

TE Verg Bescheid 2008/2/28 VKS-9174/07 und VKS-9175/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.02.2008

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1
WVRG 2007 §2 Abs1
WVRG 2007 §11 Abs2
WVRG 2007 §13 Abs3
WVRG 2007 §18
WVRG 2007 §19 Abs1 und 3
WVRG 2007 §20 Abs1
WVRG 2007 §22 Abs2
WVRG 2007 §23 Abs1
WVRG 2007 §24 Abs1 Z6
WVRG 2007 §25 Abs1
WVRG 2007 §31
WVRG 2007 §39 in Verbindung mit
BVergG 2006 §2 Z7, Z14, Z16 lita sublitaa
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §4
BVergG 2006 §12 Abs1 Z3
BVergG 2006 §20
BVergG 2006 §129 Abs1 Z8
BVergG 2006 §345
KartG 2005 §2 Z1
AVG §39 Abs2

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 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
 4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
 7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. KartG 2005 § 2 heute
 2. KartG 2005 § 2 gültig ab 10.09.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 176/2021
 3. KartG 2005 § 2 gültig von 01.05.2017 bis 09.09.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2017
 4. KartG 2005 § 2 gültig von 01.03.2013 bis 30.04.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 13/2013
 5. KartG 2005 § 2 gültig von 01.01.2006 bis 28.02.2013
1. AVG § 39 heute
 2. AVG § 39 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
 3. AVG § 39 gültig von 20.04.2002 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
 4. AVG § 39 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
 5. AVG § 39 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden Sen. Präs. des OLG Wien i.R. *** über den Antrag der *** KG, ***, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationsarbeiten im Bereich des Kundendienstzentrums 22 (KD22), Gebietsteil 3 (= VKS – 9174/07) und Gebietsteil 4 (= VKS – 9175/07), durch die Antragsgegnerin, Stadt Wien – Wiener Wohnen, Direktion Haustechnik, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwartz und huber-medek, rechtsanwälte oeg in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Die Anträge, die Zuschlagsentscheidungen der Auftraggeberin je vom 5.12.2007 betreffend das Los KD22 GE3 und KD22 GE4, für nichtig zu erklären, werden abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweiligen Verfügungen je vom 27.12.2007 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19 Abs. 1 und 3, 20 Abs. 1, 22 Abs. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 31, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 7, Z 14, Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 4, 12 Abs. 1 Z 3, 20, 129 Abs. 1 Z 8, 345 BVergG 2006, § 2 Z 1 KartG 2005, § 39 Abs. 2 AVG.Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13,

Absatz 3, 18, 19, Absatz eins und 3, 20 Absatz eins, 22, Absatz 2, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 31, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 7,, Ziffer 14,, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 4, 12, Absatz eins, Ziffer 3, 20, 129, Absatz eins, Ziffer 8, 345, BVergG 2006, Paragraph 2, Ziffer eins, KartG 2005, Paragraph 39, Absatz 2, AVG.

Begründung:

Die Stadt Wien, Wiener Wohnen – Direktion Haustechnik (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationsarbeiten in den von ihr verwalteten Objekten in allen 23 Wiener Bezirken durch. Der Bauauftrag soll im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren vergeben werden. Das Gesamtvorhaben, dessen Gesamtauftragsvolumen mit rund EUR 157 Mio. geschätzt wurde, ist in Lose unterteilt, welche den von den neun Kundendienstzentren verwalteten Gebietseinheiten entsprechen. Diese KD-Einheiten bestehen wiederum aus vier bis sechs Gebietseinheiten (= Losen), Bieter können für ein Los, mehrere Lose oder alle Lose anbieten. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Kundmachung im Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften ist am 10.2.2007 (Zl. 2007-34850-DE2007) und im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 7 vom 15.2.2007 ordnungsgemäß erfolgt. Nach Berichtigung der Ausschreibung wurde die Angebotsfrist letztlich mit 25.5.2007, 9.00 Uhr festgelegt.

Insgesamt haben bezüglich des Loses 3 5 Unternehmen, für das Los 4 6 Unternehmen, darunter jeweils auch die Antragstellerin, Angebote abgegeben.

Im Zuge der Angebotseröffnung am 25.5.2007 wurden die Angebote der Antragstellerin jeweils preislich an dritter Stelle gereiht.

