangebot für xxxx vom xxxx, unterfertigt am xxxx, über die Leistungen xxxx gelegt.

Die Anbotseröffnung ergab, dass die Firma xxxx ein Gesamtanbot legte und einen Preis für das Teilangebot xxxx von EUR xxxx nennt,

Die xxxx ebenso ein Gesamtangebot im Teilangebot xxxx mit legte, und im Teilangebot xxxx EUR xxxx auspreist, die Antragstellerin nur ein Teilangebot für xxxx mit EUR xxxx mit 5%igem Nachlass legte,

die Bietergemeinschaft xxxx und xxxx ein Gesamtanbot einbrachte und im Teilanbot xxxx den Betrag von EUR xxxx mit einem Nachlass von 4% anführt, sowie

die Firma xxxx ein Gesamtanbot vorlegte und im Teilangebot xxxx den Betrag von EUR xxxx mit einem 5%igen Nachlass auspreist.

Es hat somit die antragstellende Partei ein Teilangebot ausschließlich über die xxxx und gemeinsam mit dem Mietbieter xxxx ein Gesamtangebot für xxxx gelegt.

Mit E-Mail am xxxx teilt die Antragsgegnerin durch die xxxx der Firma xxxx mit, dass das Teilangebot vom xxxx gemäß §129 Abs.1 Z 8 BVerG 2006 auszuschneiden ist. Mit E-Mail am xxxx teilt die Antragsgegnerin durch die xxxx der Firma xxxx mit, dass das Teilangebot vom xxxx gemäß §129 Absatz eins, Ziffer 8, BVerG 2006 auszuschneiden ist.

Gleichzeitig wurde der Bietergemeinschaft xxxx für das Gesamtangebot über beide Teilleistungen xxxx und xxxx mit gleichem Brief vom xxxx, am selben Tag zugegangen, mitgeteilt, dass das xxxx Angebot mit dem Zitat der selben gesetzlichen Bestimmungen auszuschneiden ist.

Dazu ist festzuhalten, dass die Bietergemeinschaft xxxx das Ausscheiden für das Gesamtangebot vom xxxx für xxxx inkl. xxxx nicht bekämpft hat.

Es ist das diesbezügliche Ausscheiden daher wirksam.

Die Antragstellerin bekämpft das Ausscheiden ihres Teilangebotes, weil die diesbezüglichen Voraussetzungen gemäß §129 Abs 1 Z8 BVergG 2006 nicht vorliegen. Die Antragstellerin bekämpft das Ausscheiden ihres Teilangebotes, weil die diesbezüglichen Voraussetzungen gemäß §129 Absatz eins, Z8 BVergG 2006 nicht vorliegen.

Nach Inhalt der Ausschreibung sind Teilangebot und Teilvergaben möglich.

Gemäß der zitierten Gesetzesstelle sind Angebote von Bieter*innen auszuschneiden, die mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilig, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen haben.

Hinsichtlich des anfechtungsgegenständlichen Angebotes hat die Antragstellerin mit niemanden Abreden getroffen, auch nicht für den Auftraggeber nachteilig, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Nebenabreden vereinbart.

Der Firma xxxx war der Inhalt des Teilangebots der Antragstellerin über die xxxx unbekannt.

Aus dem Umstand, dass die Antragstellerin, sowohl ein Angebot zur Erfüllung der Teilleistung, wie auch ein Angebot zur Erfüllung der Gesamtleistung, unter Inanspruchnahme eines Bieterpartners legte, verstößt nicht gegen den Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs.

Die Firma xxxx verfügt über die Befugnis zur Durchführung der xxxx und hat nach Maßgabe dieser Befugnis, welche eine Voraussetzung für die Legung eines Angebotes ist, das Teilangebot vom xxxx, unterfertigt am xxxx, gelegt. Aus Befugnisgründen wurde unter Eingehen einer Bietergemeinschaft auch ein Gesamtangebot, sowohl für xxxx, wie auch für xxxx gelegt.

