

TE Verg Bescheid 2013/7/24 VKS-489489/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.07.2013

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z7, 15, 16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §163

BVergG 2006 §165 Abs2

BVergG 2006 §168

BVergG 2006 §229 Abs1 Z2 und 3

BVergG 2006 §255 Abs8

BVergG 2006 §269 Abs1 Z6

IO §26

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 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 163 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 165 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 168 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 229 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 229 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 229 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 255 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. IO § 26 heute
2. IO § 26 gültig ab 27.07.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 147/2021
3. IO § 26 gültig von 01.07.2010 bis 26.07.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 29/2010
4. IO § 26 gültig von 01.01.1983 bis 30.06.2010 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 370/1982

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Drin. Kathrin Hornbanger, Rechtsanwältin in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe eines "Rahmenvertrages Erd- und Baumeisterarbeiten für das Wiener Wasserversorgungsnetz", Los 9, durch die Stadt Wien, Magistratsabteilung 31 - Wiener Wasser, Grabnergasse 4-6, 1060 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Dem Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 13.6.2013, betreffend das Los 9 für nichtig zu erklären, wird stattgegeben; die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich dieses Loses wird für nichtig erklärt.
1. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 26.6.2013 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 3.Ziffer 3
Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von Euro 4.500,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z. 7, 15, 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 4, 12 Abs. 1 Z 3, 163, 165 Abs. 2, 168, 229 Abs. 1 Z 2 und 3, 255 Abs. 8, 269 Abs. 1 Z 6 WVRG 2006 und § 26 IO. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 7, 15, 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 4, 12, Absatz eins, Ziffer 3, 163, 165, Absatz 2, 168, 229, Absatz eins, Ziffer 2 und 3, 255 Absatz 8, 269, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2006 und Paragraph 26, IO.

Begründung

Die Stadt Wien - Magistratsabteilung 31 - Wiener Wasser (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Erd- und Baumeisterarbeiten zur Instandhaltung und Sanierung des Wiener Wasserversorgungsnetzes. Es handelt sich um die Vergabe eines Bauauftrages im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren, wobei die Bestimmungen für Sektorenauftraggeber anzuwenden sind. Der Rahmenvertrag soll für die Dauer von drei Jahren abgeschlossen werden.

Die Ausschreibung ist gebietsweise in zehn Bezirksgruppen (Lose) unterteilt. Den Bietern stand es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose anzubieten. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis, wobei eine Teilvergabe je Los an den jeweiligen Billigstbieter vorgesehen ist. Die Angebotsfrist endete am 6.5.2013, 7.45 Uhr, die Angebotseröffnung fand anschließend statt.

Die Antragstellerin hat sich an der Ausschreibung beteiligt und für alle zehn Bezirksgruppen ein jeweils der Ausschreibung entsprechendes Angebot gelegt. Für die Bezirksgruppe 9 wurde die Antragstellerin im Zuge der Angebotseröffnung als zweitgereichte Bieterin verlesen.

Mit dem der Antragstellerin am 13.6.2013 im Faxwege zugegangenen Schreiben hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag für die Bezirksgruppe 9 einer anderen Bietergemeinschaft als Billigstbieterin erteilen zu wollen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 24.6.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, dass es der für die Zuschlagsentscheidung in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft an der notwendigen Eignung fehlen würde, da über das Vermögen eines Mitglieds dieser Bietergemeinschaft ein Insolvenzverfahren eröffnet worden sei. Die Insolvenz eines Mitgliedes einer Bietergemeinschaft führe zwingend zum Ausscheiden des betroffenen Mitgliedes und in weiterer Folge der gesamten Bietergemeinschaft. Das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin wäre daher auszuschneiden gewesen. Nach Ausscheidung des Angebotes der präsuntiven Zuschlagsempfängerin müsste die Antragstellerin sohin als Zweitgereichte im Los 9 als Billigstbieterin den Zuschlag erhalten. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 24.6.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, dass es der für die Zuschlagsentscheidung in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft an der notwendigen Eignung fehlen würde, da über das Vermögen eines Mitglieds dieser Bietergemeinschaft ein Insolvenzverfahren eröffnet worden sei. Die Insolvenz eines Mitgliedes einer Bietergemeinschaft führe zwingend zum Ausscheiden des betroffenen Mitgliedes und in weiterer Folge der gesamten Bietergemeinschaft. Das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin wäre daher auszuschneiden gewesen. Nach Ausscheidung des Angebotes der präsuntiven Zuschlagsempfängerin müsste die Antragstellerin sohin als Zweitgereichte im Los 9 als Billigstbieterin den Zuschlag erhalten.

