jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2018/7/10 W134 2191486-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 10.07.2018

Entscheidungsdatum

10.07.2018

Norm

BVergG 2006 §131
BVergG 2006 §164
BVergG 2006 §269 Abs1 Z1
BVergG 2006 §272
BVergG 2006 §312 Abs3 Z3
BVergG 2006 §312 Abs3 Z4
BVergG 2006 §331
BVergG 2006 §331 Abs1 Z1
BVergG 2006 §331 Abs1 Z2
BVergG 2006 §331 Abs1 Z3
BVergG 2006 §334 Abs1
BVergG 2006 §334 Abs2
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §24
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W134 2191486-1/30E

W134 2193715-1/25E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas GRUBER als Vorsitzender sowie Mag. Wolfgang POINTER als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Manfred MÜLLNER als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "AP218 - Baulos Pfons Brenner" der Auftraggeberin Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE, Amraser Straße 8, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, aufgrund der Anträge der

Erstantragstellerin Bietergemeinschaft XXXX , bestehend aus XXXX und XXXX , vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermanngasse 2, 1010 Wien, vom 05.04.2018 sowie der

Zweitantragstellerin XXXX , vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien, vom 26.04.2018

in den zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Rechtssachen nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 30.05.2018 zu Recht erkannt:

A)

1) Es wird gemäß § 331 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 festgestellt, dass der Zuschlag vom 23.03.2018 an die Bietergemeinschaft XXXX , bestehend aus 1) XXXX . 2) XXXX 3) XXXX und 4) XXXX wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.

2) Der Antrag der Erstantragstellerin "das BVwG möge feststellen, dass die Erteilung des Zuschlags durch die Antragsgegnerin am 22.03.2018 an die Bietergemeinschaft XXXX im Baulos Pfons-Brenner nach Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG 2006 rechtswidrig war", wird gem. § 312 BVergG 2006 abgewiesen.

3) Der Antrag der Erstantragstellerin "das BVwG möge feststellen, dass die Erteilung des Zuschlags durch die Antragsgegnerin am 22.03.2018 an die Bietergemeinschaft XXXX im Baulos Pfons- Brenner ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht gemäß § 312 Abs 3 Z 4 BVergG 2006 rechtswidrig war" wird gem. § 312 BVergG 2006 abgewiesen.

4) Der Antrag der Erstantragstellerin "das BVwG möge den mit Zuschlag vom 22.3.2018 geschlossenen Leistungsvertrag zwischen der BBT SE und der Bietergemeinschaft XXXX betreffend das Baulos Pfons-Brenner gemäß § 334 Abs 2 iVm § 312 Abs 3 Z 4 und Z 5 BVergG 2006 für absolut nichtig erklären" wird gem. § 312 BVergG 2006 abgewiesen.

5) Der Antrag der Zweitantragstellerin "auf Feststellung gemäß § 331 Abs. 1 Z 3 BVergG, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war" wird gem. § 312 BVergG 2006 abgewiesen.

6) Der Antrag der Zweitantragstellerin "auf Feststellung gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war" wird gem. § 312 BVergG 2006 abgewiesen.

7) Der Antrag der Auftraggeberin auf Feststellung, dass die Erstantragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, wird gem. § 331 BVergG 2006 abgewiesen.

8) Der Antrag der Auftraggeberin auf Feststellung, dass die Zweitantragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, wird gem. § 331 BVergG 2006 abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

Mit Schreiben vom 05.04.2018, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, stellte die Erstantragstellerin die Anträge "das BVwG möge feststellen, dass

i. die Erteilung des Zuschlags durch die Antragsgegnerin am 22.03.2018 an die Bietergemeinschaft XXXX im Baulos Pfons-Brenner nach Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen

Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG 2006 rechtswidrig war; in eventu:

ii. die Erteilung des Zuschlags durch die Antragsgegnerin am 22.03.2018 an die Bietergemeinschaft XXXX im Baulos Pfons- Brenner ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht gemäß § 312 Abs 3 Z 4 BVergG 2006 rechtswidrig war; in eventu:

iii. der Zuschlag der Antragsgegnerin am 22.03.2018 an die Bietergemeinschaft XXXX im Baulos Pfons-Brenner wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde (gemäß § 312 Abs 3 Z 1 BVergG 2006);

weiters den mit Zuschlag vom 22.3.2018 geschlossenen Leistungsvertrag zwischen der BBT SE und der Bietergemeinschaft XXXX betreffend das Baulos Pfons-Brenner gemäß § 334 Abs 2 iVm § 312 Abs 3 Z 4 und Z 5 BVergG 2006 für absolut nichtig erklären; die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren der Auftraggeberin auferlegen.

Begründend wurde von der Erstantragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Die Auftraggeberin sei die Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE. Es habe ein offenes Verfahren zur Vergabe des Bauloses "AP 218 - Baulos Pfons Brenner" stattgefunden. Die Auftraggeberin habe der Zuschlagsempfängerin am 22.03.2018 den Zuschlag erteilt. Die Erstantragstellerin bekämpfe diese Entscheidung.

1. Unzulässige Änderungen würden während eines (offenen) Vergabeverfahrens dazu führen, dass ein darauf basierender Auftrag als ein in einem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, nämlich in Form einer rechtswidrigen Direktvergabe, vergebener Auftrag zu beurteilen sei. Die Auftraggeberin habe in ihrer Ausschreibung in Punkt 12 festgelegt, dass gegen keines der Mitglieder einer Bietergemeinschaft ein Insolvenzverfahren anhängig oder ein solches mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen worden sein dürfe. Mit 05.01.2018 sei über das Vermögen von Condotte, einem Mitglied der Bietergemeinschaft der Zuschlagsempfängerin ein Insolvenzverfahren eröffnet worden. Entsprechend der Festlegung in Punkt 12 der Ausschreibung Teil A sowie gemäß § 229 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 hätte die Auftraggeberin das Angebot der Zuschlagsempfängerin daher ausscheiden müssen.

2. Indem die Auftraggeberin der Zuschlagsempfängerin dennoch den Auftrag erteilt habe, habe sie die in der gegenständlichen Ausschreibung festgelegten Ausschlussgründe unangewendet gelassen bzw. gegenüber der Zuschlagsempfängerin abgeändert. Infolge dieser Änderung sei daher die gegenständliche Auftragsvergabe an die Zuschlagsempfängerin - gemäß der Judikatur des VwGH - in Form einer unzulässigen Direktvergabe erfolgt. Es liege nahe, dass aufgrund der gegenständlichen Situation der Zuschlagsempfängerin Zusatzvereinbarungen mit vertraglichen Absicherungen zwischen der Auftraggeberin und der Zuschlagsempfängerin getroffen worden seien. Sofern der abgeschlossene Vertrag über das Baulos Pfons-Brenner von jenem, welcher Teil der Ausschreibung war, abweiche - wenn auch nur in Form von Sidelettern - sei dieser Vertrag nicht vom durchgeführten offenen Verfahren gedeckt und daher ebenfalls als Direktvergabe iSd § 331 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 rechtswidrig.