Sowohl im Teilangebot über die xxxx, wie auch im Gesamtangebot, sind unter den xxxx die identen Preise angeführt.

Die Firma xxxx als Rechtspersönlichkeit ist von der Bietergemeinschaft xxxx deutlich zu unterscheiden.

Es lag im Interesse der Antragstellerin, aufgrund der Bewertungskriterien gemäß Ausschreibung auch ein Gesamtangebot zu legen, weil dem Gesamtangebot eine höhere Bewertung zuteil wird, als einem Teilangebot.

Keinesfalls wird dadurch gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßen.

Es liegt daher der Ausscheidungsgrund nach § 129 Abs 1 Z8 BVergG 2006 oder ein anderer Ausscheidungsgrund nicht vor. Es liegt daher der Ausscheidungsgrund nach Paragraph 129, Absatz eins, Z8 BVergG 2006 oder ein anderer Ausscheidungsgrund nicht vor.

Die Antragsgegnerin hat zu Unrecht das Teilangebot der Antragstellerin vom xxxx ausgeschieden.

Beweis: - Kärntner Landeszeitung xxxx, Donnerstag xxxx

- -Strichaufzählung
Teilangebot vom xxxx der Antragstellerin
- -Strichaufzählung
Gesamtangebot vom xxxx der Bietergemeinschaft xxxx
- -Strichaufzählung
Schreiben vom xxxx der Firma xxxx

Darüber hinaus führte die Antragstellerin aus, dass sie ein wesentliches Interesse am Vertragsabschluss habe, zumal sie ein zuschlagsfähiges Angebot gelegt habe, die vor ihr gereichten Angebote müssten nach Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung jedenfalls ausgeschieden werden, zumal diese Angebote nicht den Ausschreibungskriterien entsprechen bzw. die vor ihr gereichten Bieter nicht die erforderlichen Eignungskriterien aufweisen.

Die Antragstellerin stellte daher den Antrag, der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten möge die Entscheidung der Antragsgegnerin vom xxxx, das Angebot der Antragstellerin vom xxxx, unterfertigt am xxxx, über die Leistung xxxx auszuschneiden, für nichtig erklären und aussprechen, dass die Antragsgegnerin verpflichtet sei, der Antragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von

€ 2.400,-, zH des Vertreters der Antragstellerin, binnen 14 Tagen, zu ersetzen.

In ihrer Äußerung vom xxxx brachte die Antragsgegnerin vor, dass die Antragstellerin gegenständlich deswegen ausgeschieden worden sei, weil sie durch die Mehrfachbeteiligung am Vergabeverfahren gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßen habe.

Im vorliegenden Fall haben sich am gegenständlichen Vergabeverfahren u. a. die Bietergemeinschaft xxxx bestehend aus xxxx

und der Antragstellerin, beteiligt und ein Angebot gelegt. Ebenso habe die Antragstellerin für die Teilleistung xxxx ein Angebot gelegt. Die xxxx habe ebenfalls ein separates Angebot abgegeben und sei dabei die Antragstellerin als Subunternehmer für den Leistungsteil xxxx genannt worden.

Alle drei Angebote seien gleich eingebracht worden.

Im vorliegenden Fall sei daher davon auszugehen, dass die Mehrfachbeteiligung der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren, nämlich einmal als Einzelbieterin und ein weiteres Mal als Mitglied der Bietergemeinschaft mit der xxxx in eklatanter Weise gegen die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbs gemäß § 19 Abs. 1 BVergG verstoßen haben und dass daher sowohl das Angebot der ARGE als auch das gegenständliche Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG zwingend auszuschneiden gewesen wäre. Im vorliegenden Fall sei daher davon auszugehen, dass die Mehrfachbeteiligung der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren, nämlich einmal als Einzelbieterin und ein weiteres Mal als Mitglied der Bietergemeinschaft mit der xxxx in eklatanter Weise gegen die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbs gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verstoßen haben und dass daher sowohl das Angebot der ARGE als auch das gegenständliche Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG zwingend auszuschneiden gewesen wäre.