Durch die rechtswidrige Entscheidung der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme und Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Im Einzelnen erachtet sich die Antragstellerin insbesondere in ihrem Recht auf vergaberechtskonforme Angebotsprüfung, gesetzeskonforme Anwendung des Ausschlusstatbestandes des § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006, Ausscheiden des Angebotes der Bietergemeinschaft auf welches der Zuschlag erteilt werden soll, Recht auf Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung sowie auf vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung sowie -erteilung, verletzt. Durch die rechtswidrige Entscheidung der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme und Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Im Einzelnen erachtet sich die Antragstellerin insbesondere in ihrem Recht auf vergaberechtskonforme Angebotsprüfung, gesetzeskonforme Anwendung des Ausschlusstatbestandes des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, Ausscheiden des Angebotes der Bietergemeinschaft auf welches der Zuschlag erteilt werden soll, Recht auf Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung sowie auf vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung sowie -erteilung, verletzt.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, weshalb sie sich auch am Vergabeverfahren durch Legung eines vergaberechtskonformen Angebotes beteiligt habe. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin drohe ihr nicht nur ein Schaden in Höhe des mit dem Auftrag zu erzielenden Gewinnes zu entstehen sowie auch der Verlust des Beitrages, den dieser Auftrag zu den allgemeinen Kosten des Betriebes der Antragstellerin geleistet hätte. Dazu kämen noch der Verlust eines entsprechenden Referenzprojektes sowie der Kosten für die Bearbeitung der Ausschreibungsunterlagen und der Rechtsberatung sowie Rechtsvertretung.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 26.6.2013 antragsgemäß erlassen. Um Wiederholungen zu vermeiden kann diesbezüglich auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 3.7.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im Wesentlichen ausgeführt, der Konkurs einzelner Mitglieder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts führe nicht automatisch zur Beendigung der Mitgliedschaft zu dieser Gesellschaft, sondern biete lediglich die Möglichkeit, das vom Konkurs betroffene Mitglied bei gleichzeitigem Weiterbestand der Gesellschaft auszuschließen. Die Konkurseröffnung über ein Mitglied der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei daher kein Auflösungsgrund für die Gesellschaft. Der Ausschluss eines solchen Mitgliedes hänge vom Willen der übrigen Mitglieder ab. Der Normzweck des § 229 Abs. 1 Z 2 bzw. 229 Abs. 2 BVergG 2006 sei "darauf gerichtet, sicherzustellen, dass ein Auftraggeber kein Vertragsverhältnis mit einem Bieter eingehen muss, der zur Erbringung des Auftrages nicht mehr in der Lage ist. Gerade dies ist bei der BIEGE, die in ihrer Gesamtheit zur Leistungserbringung in der Lage ist, nicht der Fall". In einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft führe die Insolvenz eines Mitgliedes nicht zwingend zum Ausschluss der Gemeinschaft, soweit die Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft insgesamt leistungsfähig bleibe. Eine erneute Prüfung der Eignung der für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Bietergemeinschaft habe ergeben, dass auch die anderen beiden Mitglieder der Bietergemeinschaft die Eignung, insbesondere die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, aufweisen würden. Überdies sei zu berücksichtigen, dass das in Konkurs verfallene Mitglied der Bietergemeinschaft nicht den überwiegenden Anteil abwickle, sondern nur in einem untergeordneten Ausmaß beteiligt sei. Mit Schriftsatz vom 3.7.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im Wesentlichen ausgeführt, der Konkurs einzelner Mitglieder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts führe nicht automatisch zur Beendigung der Mitgliedschaft zu dieser Gesellschaft, sondern biete lediglich die Möglichkeit, das vom Konkurs betroffene Mitglied bei gleichzeitigem Weiterbestand der Gesellschaft auszuschließen. Die Konkurseröffnung über ein Mitglied der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei daher kein Auflösungsgrund für die Gesellschaft. Der Ausschluss eines solchen Mitgliedes hänge vom Willen der übrigen Mitglieder ab. Der Normzweck des Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 2, bzw. 229 Absatz 2, BVergG 2006 sei "darauf gerichtet, sicherzustellen, dass ein Auftraggeber kein Vertragsverhältnis mit einem Bieter eingehen muss, der zur Erbringung des Auftrages nicht mehr in der Lage ist. Gerade dies ist bei der BIEGE, die in ihrer Gesamtheit zur Leistungserbringung in der Lage ist, nicht der Fall". In einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft führe die Insolvenz eines Mitgliedes nicht zwingend zum Ausschluss der Gemeinschaft, soweit die Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft insgesamt leistungsfähig bleibe. Eine erneute Prüfung der Eignung der für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Bietergemeinschaft habe ergeben, dass auch die anderen beiden Mitglieder der Bietergemeinschaft die Eignung, insbesondere die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, aufweisen würden. Überdies sei zu berücksichtigen, dass das in Konkurs verfallene Mitglied der Bietergemeinschaft nicht den überwiegenden Anteil abwickle, sondern nur in einem untergeordneten Ausmaß beteiligt sei.