3. Da von der Zuschlagsempfängerin ihr Angebot derart geändert worden sei, dass de facto ein neues, nämlich von lediglich drei Unternehmen als Bietergemeinschaft abgegebenes Angebot vorliege, sei die Auftragserteilung betreffend das Baulos Pfons-Brenner vom 22.03.2018 nicht vom durchgeführten Vergabeverfahren gedeckt, sodass der erteilte Zuschlag auch aus diesem Grund als unzulässige Direktvergabe gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 rechtswidrig sei.

4. Ein Auftraggeber sei nach Abschluss eines Nachprüfungsverfahrens verpflichtet, das Vergabeverfahren unter Bindung an die Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts fortzusetzen. Indem sich die Auftraggeberin dazu entschied, die Phase der Angebotsprüfung nach Zustellung des Erkenntnisses des BVwG am 16.11.2017 erneut zu eröffnen, wäre sie verpflichtet gewesen, dabei unter Bindung an die Rechtsansicht des Bundesverwaltungsgerichts vorzugehen. Aufgrund der Feststellung des BVwG, dass die Bewertung der Zuschlagsempfängerin unrichtig gewesen sei, hätte die Auftraggeberin nach nunmehr vollständigem Abschluss der Angebotsprüfung eine neue Zuschlagsentscheidung zu fällen gehabt, deren Inhalt sich von jener vom 11.08.2017 unterscheiden hätte müssen. Folglich sei die Erteilung des Zuschlags mangels vorheriger Mitteilung einer neuen Zuschlagsentscheidung gemäß § 331 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 rechtswidrig gewesen.

5. Eine Bietergemeinschaft sei vom Vergabeverfahren zwingend auszuschließen, wenn bei einem einzigen Mitglied der Bietergemeinschaft ein Ausschlussgrund hervorkomme. Da die Auftraggeberin von der Insolvenz der XXXX gewusst habe, hätte sie das Angebot der Zuschlagsempfängerin ausscheiden müssen. Der angefochtene Zuschlag sei daher auch gemäß § 331 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 rechtswidrig.

Die Erstantragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Stellungnahme vom 16.04.2018 brachte die Zuschlagsempfängerin vor, dass das BVwG im Nachprüfungsverfahren nicht zu dem Ergebnis gelangt sei, dass die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig gewesen wäre. Das BVwG habe in seiner Entscheidung vom 16.11.2017 sämtliche Anträge der damaligen Antragstellerinnen abgewiesen und die Richtigkeit der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der mitbeteiligten Partei damit uneingeschränkt bestätigt. Es sei unrichtig, dass über die XXXX (idF XXXX) am 05.01.2018 (noch an einem anderen Tag) ein Insolvenzverfahren eröffnet worden sei. Richtig sei vielmehr, dass XXXX beim zuständigen Gericht in Rom einen Antrag nach Art 181 Absatz 6 des italienischen Konkursgesetzes gestellt und darin die Absicht geäußert habe, eine Umschuldungsvereinbarung abzuschließen und hilfsweise ein Vergleichsverfahren in Fortführung der Geschäftstätigkeit durchzuführen. Der Antrag nach Art 181 Absatz 6 des italienischen Konkursgesetzes stelle keine Eröffnung eines Insolvenzverfahrens dar. Voraussetzung für ein derartiges Verfahren sei zumindest ein sogenannter stato d'insolvenza im Sinne des italienischen Insolvenzrechts, wohingegen im gegenständlichen Verfahren allenfalls ein sogenannter stato di crisi ("krisenhafter Zustand") vorliege. Unrichtig sei auch, dass die Porr Bau GmbH die Anteile der XXXX an der Bietergemeinschaft der Zuschlagsempfängerin übernommen habe. Zudem habe eine unzulässige Direktvergabe nicht stattgefunden. Eine solche hätte bereits vor Zuschlagserteilung mittels Nachprüfungsantrages (und nicht erst nach Zuschlagserteilung mittels Feststellungsantrages) angefochten werden müssen. Es hätten entgegen den Ausführungen der Erstantragstellerin keine unzulässigen Änderungen im Vergabeverfahren stattgefunden. Über XXXX sei kein Insolvenzverfahren eröffnet worden, sondern lediglich ein Umschuldungsverfahren. In seiner Entscheidung vom 24.5.2016 in der Rechtssache C-396/14 habe der EuGH bereits ausgesprochen, dass Änderungen in der Zusammensetzung von Bietergemeinschaften nach Ablauf der Angebotsfrist in der Regel mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter vereinbar seien. Im Ausgangssachverhalt sei ein BIEGE-Mitglied aufgrund einer Insolvenz aus dem Vergabeverfahren und der Bietergemeinschaft ausgeschieden, worauf das verbliebene Mitglied an die Stelle der Bietergemeinschaft getreten sei. Für den EuGH sei diese Konstellation unschädlich, wenn das verbliebene Mitglied "die von dem Auftraggeber festgelegten Anforderungen allein erfülle und dass seine weitere Teilnahme an diesem Verfahren nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter führe". Nichts Anderes könne gelten, wenn die restlichen Mitglieder einer Bietergemeinschaft alleine alle Eignungskriterien erfüllen würden, der Haftungsfonds und die Leistungsfähigkeit des insolventen Mitglieds dem Auftraggeber zusätzlich aber erhalten bleiben würden. Die erforderliche Befugnis und Eignung liege bei den restlichen Mitgliedern der Bietergemeinschaft unzweifelhaft vor. Artikel 57 Abs 6 der VergabeRL sehe vor, dass Wirtschaftsteilnehmer, die sich in einem Insolvenzverfahren befänden, das Recht zur Erbringung von Nachweisen hätten, wonach, trotz Vorliegens eines einschlägigen Ausschlussgrundes (zB Insolvenzverfahren), die Zuverlässigkeit nach wie vor gegeben sei. Auch wenn die VergabeRL in Österreich noch nicht umgesetzt worden sei, sei sie im gegenständlichen Fall hinsichtlich der hier relevanten Bestimmung jedenfalls unmittelbar anwendbar. Selbst wenn daher eine Insolvenz der Bietergemeinschaft bestanden hätte, hätte die Auftraggeberin keinen Ausschluss vornehmen dürfen. Sie hätte vielmehr zu prüfen gehabt, ob insbesondere eine sogenannte "Selbstreinigung" möglich bzw schon erfolgt sei. Dass die Auftraggeberin die Ausschlussgründe unangewendet gelassen bzw geändert habe, und dass hätte sie dies bereits in der ursprünglichen Ausschreibung so vorgesehen, andere Unternehmer in der Lage gewesen wären an diesem Vergabeverfahren teilzunehmen, sei unrichtig. Weder das Angebot der Zuschlagsempfängerin noch der Leistungsvertrag seien in Hinblick auf die Zuschlagsempfängerin inhaltlich verändert worden. Es würden auch keine Sideletter existieren, in denen ein abweichender Inhalt festgelegt worden wäre. Die Bietergemeinschaft sei nicht verändert worden.