Mit Schreiben je vom 5.12.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, den Zuschlag dem nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung bezüglich dieser beiden Lose an erster Stelle gereihten Unternehmen erteilen zu wollen.

Gegen diese beiden Entscheidungen richtet sich der am 18.12.2007 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidungen bezüglich der Lose KD22 GE3 und GE4, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Gegen diese beiden Entscheidungen richtet sich der am 18.12.2007 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidungen bezüglich der Lose KD22 GE3 und GE4, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz.

Wenn auch die gemeinsame Antragstellung auf Nichtigerklärung dieser beiden Zuschlagsentscheidungen an sich zulässig ist, betrifft die Anfechtung jeweils zwei voneinander getrennte Entscheidungen, weshalb diese Anträge auch unter zwei gesonderten Geschäftszahlen, nämlich VKS – 9174/07 und VKS – 9175/07, zu protokollieren waren. Da aber die Voraussetzungen des § 39 Abs. 2 AVG vorliegen, konnten diese beiden Verfahren mit Bescheid vom 27.12.2007 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden werden, wobei das zu VKS – 9174/07 protokollierte Verfahren als führend erklärt wurde. Wenn auch die gemeinsame Antragstellung auf Nichtigerklärung dieser beiden Zuschlagsentscheidungen an sich zulässig ist, betrifft die Anfechtung jeweils zwei voneinander getrennte Entscheidungen, weshalb diese Anträge auch unter zwei gesonderten Geschäftszahlen, nämlich VKS – 9174/07 und VKS – 9175/07, zu protokollieren waren. Da aber die Voraussetzungen des Paragraph 39, Absatz 2, AVG vorliegen, konnten diese beiden Verfahren mit Bescheid vom 27.12.2007 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden werden, wobei das zu VKS – 9174/07 protokollierte Verfahren als führend erklärt wurde.

In ihrem Nachprüfungsantrag führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass nach den Angebotsbestimmungen, Punkt 2.18, eine Mehrfachbeteiligung als Bieter und als Mitglied einer Bietergemeinschaft unzulässig gewesen sei. Dies habe die Antragsgegnerin auch in einer Berichtigung vom 22.3.2007 dahingehend klargestellt, dass es weder auf der Ebene der Gesamtangebote noch hinsichtlich der Teilangebote für einzelne Lose zu einer Mehrfachbeteiligung kommen dürfe. Unschädlich sei dagegen eine Mehrfachbeteiligung eines Unternehmens an Bietergemeinschaften, die für verschiedene Lose Angebote legen würden. Nicht als „unschädlich“ sei der Fall vom Verbot des Punktes 2.18 ausgenommen worden, dass ein Unternehmen in einem Los in einer Bietergemeinschaft, in einem anderen Los

hingegen als Einzelbieter anbietet, und zwar im (scheinbaren) Wettbewerb zu einer Bietergemeinschaft (BIEGE) die Unternehmen umfasst, mit denen der Einzelbieter in einem anderen Los in Bietergemeinschaften steht. Die sachliche Rechtfertigung für diese Bestimmungen sei in einer Sicherung des Wettbewerbes zu überblicken. Gegen diese Bestimmung habe das für die Zuschlagserteilungen hinsichtlich der beiden Lose in Aussicht genommene Unternehmen verstoßen, weil es gegenständlich im KD22 als Alleinbieter, im Bereich der KD12 als Teil einer näher dargestellten ARGE aufgetreten sei. Das Angebot dieses Unternehmens widerspreche damit den Ausschreibungsunterlagen und wäre vor Zuschlagsentscheidung auszuschneiden gewesen.