Diesen Schriftsatz hat die Antragstellerin mit ihren Schriftsätzen von 10. und 17. 7.2013 sowie vom 23. und 24.7.2013 beantwortet, in denen sie zu den Hauptbeschwerdepunkten vor allem ausführt, dass nach Ablauf der Angebotsfrist jegliche Änderung der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft unzulässig sei, weil darin eine gegen das Verhandlungsverbot verstoßende Angebotsänderung vorliegen würde. Dies gelte auch für den Wegfall eines Mitgliedes einer Bietergemeinschaft infolge Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen. Weiters macht sie geltend, dass das Angebot der Bietergemeinschaft auch nach § 269 Abs. 1 Z 6 BVergG 2006 auszuscheiden gewesen wäre, weil die drei an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen eine Bietergemeinschaft zur Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren gebildet hätten, obwohl dies gar nicht erforderlich wäre. Eine Prüfung dieses Ausschlussgrundes sei offenbar nicht erfolgt aber jedenfalls angezeigt gewesen, da alle drei Unternehmen der Bietergemeinschaft bereits seit 2010 jeweils alleinige Vertragspartner der Antragsgegnerin gewesen wären. Die Antragsgegnerin habe daher gewusst, dass alle drei Unternehmen die Fähigkeit besitzen, jeweils eigene Angebote zu legen. Dennoch sei es zu keiner kartellrechtlichen Prüfung der Bietergemeinschaft durch die Antragsgegnerin gekommen. Diesen Schriftsatz hat die Antragstellerin mit ihren Schriftsätzen von 10. und 17. 7.2013 sowie vom 23. und 24.7.2013 beantwortet, in denen sie zu den Hauptbeschwerdepunkten vor allem ausführt, dass nach Ablauf der Angebotsfrist jegliche Änderung der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft unzulässig sei, weil darin eine gegen das Verhandlungsverbot verstoßende Angebotsänderung vorliegen würde. Dies gelte auch für den Wegfall eines Mitgliedes einer Bietergemeinschaft infolge Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen. Weiters macht sie geltend, dass das Angebot der Bietergemeinschaft auch nach Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2006 auszuscheiden gewesen

wäre, weil die drei an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen eine Bietergemeinschaft zur Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren gebildet hätten, obwohl dies gar nicht erforderlich wäre. Eine Prüfung dieses Ausschlussgrundes sei offenbar nicht erfolgt aber jedenfalls angezeigt gewesen, da alle drei Unternehmen der Bietergemeinschaft bereits seit 2010 jeweils alleinige Vertragspartner der Antragsgegnerin gewesen wären. Die Antragsgegnerin habe daher gewusst, dass alle drei Unternehmen die Fähigkeit besitzen, jeweils eigene Angebote zu legen. Dennoch sei es zu keiner kartellrechtlichen Prüfung der Bietergemeinschaft durch die Antragsgegnerin gekommen.

Dazu hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 23.7.2013 Stellung genommen und vor allem ausgeführt, dass gegenständlich eine vergaberechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung durch Bildung der gegenständlichen Bietergemeinschaft nicht gegeben wäre und die in der Bietergemeinschaft zusammengeschlossenen Unternehmen jeweils für sich alleine nicht in der Lage gewesen wären, die erforderliche Kapazität für mehrere Angebote zustande zu bringen bzw. erfolgversprechende Angebote zu legen. Zum Ausscheiden der *** verweist die Antragsgegnerin auf die Bestimmung des § 1207 ABGB, die ihrer Ansicht nach analog anzuwenden wäre. Dazu hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 23.7.2013 Stellung genommen und vor allem ausgeführt, dass gegenständlich eine vergaberechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung durch Bildung der gegenständlichen Bietergemeinschaft nicht gegeben wäre und die in der Bietergemeinschaft zusammengeschlossenen Unternehmen jeweils für sich alleine nicht in der Lage gewesen wären, die erforderliche Kapazität für mehrere Angebote zustande zu bringen bzw. erfolgversprechende Angebote zu legen. Zum Ausscheiden der *** verweist die Antragsgegnerin auf die Bestimmung des Paragraph 1207, ABGB, die ihrer Ansicht nach analog anzuwenden wäre.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom teilweise übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, wie es eingangs des Bescheides wiedergegeben wurde, sowie vom unbedenklichen Inhalte des Vergabeaktes und der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien, die auch jeweils der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 24.7.2013 ausgegangen.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006, die eine Sektorentätigkeit im Sinne des § 168 BVergG 2006 ausübt. Sie ist damit Sektorenauftraggeberin nach § 164 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Erd- und Baumeisterarbeiten zur Instandhaltung und Sanierung des Wiener Wasserversorgungsnetzes. Es handelt sich hier um die Vergabe eines Bauauftrages im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahrens, wobei die Bestimmungen für Sektorenauftraggeber anzuwenden sind. Der Rahmenvertrag soll für die Dauer von drei Jahren abgeschlossen werden. Die Ausschreibung ist gebietsweise in zehn Bezirksgruppen (Lose) unterteilt und dem Bieter stand es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose anzubieten. Das Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis, wobei eine Teilvergabe je Los an den jeweiligen Billigstbieter vorgesehen ist. Ende der Angebotsfrist war der 6.5.2013, 7.45 Uhr. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006, die eine Sektorentätigkeit im Sinne des Paragraph 168, BVergG 2006 ausübt. Sie ist damit Sektorenauftraggeberin nach Paragraph 164, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Erd- und Baumeisterarbeiten zur Instandhaltung und Sanierung des Wiener Wasserversorgungsnetzes. Es handelt sich hier um die Vergabe eines Bauauftrages im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahrens, wobei die Bestimmungen für Sektorenauftraggeber anzuwenden sind. Der Rahmenvertrag soll für die Dauer von drei Jahren abgeschlossen werden. Die Ausschreibung ist gebietsweise in zehn Bezirksgruppen (Lose) unterteilt und dem Bieter stand es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose anzubieten. Das Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis, wobei eine Teilvergabe je Los an den jeweiligen Billigstbieter vorgesehen ist. Ende der Angebotsfrist war der 6.5.2013, 7.45 Uhr.