Mit Schreiben vom 16.04.2018 brachte die Auftraggeberin vor, dass der Antrag schon deshalb zurückzuweisen wäre, da die Erstantragstellerin gemäß § 331 Abs 1, erster Satz, BVergG keine Antragslegitimation habe, weil sie an dritter Stelle gelegen, ohnehin nicht zum Auftrag gelangt wäre und ihr daher auch kein Schaden entstanden sei. XXXX , ein Mitglied der Bietergemeinschaft der Zuschlagsempfängerin, habe am 8.1.2018 an das Zivilgericht Rom, Amt für Konkursverfahren, einen Antrag gemäß Art 161, Abs 2, K.D. vom 16. März 1942, Nr 261 gestellt. Dieser Antrag stelle

nach dem italienischen Recht nicht die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, Vergleichsverfahrens oder gleichwertigen Verfahrens dar. Der Antrag sei kein Zugeständnis einer Insolvenz des Unternehmens ("stato die insol- venza"), sondern lediglich einer Unternehmenskrise ("stato di crisi"), die nicht mit einer Insolvenz bzw Zahlungsunfähigkeit gleichzuhalten sei. Der Antrag sei darauf gerichtet, entweder ein Verfahren eines außergerichtlichen Vergleichs über eine Schuldenumschichtung oder ein Ausgleichsverfahren bei Fortführung des Betriebs durchzuführen. Mit der erfolgten Antragstellung sei weiters in keiner Weise eine Entziehung der Eigenverwaltung verbunden, sondern lediglich eine gewisse Informationspflicht an das Gericht. Die operativen Geschäftsführungsbefugnisse würden vollständig bei XXXX verbleiben. Im Unterschied zur "Selbstreinigung" gemäß Art 57 Abs 6 der Richtlinie 2014/24/EU, die erst nach einer bereits eingetretenen Unzuverlässigkeit rechtlich relevant werde, liege bei positiver Prognose im Sinne von Art 57 Abs 4, letzter Unterabsatz, der Richtlinie 2014/24/EU der Ausschlusstatbestand selbst bereits nicht vor. Das Durchschlagen einer Unzuverlässigkeit eines Mitglieds auf die gesamte Bietergemeinschaft finde sich in der Ausschreibung nicht eindeutig. Der EuGH habe in der Entscheidung vom 24.5.2016, C-396/14, ausgesprochen, dass eine Bietergemeinschaft bei Insolvenz eines Mitglieds nicht zwingend auszuschließen sei, und zwar sogar für den Anlassfall, dass eine Zweier-Bietergemeinschaft auf ein einzelnes Mitglied reduziert werde. Die bisherige strenge Rechtsansicht in Österreich sei nicht mehr aufrechtzuerhalten. Zudem sei bei XXXX eine "Selbstreinigung" grundsätzlich möglich und zulässig. Es liege keine unzulässige Direktvergabe vor. Es gebe keine Zusatzvereinbarungen. Auch die Maßnahmen zur "Selbstreinigung" würden in keiner Weise den Vertragsinhalt ändern. Weder das Angebot noch der Inhalt des Formblatts 3 noch die darin angeführten Leistungsteile der Mitglieder der Bietergemeinschaft seien von der Zuschlagsempfängerin zu irgendeinem Zeitpunkt nach Angebotsabgabe geändert worden. Der Zuschlag sei der unveränderten Bietergemeinschaft zum unveränderten Angebot erteilt worden. Die rechtliche Wirkung beschränke sich auf den Spruch der Entscheidung des BVwG vom 16.11.2017, sohin darauf, dass sämtliche Anträge abgewiesen worden seien und die Revision für nicht zulässig erklärt worden sei. Die Auftraggeberin sei nicht an die Rechtsansicht des BVwG gebunden.

Mit Schreiben vom 26.04.2018 beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, stellte die Zweitantragstellerin die Anträge "auf Feststellung

a. gemäß § 331 Abs. 1 Z 1 BVergG, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde,

b. (vorsichtshalber) gemäß § 331 Abs. 1 Z 3 BVergG, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war und

c. (vorsichtshalber) gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war", Akteneinsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Zweitantragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Auftraggeberin sei die Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE. Die Auftraggeberin habe ein offenes Vergabeverfahren zur Vergabe eines Bauauftrags mit der Bezeichnung "AP218 Baulos Pfons Brenner" im Oberschwellenbereich durchgeführt. Mit Schreiben vom 26.03.2018 sei die Zuschlagserteilung zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin mitgeteilt worden. Die Zweitantragstellerin bekämpfe die Zuschlagserteilung.

Es sei über ein Mitglied der Zuschlagsempfängerin, nämlich XXXX nach der Zuschlagsentscheidung und vor der Zuschlagserteilung ein "Concordato preventivo" eingeleitet worden. Die Eröffnung eines solchen Insolvenzverfahrens über ein Mitglied der Zuschlagsempfängerin begründe einen Ausschlussgrund gemäß § 229 Abs. 1 Z 2 BVergG und damit die mangelnde Eignung der Zuschlagsempfängerin.

Auch die übrigen vorgereihten Bieter, dürften den Zuschlag nicht erhalten, weil auch bei diesen Bietern die Eignung nicht gegeben oder nachträglich weggefallen sei.

Die Zweitantragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

In der Stellungnahme vom 04.05.2018 wiederholte die Auftraggeberin die Ausführungen in der Stellungnahme vom 16.04.2018 im Verfahren W134 2191486-1, zum Ablauf des Vergabeverfahrens und zu den rechtlichen Grundlagen. Die Auftraggeberin habe nur hinsichtlich der Zuschlagsempfängerin eine vollständige Angebotsprüfung durchgeführt. Daher könne zu etwaigen Ausschluss- oder Ausscheidensgründen der sonstigen Bieter bzw Angebote keine abschließende Stellungnahme erfolgen. Dass der Zuschlag der gesamten Bietergemeinschaft erteilt wurde und nicht bloß zwei Mitgliedern, ergebe sich aus der ausdrücklichen Anführung der gesamten Bietergemeinschaft in der EU-weiten Bekanntmachung. Die Anträge "gemäß § 331 Abs. 1 Z 3 BVergG, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw 272 BVergG wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war" bzw "gemäß § 331 Abs. 1 Z2 BVergG, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war" seien verfristet.