Überdies fehle es der Antragstellerin an der Antragslegitimation, zumal ihr Angebot auch für den Fall, dass ihr Angebot nicht auszuschneiden gewesen wäre, sie auf Grund der Ergebnisse der Angebotsprüfung bei der Angebotsprüfung keine Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte und fehle es ihr daher an der erforderlichen Antragslegitimation, zumal Voraussetzung dafür sei, dass ihr durch die bekämpfte Entscheidung ein Schaden erwachse, also, dass sie durch die bekämpfte Entscheidung beschwert wäre.

Die Antragsgegnerin beantragte den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin sowie den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren als unzulässig, in eventu als unbegründet, abzuweisen.

In rechtlicher Hinsicht hat die Antragsgegnerin Nachstehendes Vorbringen erstattet:

„Gemäß § 19 Abs. 1 Bundesvergabegesetz sind Vergabeverfahren entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs durchzuführen. Dieser Wettbewerbsgrundsatz ist eine zentrale Grundnorm des Vergaberechts. Dementsprechend ist vom Auftraggeber gemäß § 123 Abs. 2 Z 1 im Zuge der Angebotsprüfung auch gesondert zu prüfen, ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde und ist in Konsequenz dessen bei einem Verstoß gegen diesen Wettbewerbsgrundsatz gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 auch mit dem Ausscheiden des bzw. der betroffenen Angebote und Bieter vorzugehen.“ „Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, Bundesvergabegesetz sind Vergabeverfahren entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs durchzuführen. Dieser Wettbewerbsgrundsatz ist eine zentrale Grundnorm des Vergaberechts. Dementsprechend ist vom Auftraggeber gemäß Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer eins, im Zuge der Angebotsprüfung auch gesondert zu prüfen, ob den in Paragraph 19, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde und ist in Konsequenz dessen bei einem Verstoß gegen diesen Wettbewerbsgrundsatz gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, auch mit dem Ausscheiden des bzw. der betroffenen Angebote und Bieter vorzugehen.

Dieser freie und laute Wettbewerb ist gleichzeitig auch ein „organisierter Parallelwettbewerb“ (BVA 14.05.2007, N/0034- BVA/10/2007-046). Wesentlich für eine dem freien und lauten Wettbewerb entsprechende Vergabe ist insbesondere der Grundsatz, dass die Namen und die Anzahl der Bewerber bei Ausschreibungen gegenüber den anderen Bewerbern geheim zu halten sind und dass insbesondere Auskünfte über den Inhalt der eingereichten Angebote weder Bieter noch Dritten gegeben werden dürfen (BVA 19.03.2001, N-12101-32 u.a.).

Nach ständiger Rechtsprechung sowohl in Österreich als auch in Deutschland, als auch nach der Literatur widersprechen dementsprechend mehrere Angebote eines Bieters im selben Vergabeverfahren dem Wettbewerbsprinzip und sind daher sämtliche Angebote als unzulässig auszuschneiden (siehe für Viele BVA 24.11.2004,

6N-92/04-39; BVA 14.05.2007, N-0034-BVA/10/2007-046; mit jeweils unzähligen Nennungen aus der Literatur).

Begründet wird dies im Einzelnen damit, dass bei Vorliegen von mehr als einem Hauptangebot eines Bieters bei der Wertung nicht zweifelsfrei festgestellt werden könne, mit welchem Hauptangebot der Bieter am Wettbewerb teilnehmen will. Damit ist unklar, welcher Preis für die Leistungen letztendlich abverlangt wird (VK Nord-bayern 23.08.1999, 320.VK-3194- 19/00). Ebenso wird ins Treffen geführt, dass bei der Legung mehrerer Hauptangebote der Verdacht nahe liege, dass der Bieter versuchen könnte, je nach Ergebnis der Angebotsöffnung sein niedriges Angebot entweder ausscheiden zu lassen (z.B. als Unterangebot) oder als zu wertendes Angebot darzustellen (Haunold-Hechtner, Wiener Landesvergabegesetz (2000), 192).