Für die Bezirksgruppe 9 hat auch die Antragstellerin ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot gelegt, das im Zuge der Angebotseröffnung als jenes mit dem zweitniedrigsten Preis verlesen wurde.

Das billigste Angebot für das Los 9 hat eine Bietergemeinschaft aus drei Unternehmen gelegt, der auch das Bauunternehmen *** GmbH angehört hat. Diese drei Unternehmen haben in Form einer Bietergemeinschaft ihr Angebot abgegeben, wobei das Angebot firmenmäßig je von diesen drei Unternehmen gefertigt ist. Mit der Abgabe des Angebotes haben sich die drei Mitglieder der Bietergemeinschaft mit der Unterfertigung der Beilage 13.06 zum

Deckblatt des Formblattes SR 75 verpflichtet, zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen eine Arbeitsgemeinschaft zu bilden und für alle wie immer gearteten Verpflichtungen aus dem Angebot im Rahmen der Auftragserteilung sowie der Auftragsabwicklung dem Auftraggeber gegenüber zur ungeteilten Hand zu haften.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 13.6.2013 hat die Antragsgegnerin die Bietergemeinschaft, der die *** angehört, für das Los 9 als Zuschlagsempfängerin vorgesehen.

Nach Versendung der Zuschlagsentscheidung wurde vom Handelsgericht Wien zu 5S80/13v über das Vermögen der *** mit Beschluss vom 19.6.2013 das Sanierungsverfahren ohne Eigenverantwortung eröffnet. Mit Beschluss vom 24.6.2013 wurde die Schließung des Unternehmens angeordnet und mit Beschluss vom 4.7.2013 die Bezeichnung des Verfahrens auf Konkursverfahren abgeändert. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat weder der bestellte Masseverwalter noch einer seiner Stellvertreter erklärt, die Zugehörigkeit der *** zur Bietergemeinschaft fortsetzen zu wollen bzw. für die Masse an der Erlangung des Auftrages und dessen Ausführung interessiert zu sein.

Mit Beschluss vom 20.6.2013 hat das Insolvenzgericht Rechtsanwalt Dr. *** zum besonderen Verwalter für die Verwaltung aller Arbeitsgemeinschaften, an denen die *** beteiligt ist, bestellt. Mit Schreiben vom 27.6.2013, gerichtet "an die ARGE Partner der *** GmbH" hat er mitgeteilt, "dass die Fortführung von Baustellen und die weitere Vertragserfüllung durch die *** ... als ARGE-Partner ... nicht mehr möglich (ist) und er den Austritt der *** ... aus sämtlichen ARGE-Verhältnissen aus wichtigem Grund mit Wirkung zum 28.6.2013" erklärt (verlesen in der mündlichen Verhandlung vom 24.7.2013).

Eine derartige Erklärung ist zwar nach ihrem Vorbringen der Antragsgegnerin nicht zugegangen, aber auch keine Erklärung des Masseverwalters bzw. eines seiner Stellvertreter, die Verpflichtungen aus dem Zusammenschluss zur Bietergemeinschaft übernehmen und für die Masse fortführen zu wollen.