Mit Stellungnahme vom 09.05.2018 brachte die Zuschlagsempfängerin vor, dass über die XXXX am 15.1.2018 (oder an einem anderen Tag) kein concordato preventivo eingeleitet worden sei. Es handle sich um kein Insolvenzverfahren. Die XXXX habe beim Tribunale di Rome am 5.1.2018 selbst einen Vormerkungsantrag nach Art 161 Absatz 6 (sogenannter prenotativo) des königlichen Dekrets Nr 267/1942 gestellt und darin die Absicht geäußert eine "Umschuldungsvereinbarung abzuschließen. Beim gegenständlichen Vormerkungsverfahren vor dem Tribunale di Roma handelt es sich um ein bloßes Vorverfahren. Dieses Vormerkungsverfahren diene lediglich der Bestimmung des Folgeverfahrens und stelle insbesondere noch kein concordato preventivo dar. Der Beschluss des Tribunale die Roma vom 15.1.2018 gewähre lediglich eine Frist für die Vorlage eines Umschuldungsplans bzw einer außergerichtlichen Umschuldungsvereinbarung und eröffne kein concordato preventivo. Voraussetzung für ein Insolvenzverfahren wäre zumindest ein sogenannter stato d'insolvenza im Sinne des italienischen Insolvenzrechts gewesen, wohingegen für die gegenständlich beantragten Verfahren allenfalls ein sogenannter stato di crisi ("krisenhafter Zustand") vorliegen dürfe. Die Anträge gemäß § 331 Abs 1 Z 2 sowie Z 3 BVergG seien verfristet und schon aus diesem Grund zurückzuweisen. Eine unzulässige Direktvergabe habe nicht stattgefunden. Der Zweitantragstellerin fehle es an der Antragslegitimation. Die restlichen Mitglieder der Bietergemeinschaft seien geeignet und befugt, die festgelegten Anforderungen der Ausschreibung auch ohne die XXXX zu erfüllen. Die VwGH-Judikatur sei durch die Entscheidung des EuGH vom 24.06.2016 in der Rechtssache C-396/14 überholt. Art 57 Abs 6 der VergabeRL, aber auch jene Bestimmungen des BVergG 2006 zur Selbstreinigung würden zur Anwendung kommen.

Mit Schreiben der Zweitantragstellerin vom 23.05.2018 führte diese aus, dass das hinsichtlich XXXX eröffnete "Concordato preventivo" sehr wohl ein Insolvenzverfahren sei. Die Auslegung nach dem Unionsrecht führe dazu, dass im gegenständlichen Fall sehr wohl von einem Insolvenzverfahren auszugehen sei. Das "Concordato preventivo" sei nämlich gemäß Art 2 Z 4 iVm Anhang A EUInsVO ausdrücklich als Insolvenzverfahren definiert. Das Insolvenzverfahren sei spätestens mit Beschluss des Tibunale die Roma vom 15.1.2018 eröffnet worden. Nach Art 2 Z 4 iVm Anhang A EUInsVO seien nicht nur das "Concordato preventivo" sondern ausdrücklich auch "Accordi di ristrutturazione" als Insolvenzverfahren definiert. Das zuständige Gericht habe mittels Beschluss konkrete Anordnungen gegenüber XXXX getroffen und XXXX sogar mehrere Insolvenzverwalter zur Überwachung der Geschäftstätigkeit zur Seite gestellt. Damit könne kein Zweifel mehr daran bestehen, dass sich XXXX in einem Insolvenzverfahren (oder allenfalls auch Vergleichsverfahren) befinde. Bei fehlender Zuverlässigkeit eines Mitglieds einer Bietergemeinschaft sei die gesamte Bietergemeinschaft auszuschließen. Das Urteil des EuGH vom 24.5.2016 habe ein zweistufiges Verhandlungsverfahren betroffen. Im vorliegenden Fall sei aber ein offenes Verfahren durchgeführt worden. In einem offenen Verfahren seien Angebotsänderungen jedenfalls und immer unzulässig. Daran ändere auch das gegenständliche Urteil des EuGH nichts. Die Ausschreibung verweise nicht auf allfällige "Selbstreinigungs"-Möglichkeiten der Richtlinie, sondern ausdrücklich nur auf Aus-schlussgründe gemäß § 229 Abs. 1. BVergG 2006 oder nach Art 80. der Richtlinie 2014/24/EU in Verbindung mit Art. 59 bis 61 der Richtlinie 2014/24/EU. Aus Art 57 Abs 6 der RL 2014/24/EU ergebe sich, dass nicht der Ausschlussgrund eines Insolvenzverfahrens behandelt werde, sondern nur solche Ausschlussgründe, die eine Straftat bzw sonstiges Fehlverhalten des Unternehmens betreffen würden. Die Argumentation der Auftraggeberin und der Zuschlagsempfängerin würde bereits am Fehlen einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage für die von diesen

behaupteten "Selbstreinigung" scheitern. Der Zweitantragstellerin mangle es nicht an der Antragslegitimation. Die beantragten Feststellungen nach § 331 Abs 1 Z 2 und 3 BVergG seien nicht verfristet. Die Auftraggeberin sei schriftlich auf die Situation von XXXX hingewiesen worden und XXXX sei auch auf Grund des Insolvenzverfahrens in die Schlagzeilen geraten. Es wäre daher im vorliegenden Fall an der Auftraggeberin gelegen, die Eignung von XXXX zumindest hinsichtlich jener Ausschlussgründe nochmals zu prüfen, die mit der offenkundigen wirtschaftlichen Schieflage im Zusammenhang stünden.