Mehrere Angebote können Manipulationsversuchen dienen (Kropik, Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit, 20012, 246). Es wird davon ausgegangen, dass die Mehrfachbeteiligung eines Bieters durch Legung mehrerer Hauptangebote den Tatbestand der für den Auftraggeber nachteiligen, gegen die guten Sitten oder den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßenden Abreden erfüllt (Heid/Schiefer, Rechtssprechungsübersicht BVA, ecolex 2002, 70 u.a.).

Es wird darauf hingewiesen, dass der dem Vergaberecht zugrunde liegende Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs nur von miteinander konkurrierenden Unternehmen gewährleistet werden kann, die sich als selbstständige wirtschaftliche Einheiten unabhängig voneinander um den Auftrag bemühen. Dazu hat jeder Bieter „sein“ (einziges) Hauptangebot zu unterbreiten. Gibt ein Bieter mehrere Hauptangebote ab, muss vermutet werden, dass er sich dadurch ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile gegenüber seinen Mitbewerbern verschaffen will (VK Nordbayern 23.08.1999, 320. VK-3194-15/99).

Den Sachverhalt, dass ein Bieter mehrere Hauptangebote legt, ist selbstverständlich der gegenständliche Sachverhalt, dass ein Bieter bzw. im gegenständlichen Fall sogar zwei Bieter zwei Hauptangebote in der Form abgeben, dass sie ein Angebot als Einzelbieter und ein Angebot als Mitglied einer Bietergemeinschaft abgeben, gleichgestellt.

Dementsprechend wird dieser - im gegenständlichen Fall auch vorliegende Sachverhalt – unter den Tatbestand der wettbewerbswidrigen Absprachen gestellt und sind nach der sowohl in Österreich als auch in Deutschland herrschenden Rechtssprechung bei dieser Konstellation die betroffenen Bieter auszuschneiden (BVA 19.03.2001, N-12/01-32 u.a.; BVA 06.06.2001, N-17/00-40; UVS Tirol 31.08.2004, 2004/21/063-2 unter ausdrücklicher Berufung auf VfGH 22.09.2003, B-1725/01; VK Nordbayern 05.06.2003, 320.VK-3194-16/03).

Durch die Beteiligung mehrere Angebotsstellungen erhält ein Bieter nämlich nicht nur Kenntnis vom Inhalt gesondert eingereichter Angebote, die zueinander im Wettbewerb stehen sollen, er kann auch die Preisgestaltung dieser Angebote - durch seine eigene Preisgestaltung - und damit deren Reihung im Bewertungsverfahren direkt beeinflussen. Daraus ergibt sich weiters, dass die Bieter zwingend auf den Inhalt des jeweiligen Angebotes bezogene Verhandlungen mit Bieter/Mitbieter mehrere konkurrierender Angebote führen müssen. Derartige Verhandlungen, die jeweils zu einem Zusammenschluss mit anderen Unternehmen im Sinne des § 2 Z 14 BVergG führen kommen, gehen über eine bloße Abrede im Sinne des BVergG noch hinaus. Daher ist der Ausscheidenstatbestand von gegen den Grundsatz des wettbewerbsverstoßenen Abreden zwischen Bieter unterschiedliche Angebote jedenfalls erfüllt (BVA 19.03.2001, N-12/01-32 u.a.). Durch die Beteiligung mehrere Angebotsstellungen erhält ein Bieter nämlich nicht nur Kenntnis vom Inhalt gesondert eingereichter Angebote, die zueinander im Wettbewerb stehen sollen, er kann auch die Preisgestaltung dieser Angebote - durch seine eigene Preisgestaltung - und damit deren Reihung im Bewertungsverfahren direkt beeinflussen. Daraus ergibt sich weiters, dass die Bieter zwingend auf den Inhalt des jeweiligen Angebotes bezogene Verhandlungen mit Bieter/Mitbieter mehrere konkurrierender Angebote führen müssen. Derartige Verhandlungen, die jeweils zu einem Zusammenschluss mit anderen Unternehmen im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 14, BVergG führen kommen, gehen über eine bloße Abrede im Sinne des BVergG noch hinaus. Daher ist der Ausscheidenstatbestand von gegen den Grundsatz des wettbewerbsverstoßenen Abreden zwischen Bieter unterschiedliche Angebote jedenfalls erfüllt (BVA 19.03.2001, N-12/01-32 u.a.).