Die Zuschlagsentscheidungen hinsichtlich des Loses 9, vom 13.6.2013, ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Ihr Antrag auf Nichtigklärung derselben ist am 24.6.2013, und somit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Zuschlagsentscheidungen hinsichtlich des Loses 9, vom 13.6.2013, ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Ihr Antrag auf Nichtigklärung derselben ist am 24.6.2013, und somit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 zu entrichtenden Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist ebenso nachgewiesen, wie die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 zu entrichtenden Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist ebenso nachgewiesen, wie die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der Vergabeakten und die von den Parteien vorgelegten Urkunden. Danach konnte eindeutig festgestellt werden, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der *** am 19.6.2013, also nach Zuschlagsentscheidung am 13.6.2013, erfolgte. Die Feststellungen, wann die Schließung des Unternehmens bzw. die Änderung der Bezeichnung des Verfahrens auf Konkursverfahren erfolgte, gründet sich auf die von der Antragstellerin vorgelegten Urkunden und die Kundmachungen in der Insolvenzdatei. Dass die drei Mitglieder der Bietergemeinschaft, die für die Zuschlagsentscheidung vorgesehen ist, die ausgeschriebenen Leistungen auf Grund früherer Ausschreibungen der Antragsgegnerin in Konkurrenz zueinander angeboten und zugeschlagen erhalten haben, gründet sich auf das Vorbringen der Antragstellerin im Schriftsatz vom 17.7.2013, dem durch die Antragsgegnerin nicht widersprochen wurde.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne der §§ 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006, die im Sinne der §§ 164, 168 BVergG 2006 als Sektorauftraggeberin tätig ist. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrages über Bauleistungen zur Instandhaltung und Sanierung des Wiener Wasserversorgungsnetzes. Die Ausschreibung ist gebietsweise in zehn Gebietsgruppen (Lose) unterteilt, wobei es den

Bieterin frei stand, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose anzubieten. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis, wobei eine Teilvergabe je Los an die jeweiligen Billigstbieter vorgesehen ist. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne der Paragraphen 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006, die im Sinne der Paragraphen 164, 168, BVergG 2006 als Sektorenauftraggeberin tätig ist. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrages über Bauleistungen zur Instandhaltung und Sanierung des Wiener Wasserversorgungsnetzes. Die Ausschreibung ist gebietsweise in zehn Gebietsgruppen (Lose) unterteilt, wobei es den Bieterin frei stand, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose anzubieten. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis, wobei eine Teilvergabe je Los an die jeweiligen Billigstbieter vorgesehen ist. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidungen richtet sich gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich des Loses 9 ist der Antragstellerin am 13.6.2013 im Faxwege zugegangen. Der am 24.6.2013 eingelangte Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidungen richtet sich gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich des Loses 9 ist der Antragstellerin am 13.6.2013 im Faxwege zugegangen. Der am 24.6.2013 eingelangte Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, betreffend das Los 9 vom 13.6.2013 erweist sich im Ergebnis auch als berechtigt.

Entscheidend ist die Lösung der Rechtsfrage, ob durch den Wegfall eines Mitgliedes einer Bietergemeinschaft nach Angebotseröffnung, die verbliebenen Mitglieder das Vergabeverfahren fortsetzen können und auf das ursprünglich gelegte Angebot der Zuschlag erfolgen kann.

Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der *** und die anschließende Schließung des Unternehmens ist die *** aus der Bietergemeinschaft ausgeschieden. Dass der Masseverwalter eine entsprechende Erklärung über die Fortsetzung der Bietergemeinschaft abgegeben hätte und für die Masse an einer Zuschlagserteilung interessiert sei, wurde weder behauptet noch haben sich Anhaltspunkte dafür im Verfahren

ergeben. Es ist also davon auszugehen, dass mit der Schließung des Unternehmens am 24.6.2013 bzw. mit der Änderung der Bezeichnung des Verfahrens auf "Konkursverfahren" die *** ihre unternehmerische Tätigkeit zur Gänze eingestellt hat.