Mit Schreiben vom 25.5.2018 führte die Erstantragstellerin aus, dass das "concordato preventivo" ein Insolvenzverfahren im Sinne des § 229 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 darstelle. Der Begriff "Insolvenzverfahren" werde auf unionsrechtlicher Ebene in der EuInsVO definiert. Gemäß Art 2 Z 4 EuInsVO sei ein Insolvenzverfahren ein in Anhang A aufgeführtes Verfahren. Anhang A der EuInsVO nenne für Italien ausdrücklich auch das Verfahren "concordato preventivo". Das "concordato preventivo" sei demnach ein Insolvenzverfahren im unionsrechtlichen Sinn, welches auf Antrag von XXXX am 08.01.2018 mit Beschluss des Gerichtshofes von Rom vom 15.1.2018 eingeleitet worden sei. Entsprechend dem Gebot der autonomen Auslegung erfülle das "concordato preventivo" folglich den Ausschlussgrund des § 229 Abs 1 Z 2 BVergG 2006. Ein Ausschlussgrund iSd § 229 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 liege nicht nur bei Einleitung eines Insolvenzverfahrens nach österreichischem Recht vor, sondern auch bei (i) Verwaltung der Vermögenswerte durch einen Insolvenzverwalter oder ein Gericht, (ii) einem Vergleichsverfahren oder (iii) einem in den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen gleichartigen Verfahren, wodurch sich der Unternehmer in einer vergleichbaren Lage befände. Ein Unternehmer könne während des Verfahrens des "concordato preventivo" nicht frei entscheiden, sondern würden bestimmte, wichtige Entscheidungen, die Zustimmung des Gerichts erfordern. Damit liege eine Situation der Verwaltung der Vermögenswerte durch das Gericht vor, wie sie in Art 57 Abs 4 lit b RL 2014/14/EU genannt sei. Auch unter unionsrechtskonformer Interpretation von § 229 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 erfülle damit das "concordato preventivo" über XXXX diesen Ausschlussgrund. Die berufliche Zuverlässigkeit sei nur dann gegeben, wenn für sämtliche Mitglieder der Bietergemeinschaft belegt werden würde, dass weder ein Ausschlussgrund gemäß § 229 Abs 1 BVergG 2006 noch gemäß Art 80 RL 2014/25/EU vorliege. Könne dieser Nachweis nicht für sämtliche Mitglieder einer Bietergemeinschaft erbracht werden, sei der betreffende Unternehmer (die betreffende Bietergemeinschaft) gemäß Punkt 10 der Ausschreibung von diesem Vergabeverfahren - in Einklang mit § 228 Abs 2 BVergG 2006 - auszuscheiden. Voraussetzung für die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen sei unter anderem, dass die besagte Bestimmung inhaltlich unbedingt und hinreichend konkret sei. Dies sei nach ständiger Rechtsprechung des EuGH insbesondere dann nicht der Fall, wenn eine Bestimmung den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum belasse. Enthalte eine Richtlinie folglich nicht eindeutige Vorgaben für die Mitgliedstaaten, komme eine unmittelbare Anwendbarkeit der betroffenen Bestimmungen nicht in Betracht. Da Art 57 Abs 4 RL 2014/24/EU den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum belasse, sei auch eine unmittelbare Anwendbarkeit dieser Bestimmung nicht möglich. Die Ausschreibung verlange von jedem Mitglied einer Bietergemeinschaft, über die berufliche Zuverlässigkeit zu verfügen, nur in diesem Fall erfülle eine Bietergemeinschaft das von der Auftraggeberin festgelegte Eignungskriterium der beruflichen Zuverlässigkeit. Entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin und der Zuschlagsempfängerin sei die frühere Rechtsprechung der nationalen Vergabekontrollinstanzen durch das Urteil des EuGH vom 24.05.2016, zur Zahl C-396/14, nicht überholt, sondern beziehe sich dieses auf Verfahren, in denen das strikte Verhandlungsverbot nicht gelte. Für das offene Verfahren behalte die bisherige Rechtsprechung weiterhin ihre Gültigkeit. Art 57 Abs 6 RL 2014/24/EU sei nicht anwendbar. Selbst wenn Maßnahmen zur Selbstreinigung gesetzt worden wären, fehle die erforderliche Eignung im Zeitraum vom 15.01.2018 bis zur Umsetzung dieser Maßnahmen. Eine Selbstreinigung hinsichtlich der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über XXXX komme nicht in Betracht. Es handle sich um eine rechtswidrige Direktvergabe, da die Auftraggeberin gegenüber der Zuschlagsempfängerin den Ausschlussgrund bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens abgeändert bzw außerachtgelassen habe und daher eine wesentliche Änderung vorliege. Die Erstantragstellerin sei antragslegitimiert, da sie bei Ausschluss der Zuschlagsempfängerin erstgereiht wäre, da auch über ein Mitglied der Bietergemeinschaft XXXX ein Insolvenzverfahren eingeleitet worden sei, sodass auch diese Bietergemeinschaft ausgeschieden werde hätte müssen. Da die Auftraggeberin den Vertrag ohne die Zusage von "Garantien" für die Auftragsausführung durch die Zuschlagsempfängerin offenkundig nicht abgeschlossen habe, liege auch darin eine wesentliche Änderung. Es liege folglich im Abschluss des geänderten Leistungsvertrags eine rechtswidrige Direktvergabe gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG 2006.

Mit Schreiben vom 01.06.2018 erstattete die Zuschlagsempfängerin eine ergänzende Stellungnahme und führte aus,

dass eine Einleitung bzw Zulassung eines concordato preventivo con continuita aziendale ebenso wie eines concordato preventivo nicht erfolgt seien. Ein entsprechenden Beschlusses gemäß Artikel 163 des königlichen Dekrets Nr 267/1942, existiere nicht. Es handle sich bei solchen Verfahren im Stadium vor "Zulassung" weder nach dem italienischen Insolvenzrecht noch nach österreichischem Vergaberecht um ein eröffnetes Insolvenzverfahren. Die Bietergemeinschaft hätte im gegenständlichen Fall selbst bei einer tatsächlichen Insolvenz von XXXX über eine durchgängige Eignung und Befugnis verfügt. Aus der Entscheidung des EuGH 24.5.2016, RS C-396/14, sei nicht erkennbar, dass der EuGH zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, wenn es sich um eine andere Verfahrensart gehandelt hätte. Der Einwand, Artikel 57 Abs 6 der VergabeRL ermögliche eine Selbstreinigung nur für Straftaten, sei verfehlt. Er widerspreche nicht nur dem telos der Bestimmung, sondern auch deren eindeutigem Wortlaut. Artikel 57 Abs 6 der VergabeRL verweise ausdrücklich auf die Ausschlusstatbestande gemäß Abs 1 und Abs 4. In Artikel 57 Abs 4 lit b der VergabeRL sei das Insolvenzverfahren geregelt. Die mitbeteiligte Partei rege in diesem Zusammenhang die Stellung eines Vorabentscheidungsersuchens zur Frage an, ob Artikel 57 Abs 6 der Richtlinie 2014/24/EU einer Regelung entgegenstehe, die den Ausschluss einer Bietergemeinschaft aus einem Vergabeverfahren vorsehe, wenn ein Mitglied der Bietergemeinschaft in einem Insolvenzverfahren verfangen sei, die übrigen Mitglieder aber -auch bei Außerachtlassung dieses Mitglieds -die Eignungskriterien erfüllen würden und zudem ihre Bereitschaft zur uneingeschränkten Leistungserbringung bekräftigt hätten. Für die Dauer der Unternehmenskrise von XXXX würden 34,99% von deren ARGE-Anteil temporär an die anderen Mitglieder zur Sicherung abgetreten werden. Der ARGE-Anteil selbst würde unverändert bleiben, ebenso wie der Anteil an Gewinn und Verlust. Zweck dieser Regelung sei lediglich, XXXX vorübergehend ARGE-intern von einem Teil der Vorfinanzierungsverpflichtungen zu entlasten. Dies ändere nichts an der Haftung von XXXX im Außenverhältnis gegenüber der Auftraggeberin, die unverändert bleibe.

Am 30.05.2018 fand ihm BVwG darüber eine mündliche Verhandlung statt. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise wie folgt:

"[...]

XXXX : Die Entität, der zugeschlagen wurde ist unverändert jene, die das ausschreibungskonforme Angebot gelegt hat. Sie besteht aus denselben Partnern der Bietergemeinschaft, die unverändert solidarisch für alle Leistungen haften und unverändert sich dazu verpflichtet haben, gemeinsam sämtliche Leistungen zu erbringen.

[...]

VR: Um welche Art von Verfahren, handelt es sich bei dem Verfahren, das bezüglich der Condotte, mit Beschluss des Gerichtes in Rom vom 15.01.2018, anhängig ist?

XXXX : Es handelt sich entsprechend der Beilage 11 meines Schreibens vom 25.05.2018 (Auszug aus dem Firmenbuch vom 23.04.2018) um einen Antrag gemäß Art. 161 Abs. 6, L.F. (L.F: = italienisches Insolvenzgesetz legge fallimentare) um ein "Concordato Preventivo" (Ausgleichsverfahren).