Ob diese Abreden auch nachteilig für den Auftraggeber gewesen sind, hat insofern dahingestellt zu bleiben, als die Bedenken des § 129 Abs. 1 Z 8 als alternativ anzusehen sind und daher insofern nicht die Nachteiligkeit für den Auftraggeber voraussetzen (siehe dazu BVA 19.03.2001, N-12/01- 32 u.a.). Dessen ungeachtet ist davon auszugehen, dass wettbewerbsbeschränkende Absprachen stets auch nachteilig für den Auftraggeber sind, da nur durch einen gesunden Wettbewerb, der sich aus den Haushaltsvorschriften ergebenden Verpflichtung Rechnung getragen wird, die

zur Verfügung stehenden Mitteln möglichst wirtschaftlich und sparsam zu verwenden (BVA 19.03.2001, N-12/01-32 u.a.). Ob diese Abreden auch nachteilig für den Auftraggeber gewesen sind, hat insofern dahingestellt zu bleiben, als die Bedenken des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, als alternativ anzusehen sind und daher insofern nicht die Nachteiligkeit für den Auftraggeber voraussetzen (siehe dazu BVA 19.03.2001, N-12/01-32 u.a.). Dessen ungeachtet ist davon auszugehen, dass wettbewerbsbeschränkende Absprachen stets auch nachteilig für den Auftraggeber sind, da nur durch einen gesunden Wettbewerb, der sich aus den Haushaltsvorschriften ergebenden Verpflichtung Rechnung getragen wird, die zur Verfügung stehenden Mitteln möglichst wirtschaftlich und sparsam zu verwenden (BVA 19.03.2001, N-12/01-32 u.a.).

Die Begründung, dass die Mehrfachbeteiligung von Bewerbern in mehreren Bietergemeinschaften mit dem Wettbewerbsgrundsatz nicht in Einklang zu bringen ist, hat auch der Verfassungsgerichtshof ausdrücklich als nachvollziehbar und damit gesetzeskonform bezeichnet (VfGH 22.09.2003, B1725/01 u. a.).

d) Zu den Argumenten der Antragstellerin:

Die Antragstellerin führt in ihrem Nachprüfungsantrag zunächst ins Treffen, dass sie hinsichtlich ihres Angebotes mit niemanden Abreden getroffen habe und behauptet, dass der Firma xxxx der Inhalt ihres Teilangebotes betreffend xxxx unbekannt gewesen sei.

Abgesehen davon, dass dies angesichts der Konstellation nicht nachvollziehbar ist, ist nach der oben dargestellten herrschenden Rechtsprechung auch vollkommen irrelevant, ob die Firma xxxx der Inhalt des Teilangebotes der Antragstellerin bekannt war oder nicht. Unbestreit- und unwiderlegbar ist nämlich, dass der Firma

xxxx der gesamte Inhalt zweier Angebote im Detail bekannt war, nämlich jenes, welches sie als Einzelbieter abgegeben hat und jenes der Bietergemeinschaft, die sie mit der Antragstellerin eingegangen ist. Dass der Firma xxxx letzteres Angebot im gesamten Umfang, also auch hinsichtlich des xxxx bekannt sein musste, ergibt sich schon unwiderlegbar aus dem rechtlichen Umstand, dass eine Bietergemeinschaft im Auftragsfall als Arbeitsgemeinschaft die solidarische Leistungserbringung schuldet und daher jeder Partner der Bietergemeinschaft für den gesamten Leistungsteil und dessen ordnungsgemäßen Erbringung einzustehen hat. Demgemäß ist es in praktischer und rechtlicher Hinsicht unbedingt notwendig, Kenntnis vom Inhalt und Umfang und den Konditionen auch jenes Leistungsteiles, den der ARGE-Partner im Innenverhältnis zu erbringen hat, zu haben und vor Angebotsabgabe dementsprechende Verhandlungen und Absprachen hinsichtlich dieser Aspekte und Konditionen mit dem ARGE-Partner zu führen.