Nach § 2 Z 15 BVergG 2006 handelt es sich bei einer Bietergemeinschaft um den Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes, das Leistungen auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen zum Inhalt haben kann. Im Auftragsfall sind die Mitglieder einer Bietergemeinschaft verpflichtet (wie auch gegenständlich erfolgt), eine Arbeitsgemeinschaft nach § 2 Z 7 BVergG 2006 zu bilden. Die Bietergemeinschaft sowie im Auftragsfall die Arbeitsgemeinschaft begründet gesellschaftsrechtlich eine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht gemäß § 1175 ff ABGB. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts verfügt über keine eigene Rechtspersönlichkeit, sodass die Verpflichtungen aus einem Auftrag unmittelbar und solidarisch von jedem einzelnen Mitglied der Gesellschaft übernommen werden. Einer Bieter- und Arbeitsgemeinschaft kommt auch keine eigene Rechtspersönlichkeit zu, sie kann auch nicht selbst Träger von Rechten und Pflichten sein. Dies sind die einzelnen Mitglieder der Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft sowie vorliegend die Mitglieder der präsuntiven Zuschlagsempfängerin (S/A/F/T/RZ11 zu § 28 - § 30). Dementsprechend hat jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft das Angebot zu fertigen. Das Angebot der Bietergemeinschaft ist ungeachtet einer allfälligen internen Arbeitsteilung jedem Mitglied zur Gänze zuzurechnen, der Vertrag kommt zwischen dem Auftraggeber und den Mitgliedern der Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft zustande, nur diese sind Vertragspartner, nicht jedoch die Arbeitsgemeinschaft selbst (vgl. VKS - 4093/07 u.a.). Aus diesen Gründen räumt § 20 Abs. 2 BVergG 2006 Arbeits- oder Bietergemeinschaften Parteifähigkeit nur im Rahmen der Geltendmachung der ihnen durch das BVergG 2006 eingeräumten Rechte ein. Nach Paragraph 2, Ziffer 15, BVergG 2006 handelt es sich bei einer Bietergemeinschaft um den Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes, das Leistungen auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen zum Inhalt haben kann. Im Auftragsfall sind die Mitglieder einer Bietergemeinschaft verpflichtet (wie auch gegenständlich erfolgt), eine Arbeitsgemeinschaft nach Paragraph 2, Ziffer 7, BVergG 2006 zu bilden. Die Bietergemeinschaft sowie im Auftragsfall die Arbeitsgemeinschaft begründet gesellschaftsrechtlich eine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht gemäß Paragraph 1175, ff ABGB. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts verfügt über keine eigene Rechtspersönlichkeit, sodass die Verpflichtungen aus einem Auftrag unmittelbar und solidarisch von jedem einzelnen Mitglied der Gesellschaft übernommen werden. Einer Bieter- und Arbeitsgemeinschaft kommt auch keine eigene Rechtspersönlichkeit zu, sie kann auch nicht selbst Träger von Rechten und Pflichten sein. Dies sind die einzelnen Mitglieder der Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft sowie vorliegend die Mitglieder der präsuntiven Zuschlagsempfängerin (S/A/F/T/RZ11 zu Paragraph 28, - Paragraph 30,). Dementsprechend hat jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft das Angebot zu fertigen. Das Angebot der Bietergemeinschaft ist ungeachtet einer allfälligen internen Arbeitsteilung jedem Mitglied zur Gänze zuzurechnen, der Vertrag kommt zwischen dem Auftraggeber und den Mitgliedern der Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft zustande, nur diese sind Vertragspartner, nicht jedoch die Arbeitsgemeinschaft selbst vergleiche VKS - 4093/07 u.a.). Aus diesen Gründen räumt Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006 Arbeits- oder Bietergemeinschaften Parteifähigkeit nur im Rahmen der Geltendmachung der ihnen durch das BVergG 2006 eingeräumten Rechte ein.

Nach § 229 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 können Sektorenauftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn gegen sie ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde. Da eine Fortsetzungserklärung des Masseverwalters nicht erfolgt ist, ist die *** aus der Bietergemeinschaft ausgeschieden. Ihre Bindung an das von der Bietergemeinschaft gelegte Angebot ist als Folge der Insolvenzeröffnung gemäß § 26 Abs. 3 IO untergegangen, womit die Angebote, da nur mehr von den zwei übriggebliebenen Mitgliedern der Bietergemeinschaft offenbar aufrecht erhalten, nicht mehr verbindlich sind. Dazu kommt, dass die Angebote, auf die jetzt zugeschlagen werden soll, von einer Bietergemeinschaft, bestehend aus drei Mitgliedern, gelegt wurden, die Antragsgegnerin nunmehr beabsichtigt, den Zuschlag auf ein Angebot einer Bietergemeinschaft von zwei Mitgliedern zu erteilen. Eine Bietergemeinschaft, bestehend aus zwei Mitgliedern hat weder ein Angebot gelegt noch wurde ein Angebot einer derartigen Bietergemeinschaft im Zuge der Angebotseröffnung verlesen. Da es sich gegenständlich um ein offenes Verfahren handelt, ist eine Änderung der Zusammensetzung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft nach Ablauf der Angebotsfrist unzulässig, weil darin eine gegen das Verhandlungsverbot verstoßende Angebotsänderung zu erblicken wäre. Die Insolvenz der *** und die Schließung des Unternehmens bedeutet damit ex lege das Ausscheiden der *** aus der Bietergemeinschaft. Dass die beiden in der Bietergemeinschaft verbliebenen Unternehmen in der Lage wären,