VR fragt die anderen Parteien: Ist dieser Inhalt des Firmenbuches richtig und echt?

XXXX : Die Eintragung im italienischen Firmenbuch ist echt, aber nicht richtig. Dies deshalb weil der im Firmenbuch verwendete Begriff "Concordato Preventivo" lediglich ein Überbegriff ist und für alle Ausgleichsverfahren steht. Gegenständlich handelt es sich aber um ein Ausgleichsverfahren mit Fortführung der Geschäftstätigkeit, welches vergaberechtlich und insolvenzrechtlich privilegiert ist. Die genaue Bezeichnung des Verfahrens ist sowohl aus dem Antrag als auch dem antragsgemäßen Beschluss des zuständigen Gerichts in Rom vom 15.01.2018 ersichtlich, wonach es sich um einen Antrag auf Einräumung einer Frist zur Stellung eines endgültigen Antrages auf Zulassung zu einem Ausgleichsverfahrens mit Fortbetrieb und wahlweise zur Stellung eines Antrages auf Genehmigung einer Umschuldungsvereinbarung handelt.

XXXX : Ich verweise diesbezüglich auf unser Vorbringen in der Stellungnahme vom 04.05.2018 bzw. 16.04.2018 (Punkt 32). Das "Concordato Preventivo" wird manchmal als Vergleichs-manchmal als Ausgleichsverfahren übersetzt.

VR: Vorgehalten wird der Erwägungsgrund 15 der EU-Insolvenzverordnung.

XXXX : Das durchgeführte Verfahren betreffend XXXX ist weder ein vorläufiges noch ein einstweilig eröffnetes Verfahren. Das Verfahren ist noch gar nicht eröffnet. Wie auch aus dem memorandum von XXXX (Beilage 13) auf Seite 1 folgt. Im Firmenbuchauszug in Beilage 11 zur XXXX ist angemerkt "Ausgleichsantrag". Ein Antrag ist keine Verfahrenseröffnung. Die Öffnung des Verfahrens ist nicht angemerkt. Die Eröffnung des Verfahrens ist geregelt in Art.

163 des italienischen Insolvenzgesetzes, welches als Beilage auch beiliegt.

XXXX : Zweitantragstellerin hält fest, dass gemäß Art. 2 Ziffer 7 der EU-INSVO die Entscheidung eines Gerichts zur Bestellung eines Verwalters der Entscheidung zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gleichzusetzen ist. Ein Verwalter ist gemäß Art. 2 Ziffer 5 der EU-INSVO insbesondere jede Person die die Geschäftstätigkeit des Schuldners zu überwachen hat, wobei diese Personen für die einzelnen EU-Mitgliedsstaaten in Anhang B der EU-INSVO konkret definiert sind und darin insbesondere der "Comissario giudiziale" als Verwalter definiert ist. Mit dem bereits vorgelegten Beschluss des Regionale di Roma vom 15.01.2018 (Beilage 2) wurden insgesamt drei derartige "Comissario giudiziale" bestellt, sodass eindeutig erwiesen ist, dass ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde.

XXXX : In Art. 2 Artikel 7 ist die Entscheidung eines Gerichts zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens definiert als die Entscheidung eines Gerichts zur Entscheidung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder zur Bestätigung der Eröffnung eines solchen Verfahrens und die Entscheidung eines Gerichts zur Bestellung eines Verwalters. Die beiden Voraussetzungen müssen daher kumulativ vorliegen, sonst wäre das Wort oder zu verwenden gewesen. Zum anderen kommt keiner auf Basis des Gerichtsbeschlusses vom -

15.01.2018 zur Fristsetzung bestellten Person keine der in Artikel 2 Ziffer 5 genannten Funktionen zu. Insbesondere ist auch die Geschäftstätigkeit des Schuldners nicht zu überwachen. Letztlich verweist Art. 7 Abs. 1 der EU-INSVO hinsichtlich der Wirkungen des Insolvenzrechts auf das Recht des Mitgliedsstaates in dessen Hoheitsgebiet das Verfahren eröffnet würde. Auch wenn im gegenständlichen Fall noch kein Verfahren eröffnet worden ist, so ist hinsichtlich der Wirkung des Antrags wohl unstrittig das italienische Insolvenzgesetz gemeint. Gemäß Art. 186 bis des italienischen Insolvenzgesetzes verhindert die Zulassung zum Ausgleichs-bzw. Vergleichsverfahren nicht die Teilnahme an Verfahren zur Zuerkennung mit öffentlichen Verträgen, in gleicher Weise bestimmt das italienische Vergabegesetz in Art. 38 Abs. 1 lit. A, dass die Eröffnung bzw. Zulassung eines Ausgleichsverfahrens gemäß Art. 186 bis des italienischen Insolvenzgesetzes keinen Ausschlussgrund darstellt. Sowohl aus dem italienischen Insolvenzgesetz als auch aus dem italienischen Vergabegesetz folgt daher, dass selbst die Eröffnung bzw. Zulassung zu einem solchen Ausgleichsverfahren keinen Ausschlussgrund darstellen. Umso mehr muss dies gelten, wenn ein solches Verfahren noch nicht einmal eröffnet bzw. zugelassen wurde.

XXXX : Zweitantragstellerin hält fest, dass das Wort "und" Art. 2 Ziffer 7 EU-INSVO nicht bedeutet, dass es sich bei dem darunter angeführten Entscheidungen um Voraussetzungen handelt die kumulativ vorliegen müssten. Vielmehr wird durch diesen Artikel nur zum Ausdruck gebracht, dass beide in Ziffer 7 genannten Entscheidungen als Entscheidungen zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu qualifizieren sind. Dies ergibt sich auch eindeutig daraus, dass andernfalls der bereits in Ziffer 7 lit. I der enthaltene Wortlaut "Entscheidung eines Gerichts zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens" sinnlos wäre.

[...]

XXXX : Der Vertreter der Erstantragstellerin weist darauf hin, dass der Art. 2 der EU-INSVO mit der Überschrift "Begriffsbestimmungen" einzelne Begriffe näher definiert. Demnach sind für die Zwecke dieser Verordnung die nachfolgenden Begriffe definiert. In Ziffer 7 unter der Überschrift "Entscheidung zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens" werden zwei diesbezügliche Sachlagen benannt, die erkennbar voneinander unabhängig sind, zumal beide Unterabsätze

i und ii mit den Worten "die Entscheidung eines Gerichts" eingeleitet sind. Wären diese beiden Begriffe kumulativ zu verstehen, müssten die Worte "Entscheidung eines Gerichtes" im zweiten Unterabsatz entfallen. Zudem ist in Ziffer 3 dieses Artikels der "Schuldner in Eigenverwaltung" als ein Schuldner definiert, über dessen Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, das nicht zwingend mit der Bestellung eines Verwalters oder der vollständigen Übertragung der Rechten und Pflichten verbunden ist. Daraus ist erkennbar, dass die Bestellung eines Verwalters keineswegs essentieller Bestandteil der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist.