Eben dasselbe gilt für die Antragstellerin im Bezug auf ihr eigenes Angebot und jenes Angebot, das sie als Bietergemeinschaft gemeinsam mit xxxx abgegeben hat. Auch hier ist die vorherige Absprache hinsichtlich des Inhaltes beider Angebote evident und unwiderlegbar.

Des Weiteren führt die Antragstellerin ins Treffen, dass sowohl in ihrem Teilangebot über die xxxx als auch im Gesamtangebot der Bietergemeinschaft hinsichtlich der xxxx die identen Preise angeführt worden wären.

Dies ist zum einen nicht nachvollziehbar und schon durch die Einsichtnahme in das Angebotsöffnungsprotokoll bzw. in die diesbezüglichen Angebote widerlegt, wonach der diesbezügliche Leistungsteil Verglasung im Angebot der Bietergemeinschaft xxxx mit netto € xxxx und 4 % Nachlass angeboten wurde, während im diesbezüglichen Teilangebot der Antragstellerin der diesbezügliche Leistungsteil mit € xxxx bei 5 % Nachlass angeboten ist.

Doch auch wenn man unterstellen würde, dass diesbezüglich tatsächlich idente Angebotspreise angegeben worden wären, wäre damit für die Antragstellerin nichts gewonnen und kann dies jedenfalls nicht als Argument für den Ausschluss des Vorliegens einer Absprache herangezogen werden. Zu bedenken ist nämlich, dass im Falle des Zuschlages zum Gesamtangebot der ARGE die ARGE selbstverständlich die gesamte Leistung solidarisch schuldet und dementsprechend auch ein entsprechender Gesamtpreis zu verrechnen und zu bezahlen ist und umgekehrt es dem Auftraggeber in rechtlicher Hinsicht freisteht, wen er von den ARGE-Partnern in welcher Höhe in Anspruch nimmt. Wer dann für welche Leistung welches Entgelt erhält, bemisst sich im Bezug auf die ARGE-Partner ausschließlich nach der den Auftraggeber nicht bekannten Regelung im Innenverhältnis. Dementsprechend ist es verhältnismäßig einfach (und für den Auftraggeber selbstverständlich nicht nachvollzieh- bzw. überprüfbar), die Preise für die Teilleistungen, die im Außenverhältnis, also im Angebot gegenüber dem Auftraggeber, anders darzustellen, als sie dann im Innenverhältnis zwischen den ARGE-Partnern tatsächlich abgerechnet werden.“

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung am xxxx brachte der Rechtsvertreter der Antragstellerin ergänzend vor, dass auf Grund der bestandsfest gewordenen Ausschreibung Angebote über Teilleistungen für xxxx oder über eine Gesamtleistung möglich gewesen seien.

Die seitens der Antragsgegnerin zitierten Entscheidungen seien für den gegenständlichen Fall nicht anwendbar. Die Antragstellerin habe als eigene Rechtspersönlichkeit ein Teilangebot für xxxx gelegt. Die Bietergemeinschaft xxxx wiederum habe als eigene Rechtspersönlichkeit ein Gesamtangebot gelegt. Es liege daher weder eine Bieteridentität noch eine Identität der angebotenen Leistungen vor.