jenen Leistungsanteil, der für die *** vorgesehen war, zu übernehmen, ist unbeachtlich, weil die Verpflichtungserklärung zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft erst nach Zuschlag zum Tragen kommt. Damit existiert die Bietergemeinschaft in jener Zusammensetzung, in der die Angebote abgegeben wurden, nicht mehr. Eine Zuschlagserteilung an die beiden verbliebenen Mitglieder der Bietergemeinschaft kommt damit nicht mehr in Frage. Damit sind die verbliebenen Mitglieder der Bietergemeinschaft aber auch nicht mehr in der Lage, im Falle der Zuschlagserteilung ihrer Verpflichtungserklärung laut Beilage 13.06 zum Formblatt SR 75, zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft nachzukommen, da infolge des Insolvenzverfahrens die *** weggefallen ist. Die Arbeitsgemeinschaft bestünde nur mehr aus zwei Mitgliedern, statt aus drei, was nicht zuletzt den Haftungsrahmen wesentlich einschränkt. Auch dieser Umstand stellt einen Verstoß gegen die Ausschreibungsbedingungen dar, der zum Ausscheiden des Angebotes führen muss. Nach Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 können Sektorenauftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn gegen sie ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde. Da eine Fortsetzungserklärung des Masseverwalters nicht erfolgt ist, ist die *** aus der Bietergemeinschaft ausgeschieden. Ihre Bindung an das von der Bietergemeinschaft gelegte Angebot ist als Folge der Insolvenzeröffnung gemäß Paragraph 26, Absatz 3, IO untergegangen, womit die Angebote, da nur mehr von den zwei übriggebliebenen Mitgliedern der Bietergemeinschaft offenbar aufrecht erhalten, nicht mehr verbindlich sind. Dazu kommt, dass die Angebote, auf die jetzt zugeschlagen werden soll, von einer Bietergemeinschaft, bestehend aus drei Mitgliedern, gelegt wurden, die Antragsgegnerin nunmehr beabsichtigt, den Zuschlag auf ein Angebot einer Bietergemeinschaft von zwei Mitgliedern zu erteilen. Eine Bietergemeinschaft, bestehend aus zwei Mitgliedern hat weder ein Angebot gelegt noch wurde ein Angebot einer derartigen Bietergemeinschaft im Zuge der Angebotseröffnung verlesen. Da es sich gegenständlich um ein offenes Verfahren handelt, ist eine Änderung der Zusammensetzung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft nach Ablauf der Angebotsfrist unzulässig, weil darin eine gegen das Verhandlungsverbot verstoßende Angebotsänderung zu erblicken wäre. Die Insolvenz der *** und die Schließung des Unternehmens bedeutet damit ex lege das Ausscheiden der *** aus der Bietergemeinschaft. Dass die beiden in der Bietergemeinschaft verbliebenen Unternehmen in der Lage wären, jenen Leistungsanteil, der für die *** vorgesehen war, zu übernehmen, ist unbeachtlich, weil die Verpflichtungserklärung zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft erst nach Zuschlag zum Tragen kommt. Damit existiert die Bietergemeinschaft in jener Zusammensetzung, in der die Angebote abgegeben wurden, nicht mehr. Eine Zuschlagserteilung an die beiden verbliebenen Mitglieder der Bietergemeinschaft kommt damit nicht mehr in Frage. Damit sind die verbliebenen Mitglieder der Bietergemeinschaft aber auch nicht mehr in der Lage, im Falle der Zuschlagserteilung ihrer Verpflichtungserklärung laut Beilage 13.06 zum Formblatt SR 75, zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft nachzukommen, da infolge des Insolvenzverfahrens die *** weggefallen ist. Die Arbeitsgemeinschaft bestünde nur mehr aus zwei Mitgliedern, statt aus drei, was nicht zuletzt den Haftungsrahmen wesentlich einschränkt. Auch dieser Umstand stellt einen Verstoß gegen die Ausschreibungsbedingungen dar, der zum Ausscheiden des Angebotes führen muss.

Soweit die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 3.7.2013 vorgebracht hat, die beiden verbliebenen Mitglieder der Bietergemeinschaft würden jede für sich die wirtschaftlichen und technischen Voraussetzungen zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen erfüllen, verweist die Antragstellerin zutreffend darauf, dass sich dabei die Frage erhebe, ob die Bietergemeinschaft nicht ohnedies nach § 269 Abs. 1 Z 6 BVergG 2006 zwingend auszuschneiden gewesen wäre. Die Bildung einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft stellt grundsätzlich eine Einschränkung des Wettbewerbs dar, weil die Anzahl der möglichen Bieter dadurch vermindert wird. Eine Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft kann nur dann als nicht gegen Grundsätze des Wettbewerbs verstoßend gesehen werden, wenn dafür eine sachliche Rechtfertigung besteht. Wenn nun die Antragsgegnerin damit ihre Zuschlagsentscheidungen zu rechtfertigen versucht, indem sie ausführt, im Ergebnis komme es nicht auf die Teilnahme und die Leistungsfähigkeit der *** für die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen an, ergibt sich die Frage, inwieweit die Bildung der Bietergemeinschaft für die Antragsgegnerin nachteilig war. Der Zusammenschluss zur Legung eines gemeinsamen Angebotes bedeutet zwingend, dass die Mitglieder der Bietergemeinschaft ihre Preise und Kalkulationen wechselseitig offenlegen und sich auf für sie vertretbare Preise einigen. Wenn in diesem Zusammenhang die Antragstellerin vorbringt, die Bildung einer Bietergemeinschaft würde gegenständlich dazu führen, das Angebotsverhalten der übrigen Wettbewerber zu koordinieren, um dadurch höhere Angebotspreise zu erzielen, und dies mit einem Vergleich des Preisspiegels der vorangegangenen Ausschreibung aus dem Jahr 2010 mit jenem aus dem Jahr 2013 darstellte, kann dies nicht von der