XXXX : Ich verweise auf Art 7 Abs. 2 der EU-INSVO, wonach das Recht des Staates in der Verfahrenseröffnung regelt, unter welchen Voraussetzungen das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Gemäß dem italienischen Insolvenzgesetz liegt noch kein Beschluss auf Einleitung bzw. Zulassung eines Ausgleichverfahrens vor.

XXXX : Wie schon in meinem Schriftsatz vom 25.05.2018 halte ich entgegen, dass in Anlage A zur EU-INSVO das "Concordato Preventivo" ohne nähere Spezifikation benannt ist.

XXXX : Daraus ist im Gegenteil abzuleiten, dass es sich im gegenständlichen "Concordato Preventivo con continuita aziendale" gerade nicht um ein Insolvenzverfahren im Sinne der EU-INSVO handelt.

XXXX : "Concordato Preventivo" ist der Oberbegriff und umfasst alle "Concordato Preventivo"-Verfahren.

VR: Gibt es weiteres Vorbringen?

Alle anwesenden Parteien verneinen dies.

VR: Wird zur Frage zur echten Chance auf Verteilung des Zuschlags betreffend beide Antragsteller etwas vorgebracht?

XXXX : Der Auftraggeber hat auf Seite 24 seines Schreibens vom 04.05.2018 angegeben, dass eine vollständige Angebotsprüfung nur hinsichtlich des Zuschlagsemfängers durchgeführt worden sei. Daher kann der Zweitantragstellerin eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags nicht abgesprochen werden. Auf mein Vorbringen betreffend die fehlende Dienstleistungsanzeige der Erstantragstellerin bzw. Insolvenz eines Mitglieds der Bietergemeinschaft XXXX wird verwiesen.

XXXX : Ich bringe vor, dass zum Vorhalt der fehlenden echten Chance der Zuschlag richtigerweise der Erstantragstellerin, nach dem Ausscheiden der BG XXXX und der BG XXXX , der BG XXXX , der Zuschlag erteilt hätte werden müssen. Ich verweise darauf, dass über die Firma XXXX ebenfalls ein "Concordato Preventivo" eingeleitet wurde. Siehe Beilage 14. Zum Vorhalt fehlender gewerberechtlicher Befugnis, bringe ich vor, dass zum einen die Auftraggeberin die BG XXXX sehr wohl überprüft und richtigerweise nicht ausgeschieden hat, dass die erforderliche gewerberechtliche Befugnis tatsächlich schon deshalb gegeben war weil das Mitglied der BG XXXX über die Befugnis verfügt und für sämtliche Leistungsteile die gewerberechtliche Verantwortung übernommen hat.

XXXX : Die fehlende Dienstleistungsanzeige eines ausländischen Biege-Mitglieds kann nicht durch die Befugnis eines inländischen Unternehmens ersetzt werden. Im Übrigen ist bei der Firma XXXX (Mitglied der Bietergemeinschaft XXXX) tatsächlich bereits ein Insolvenzverfahren eröffnet worden, das auch im Firmenbuch als solches angemerkt ist.

XXXX : Der Erstantragsteller hat in seiner Replik gesagt, er hätte die Zuschlagserteilung nicht erhalten. Dazu wird ergänzend die Sende-und Empfangsbestätigung aus dem Vergabeportal vorgelegt.

[...]"

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE führte ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrags mit der Bezeichnung "AP 218 - Baulos Pfons Brenner" durch. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses Pfons Brenner betrug 1,28 Milliarden Euro. Die Bekanntmachung in Österreich und in der EU erfolgte am 09.12.2016. Mit Erkenntnis des BVwG vom 16.11.2017, W134 2168104-2/33E, W134 2168219-2/29E, wurden die Nachprüfungsanträge gerichtet auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 11.08.2017 zugunsten der Bietergemeinschaft XXXX , bestehend aus 1) XXXX . 2) XXXX 3) XXXX und 4) XXXX abgewiesen. Die Auftraggeberin erteilte mit Schreiben vom 23.03.2018 der Zuschlagsempfängerin Bietergemeinschaft XXXX , bestehend aus 1) XXXX . 2) XXXX 3) XXXX und 4) XXXX den Zuschlag. Die Bekanntmachung des Zuschlages erfolgte am 27.03.2018 im Supplement zum Amtsblatt der EU. (Schreiben der Auftraggeberin vom 30.04.2018, Vergabeakt)

Punkt 12, Teil A der Allgemeinen Ausschreibungsunterlagen lautet auszugsweise:

"Die Bieter (Unternehmer bzw. sämtliche Mitglieder von Bietergemeinschaften) haboaen [sic!] mit nachstehenden zu liefernden Nachweisen zu belegen, dass kein Ausschlussgrund gemäß § 229 Abs. 1 BVergG 2006 oder nach Art. 80 der Richtlinie 2014/25/EU in Verbindung mit Art. 59 bis 61 der Richtlinie 2014/24/EU vorliegt."

(Akt des Vergabeverfahrens)

Der Beschluss des Tribunale di Roma vom 15.01.2018, Zahl C.P. 1/2018, lautet auszugsweise (Hervorhebungen durch das BVwG):

" DECRETO

VISTO

il ricorso con cui XXXX ., ha proposto una domanda ex art. 161, comma 6, l.fall., riservandosi di presentare entro un assegnando termine una proposta definitiva di concordato preventivo (con il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo di tale norma) o una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione dei debiti;

[...]

PQM

Visto lart. 161, commi 6 e 8, 1. Fall;

1. concede alla societa ricorrente termine di centoventi giorni a decorrere dalla comunicazione deel presente decreto, scandenti il 18 maggio 2018...

2. nomina commissari giudiziali XXXX

i quali dovranno vigilare sull-attività che la società ricorrente andrà a compiere fino alla scadenza del suddetto termine, riferendo immediatamente al Tribunale ogni fatto costituente violazione degli obblighi di cui agli artt. 161 e 173 l.fall. e degli altri obblighi sottoindicati;

[...]" (Schreiben der Erstantragstellerin vom 25.05.2018, Beilage ./12)

Der Beschluss des Tribunale di Roma vom 15.01.2018, prot. Nr. C.P. 1/2018, in deutscher Übersetzung lautet auszugsweise (Hervorhebungen durch das BVwG):

"BESCHLUSS

gefällt:

IN ANSEHUNG FOLGENDER ELEMENTE:

des Einbringens, mit dem die XXXX , einen Antrag gemäß Artikel 161, Absatz 6, L.Fall [italienisches Insolvenzgesetz, Anm. d. Übs.] unter dem Vorbehalt eingebracht hat, binnen einer ihr zu stellenden Frist einen endgültigen Antrag auf Ausgleich (mit dem Plan und den Unterlagen gemäß Absatz zwei und drei dieser Rechtsvorschrift) oder einen Antrag auf Genehmigung der Umschuldungsvereinbarung vorzulegen;

[...]