Die Antragsgegnerin hat das Vorbringen der Antragstellerin bestritten und darauf hingewiesen, dass allein der Umstand, dass in der gegenständlichen Ausschreibung Teilangebote zugelassen gewesen seien, nichts daran ändere, dass sich die Antragstellerin verpönterweise mehrfach am Vergabeverfahren beteiligt habe. Es liege tatsächlich Identität der Angebote bzw. Leistungsbereiche vor. Die Antragstellerin habe ein Angebot für xxxx gelegt sowie gemeinsam mit der Bietergemeinschaft ein Angebot hinsichtlich des Teilbereiches xxxx gelegt. Darüber hinaus sei die Antragstellerin auch als Subunternehmerin der xxxx aufgetreten. Die Angebote der Antragstellerin haben jeweils unterschiedliche Preise aufgewiesen und liege somit jedenfalls eine verpönte Mehrfachbeteiligung vor.

§ 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 weise mehrere Tatbestandsmerkmale auf und sei gegenständlich eine Nachteiligkeit für den Auftraggeber nicht erforderlich. Darüber hinaus liege die Nachteiligkeit für den Auftraggeber jedenfalls darin, dass dieser einem „unvollkommenen Markt“ ausgeliefert sei und das Bundesvergabegesetz als Muster einen Parallelwettbewerb vorsehe, in welchem sich die einzelnen Bieter konkurrierend gegenüber stehen. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 weise mehrere Tatbestandsmerkmale auf und sei gegenständlich eine Nachteiligkeit für den Auftraggeber nicht erforderlich. Darüber hinaus liege die Nachteiligkeit für den Auftraggeber jedenfalls darin, dass dieser einem „unvollkommenen Markt“ ausgeliefert sei und das Bundesvergabegesetz als Muster einen Parallelwettbewerb vorsehe, in welchem sich die einzelnen Bieter konkurrierend gegenüber stehen.

Es stehe unwiderleglich fest, dass die Antragstellerin auf Grund des gemeinsam mit der xxxx eingebrachten Gesamtangebotes jedenfalls Kenntnis vom Teilangebot der xxxx haben musste.

Rechtliche Beurteilung

Der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten hat über den vorliegenden Nachprüfungsantrag erwogen:

Die xxxxx ist öffentliche Auftraggeberin iSd

§ 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung (Ausscheidensentscheidung) und wurde innerhalb der gesetzlichen Frist eingebracht; der Nachprüfungsantrag erfüllt auch sämtliche im § 12 Abs. 1 K-VergRG normierten formalen Voraussetzungen. Weiters hat die Antragstellerin auch einen Nachweis über die Entrichtung der Pauschalgebühr vorgelegt. Der vorliegende Antrag ist daher als zulässig zu qualifizieren. Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung (Ausscheidensentscheidung) und wurde innerhalb der gesetzlichen Frist eingebracht; der Nachprüfungsantrag erfüllt auch sämtliche im Paragraph 12, Absatz eins, K-VergRG normierten formalen Voraussetzungen. Weiters hat die Antragstellerin auch einen Nachweis über die Entrichtung der Pauschalgebühr vorgelegt. Der vorliegende Antrag ist daher als zulässig zu qualifizieren.

§ 19 BVergG 2006 lautet: Paragraph 19, BVergG 2006 lautet:

1. „(1) Absatz eins, Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.
2. (2) Absatz 2, Die völkerrechtlich zulässige unterschiedliche Behandlung von Bewerbern und Bieter aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit oder des Warenursprungs bleibt von Abs. 1 unberührt. Die völkerrechtlich zulässige unterschiedliche Behandlung von Bewerbern und Bieter aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit oder des Warenursprungs bleibt von Absatz eins, unberührt.
3. (3) Absatz 3, Bei der Durchführung von Vergabeverfahren ist eine gebietsmäßige Beschränkung oder eine Beschränkung der Teilnahme auf einzelne Berufsstände, obwohl auch andere Unternehmer die Berechtigung zur

Erbringung der Leistung besitzen, unzulässig.