Hand gewiesen werden und hätte einer Prüfung bedurft. Dazu kann auf die Entscheidung des Senates vom 18.10.2007, VKS - 4093/07 verwiesen werden. Die Frage des Vorliegens einer Wettbewerbswidrigkeit durch die Bildung der gegenständlichen Bietergemeinschaft konnte jedoch dahingestellt bleiben, zumal - wie bereits oben ausgeführt - die Insolvenz der *** für sich allein betrachtet dazu geführt hat, dass ein nach Angebotseröffnung eingetretener Bieterwechsel vorliegt. Das Angebot, auf das der Zuschlag nun mehr erfolgen soll, stammt nicht von jener Bietergemeinschaft, die das Angebot gelegt hat. Die nach Angebotseröffnung erfolgte Änderung der Zusammensetzung einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft ist nach § 255 Abs. 8 BVergG 2006 unzulässig und muss damit zum Ausscheiden des Angebotes führen. Soweit die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 3.7.2013 vorgebracht hat, die beiden verbliebenen Mitglieder der Bietergemeinschaft würden jede für sich die wirtschaftlichen und technischen Voraussetzungen zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen erfüllen, verweist die Antragstellerin zutreffend darauf, dass sich dabei die Frage erhebe, ob die Bietergemeinschaft nicht ohnedies nach Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2006 zwingend auszuschneiden gewesen wäre. Die Bildung einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft stellt grundsätzlich eine Einschränkung des Wettbewerbs dar, weil die Anzahl der möglichen Bieter dadurch vermindert wird. Eine Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft kann nur dann als nicht gegen Grundsätze des Wettbewerbs verstoßend gesehen werden, wenn dafür eine sachliche Rechtfertigung besteht. Wenn nun die Antragsgegnerin damit ihre Zuschlagsentscheidungen zu rechtfertigen versucht, indem sie ausführt, im Ergebnis komme es nicht auf die Teilnahme und die Leistungsfähigkeit der *** für die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen an, ergibt sich die Frage, inwieweit die Bildung der Bietergemeinschaft für die Antragsgegnerin nachteilig war. Der Zusammenschluss zur Legung eines gemeinsamen Angebotes bedeutet zwingend, dass die Mitglieder der Bietergemeinschaft ihre Preise und Kalkulationen wechselseitig offenlegen und sich auf für sie vertretbare Preise einigen. Wenn in diesem Zusammenhang die Antragstellerin vorbringt, die Bildung einer Bietergemeinschaft würde gegenständlich dazu führen, das Angebotsverhalten der übrigen Wettbewerber zu koordinieren, um dadurch höhere Angebotspreise zu erzielen, und dies mit einem Vergleich des Preisspiegels der vorangegangenen Ausschreibung aus dem Jahr 2010 mit jenem aus dem Jahr 2013 darstellte, kann dies nicht von der Hand gewiesen werden und hätte einer Prüfung bedurft. Dazu kann auf die Entscheidung des Senates vom 18.10.2007, VKS - 4093/07 verwiesen werden. Die Frage des Vorliegens einer Wettbewerbswidrigkeit durch die Bildung der gegenständlichen Bietergemeinschaft konnte jedoch dahingestellt bleiben, zumal - wie bereits oben ausgeführt - die Insolvenz der *** für sich allein betrachtet dazu geführt hat, dass ein nach Angebotseröffnung eingetretener Bieterwechsel vorliegt. Das Angebot, auf das der Zuschlag nun mehr erfolgen soll, stammt nicht von jener Bietergemeinschaft, die das Angebot gelegt hat. Die nach Angebotseröffnung erfolgte Änderung der Zusammensetzung einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft ist nach Paragraph 255, Absatz 8, BVergG 2006 unzulässig und muss damit zum Ausscheiden des Angebotes führen.

Aus diesen Gründen war dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend Los 9 stattzugeben und wie im Spruch zu entscheiden.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 26.6.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 26.6.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Nichtigerklärung; Insolvenz eines Mitglieds einer BIEGE führt zum Ausscheiden des Angebots; Änderung der Zusammensetzung der BIEGE nach Angebotsöffnung unzulässig;

Zuletzt aktualisiert am

30.10.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at