Aus diesen Gründen:

Wird in Ansehung von Art. 161 Absatz 6 und 8, L. Fall [italienisches Insolvenzgesetzen, Anmerkung des Übersetzers]:

1. Der antragstellenden Gesellschaft eine Frist von 120 Tagen ab Zustellung dieses Beschlusses, sohin endend am 18. Mai 2018, für die Vorlage eines endgültigen Antrags auf Ausgleich (mit dem Plan und den vollständigen Unterlagen gemäß Abs. 2 und drei dieser Rechtsvorschrift) oder eines Antrags auf Genehmigung der Umschuldungvereinbarungen eingeräumt;

2. werden zu Gerichtskommissaren [handschriftlich:] XXXX bestellt, welche die Tätigkeit zu überwachen haben, die die vorgenannte Gesellschaft bis zum Ablauf der obgenannten Frist entfaltet, wobei sie das Gericht unverzüglich von jedem Sachverhalt zu verständigen haben, der eine Verletzung der Pflichten gemäß den Artikeln 161 und 173 L.Fall [italienisches Insolvenzgesetz, Anm. d. Übs.] und der übrigen nachstehend angeführten Pflichten darstellt;

[...]" (Schreiben der Erstantragstellerin vom 25.05.2018, Beilage ./12)

Der Firmenbuchauszug der Kammer für Handel, Gewerbe, Handwerk und Landwirtschaft von Rom über die XXXX , vom 23.04.2018, Dokument Nr. A TJSDPZXLWJ4D5704D7D6, lautet im Original auszugsweise:

"[...] AI SENSI DELL'ART. 161 COMMA 6 L.F., LA XXXX ", HA DEPOSITATO AL TRIBUNALE DI ROMA IN DATA 08.01.2018 RICORSO PER L'AMMISSIONE AL CONCORDATO PREVENTIVO PROCEDURA N. 1/2018. (ISCRITTO NEL REGISTRO DELLE IMPRESE IN DATA 08.01.2O18 AL PROT. N.4599/18). [...]" (Schreiben der Erstantragstellerin vom 25.05.2018, Beilage ./11)

Der Firmenbuchauszug der Kammer für Handel, Gewerbe, Handwerk und Landwirtschaft von Rom über die XXXX , vom 23.04.2018, Dokument Nr. A TJSDPZXLWJ4D5704D7D6, lautet ins Deutsche übersetzt auszugsweise:

"[...] GEMÄSS ARTIKEL 161 ABSATZ 6, L.F. [italienisches Insolvenzgesetz, Anm. d. Übs. | HAT DIE GESELLSCHAFT " XXXX " AM 08.01.2018 BEIM GERICHTSHOF ROM DEN ANTRAG AUF ZULASSUNG ZUM AUSGLEICHSVERFAHREN, VERFAHRENSNR. 1/2018, GESTELLT. (EINGETRAGEN IM FIRMENBUCH AM 08.01.2018 UNTER PROT. NR. 4599/18).

[...]" (Schreiben der Erstantragstellerin vom 25.05.2018, Beilage ./11)

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht. Insbesondere sind auch keine Zweifel an der - von der Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung angezweifelten - Richtigkeit des italienischen Firmenbuches betreffend die Eintragung des Begriffes "concordato preventivo" bei der XXXX (in der Folge: " XXXX " genannt) aufgekommen. Es wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass die Eintragungen im italienischen Firmenbuch richtig sind. Nachvollziehbare Argumente, warum dies nicht so sein sollte, hat die Zuschlagsempfängerin nicht vorgebracht.

3. Rechtliche Beurteilung:

3. a Zur Frage, ob die Zuschlagsempfängerin auszuscheiden gewesen wäre

Die beiden Antragstellerinnen haben zusammengefasst vorgebracht, dass der am 23.03.2018 erteilte Zuschlag rechtswidrig erteilt worden sei, da die Zuschlagsempfängerin auszuscheiden gewesen wäre. Die Zuschlagsempfängerin sei deshalb auszuscheiden gewesen, weil über das Vermögen eines Mitgliedes der Bietergemeinschaft der Zuschlagsempfängerin, nämlich die XXXX , ein Insolvenzverfahren eröffnet worden sei.

Wie den Feststellungen entnommen werden kann, handelt es sich bei der XXXX um eines von 4 Mitgliedern der Bietergemeinschaft der Zuschlagsempfängerin. XXXX stellte am 08.01.2018 beim Tribunale di Roma einen Antrag nach dem italienischen Insolvenzgesetz. Über diesen Antrag erging ein Beschluss des Tribunale di Roma vom 15.01.2018, in welchem das eingeleitete Verfahren als "concordato preventivo" bezeichnet wird und drei "commissari giudiziali" (Gerichtskommissare) zur Überwachung der Tätigkeit der XXXX bestellt werden. In dem Firmenbuchauszug der Kammer für Handel, Gewerbe, Handwerk und Landwirtschaft von Rom betreffend XXXX ist ebenfalls zu entnehmen, dass am 08.01.2018 das Insolvenzverfahren "concordato preventivo" beantragt wurde.

Erwägungsgrund (15) der Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.2015 über Insolvenzverfahren (kurz: "EuInsVO") lautet:

"(15) Diese Verordnung sollte auch für Verfahren gelten, die nach dem Recht einiger Mitgliedstaaten für eine bestimmte Zeit vorläufig oder einstweilig eröffnet und durchgeführt werden können, bevor ein Gericht durch eine Entscheidung die Fortführung des Verfahrens als nicht vorläufiges Verfahren bestätigt. Auch wenn diese Verfahren als "vorläufig" bezeichnet werden, sollten sie alle anderen Anforderungen dieser Verordnung erfüllen."

Artikel 2 der EuInsVO lautet auszugsweise:

"Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck

[...]

4. "Insolvenzverfahren" ein in Anhang A aufgeführtes Verfahren;

5. "Verwalter" jede Person oder Stelle, deren Aufgabe es ist, auch vorläufig

[...]

v) die Geschäftstätigkeit des Schuldners zu überwachen.

Die in Unterabsatz 1 genannten Personen und Stellen sind in Anhang B aufgeführt;

[...]

7. "Entscheidung zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens"

i) die Entscheidung eines Gerichts zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder zur Bestätigung der Eröffnung eines solchen Verfahrens und

ii) die Entscheidung eines Gerichts zur Bestellung eines Verwalters;

8. "Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung" den Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirksam wird, unabhängig davon, ob die Entscheidung endgültig ist oder nicht;

[...]"

Anhang A EuInsVO lautet auszugsweise:

"Insolvenzverfahren nach Artikel 2 Nummer 4

[...]

ITALIA

-

[...]

-

Concordato preventivo,

-

[...]

-

Accordi di ristrutturazione,

-

[...]"

Anhang B der EuInsVO lautet auszugsweise:

"Verwalter nach Artikel 2 Nummer 5

[...]

ITALIA

-

[...]

-

Commissario giudiziale,

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, https://www.bvwg.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at