4. (4) Absatz 4, Verfahren zur Vergabe von Aufträgen und Realisierungswettbewerbe sind nur dann durchzuführen, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden.
5. (5) Absatz 5, Im Vergabeverfahren ist auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung ökologischer Aspekte (wie etwa Endenergieeffizienz) bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen oder durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien mit ökologischem Bezug erfolgen.
6. (6) Absatz 6, Im Vergabeverfahren kann auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung derartiger Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.“

§ 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 lautet: Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 lautet:

„Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

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

Im gegenständlichen Fall ist die Ausschreibung bestandsfest geworden und ist es daher auch zulässig (die Ausschreibung lässt dies ausdrücklich zu), wenn ein Bieter zum einen ein Teilangebot legt und zum anderen im Rahmen einer Bietergemeinschaft gemeinsam mit einem anderen Bieter ein Gesamtangebot legt. Ebenso ist es mit den Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibung vereinbar, dass dieser Bieter bei einem anderen Bieter als Subunternehmer in Erscheinung tritt.

Der Umstand, dass die Antragstellerin in einer Bietergemeinschaft ein Gesamtangebot gelegt hat, dass sie auch für den separat anzubietenden Leistungsteil xxxx ein Teilangebot gelegt hat und dass sie für den Teilbereich xxxx als Subunternehmer der xxxxx aufgetreten ist, vermag nicht den Tatbestand des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 zu verwirklichen. Der Umstand, dass die Antragstellerin in einer Bietergemeinschaft ein Gesamtangebot gelegt hat, dass sie auch für den separat anzubietenden Leistungsteil xxxx ein Teilangebot gelegt hat und dass sie für den Teilbereich xxxx als Subunternehmer der xxxxx aufgetreten ist, vermag nicht den Tatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 zu verwirklichen.

Auf Grund des Parteienvorbringens sowie der vorgelegten Akten des Vergabeverfahrens ist keinesfalls zutage getreten, dass gegenständlich für den Auftraggeber nachteilige Abreden getroffen wurden bzw. dass dem Auftraggeber sonst nachteilige Folgen entstanden sind.

Insbesondere ist es auch zu keiner Wettbewerbsverzerrung gekommen, da sich neben der Bietergemeinschaft, der xxxx und der Antragstellerin auch andere Bieter am Vergabeverfahren beteiligt haben und Angebote gelegt haben.

Die von der Antragsgegnerin zitierten Entscheidungen sind jedenfalls mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar und waren sie nicht dazu geeignet darzutun, dass gegenständlich die Ausscheidungsmerkmale des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 vorliegen. Die von der Antragsgegnerin zitierten Entscheidungen sind jedenfalls mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar und waren sie nicht dazu geeignet darzutun, dass gegenständlich die Ausscheidungsmerkmale des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 vorliegen.

Zur Kostenentscheidung

Gemäß § 7 Abs. 5 und 6 Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz hat der vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat – wenn auch nur teilweise – obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber (Antragsgegner). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren durch den Auftraggeber für den Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren zumindest teilweise obsiegt und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 7, Absatz 5 und 6 Kärntner

Vergaberechtsschutzgesetz hat der vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat – wenn auch nur teilweise – obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber (Antragsgegner). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren durch den Auftraggeber für den Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren zumindest teilweise obsiegt und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Von der Antragstellerin wurde für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Gebühr von insgesamt € 2.400,-- entrichtet. Da die Antragstellerin mit ihrem Begehren sowohl im Nachprüfungsverfahren als auch im Provisorialverfahren (einstweilige Verfügung) durchgedrungen ist, ist sie als obsiegende Partei anzusehen, sodass ihr der Pauschalgebührenersatz durch die Antragsgegnerin zuzusprechen war.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. Juni 2012, Zl.:2010/04/0011-8, wurde die Beschwerde gegen die oa. Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten als unbegründet abgewiesen.

Schlagworte

Nachprüfungsantrag, Angebotsausscheidung, Bestandsfeste Ausschreibung, Teilangebot, Gesamtangebot, Bietergemeinschaft, Subunternehmer

Zuletzt aktualisiert am

20.12.2012

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at