Soweit sich einzelne Unternehmen in Arbeits- oder Bietergemeinschaften zusammengeschlossen hätten, liege der Verdacht kartellrechtlicher Verstöße vor. Die Mitglieder jener Bietergemeinschaften, an denen sich die Unternehmen „***“ und „***“ beteiligt hätten, hätten im relevanten Markt Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationen für die Gemeinde Wien (Wiener Wohnen) einen Marktanteil von über 25% (nämlich 36,7%), weshalb sie nicht in den Anwendungsbereich der Ausnahmen für Bagatellkartelle fallen würden. Eine extensive Auslegung des Punktes 2.18, letzter Satz der Ausschreibungsbedingungen, wonach auch die Bildung marktbeherrschender Bietergemeinschaften zulässig sei, würde dem Kartellverbot des § 1 KartG 2005 widersprechen. Nach dieser Bestimmung seien Vereinbarungen verboten, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken. Ob eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke, sei nach ihrer objektiven Eignung, eine Beeinträchtigung herbeizuführen, zu bemessen. Bei einer Ausschreibung mit Preisabschlagsverfahren habe ein Bieter, der an einer ARGE teilnimmt, notwendigerweise Kenntnis vom angebotenen Nachlass und damit vom Preis der anderen ARGE-Teilnehmer. Wenn nun ein Bieter, wie gegenständlich das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen, in einem anderen Los als Teil einer Bietergemeinschaft mit unter anderem der Firma „***“ anbiete, habe es zwangsläufig Kenntnis von dem von dieser Firma angebotenen Preisen und umgekehrt. Dies führe dazu, dass diese beiden Firmen in Kenntnis der Preise (Preisnachlässe) des jeweils anderen in einem Los, in dem sie als Konkurrenten anbieten, die Preise des jeweils Anderen kennen und dieses Wissen geradezu zwangsläufig in ihre Kalkulation einfließen lassen würden. Leicht komme es zudem zu direkten Absprachen der beiden Bieter im Rahmen der gemeinsamen ARGE zu dem Zweck, den Wettbewerb in jenem Bereich, in dem sie als „Konkurrenten“ auftreten, zu beschränken. Schon das Faktum „dass die Bieter ihr Wissen um die Preise des jeweilig anderen nutzen könnten, begründet eine Störung des freien und lautereren Wettbewerbes“. Soweit sich einzelne Unternehmen in Arbeits- oder Bietergemeinschaften zusammengeschlossen hätten, liege der Verdacht kartellrechtlicher Verstöße vor. Die Mitglieder jener Bietergemeinschaften, an denen sich die Unternehmen „***“ und „***“ beteiligt hätten, hätten im relevanten Markt Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationen für die Gemeinde Wien (Wiener Wohnen) einen Marktanteil von über 25% (nämlich 36,7%), weshalb sie nicht in den Anwendungsbereich der Ausnahmen für Bagatellkartelle fallen würden. Eine extensive Auslegung des Punktes 2.18, letzter Satz der Ausschreibungsbedingungen, wonach auch die Bildung marktbeherrschender Bietergemeinschaften zulässig sei, würde dem Kartellverbot des Paragraph eins, KartG 2005 widersprechen. Nach dieser Bestimmung seien Vereinbarungen verboten, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken. Ob eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke, sei nach ihrer objektiven Eignung, eine Beeinträchtigung herbeizuführen, zu bemessen. Bei einer Ausschreibung mit Preisabschlagsverfahren habe ein Bieter, der an einer ARGE teilnimmt, notwendigerweise Kenntnis vom angebotenen Nachlass und damit vom Preis der anderen ARGE-Teilnehmer. Wenn nun ein Bieter, wie gegenständlich das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen, in einem anderen Los als Teil einer Bietergemeinschaft mit unter anderem der Firma „***“ anbiete, habe es zwangsläufig Kenntnis von dem von dieser Firma angebotenen Preisen und umgekehrt. Dies führe dazu, dass diese beiden Firmen in Kenntnis der Preise (Preisnachlässe) des jeweils anderen in einem Los, in dem sie als Konkurrenten anbieten, die Preise des jeweils Anderen kennen und dieses Wissen geradezu zwangsläufig in ihre Kalkulation einfließen lassen würden. Leicht komme es zudem zu direkten Absprachen der beiden Bieter im Rahmen der gemeinsamen ARGE zu dem Zweck, den Wettbewerb in jenem Bereich, in dem sie als „Konkurrenten“ auftreten, zu beschränken. Schon das Faktum „dass die Bieter ihr Wissen um die Preise des jeweilig anderen nutzen könnten, begründet eine Störung des freien und lautereren Wettbewerbes“.

Die Firma „***“ habe im KD22 unter anderem mit dem Unternehmen „***“ im Rahmen einer ARGE Angebote gelegt. Im KD12 sei das Unternehmen „***“ als Teil der ARGE „***“ mit anderen Unternehmen aufgetreten. Auf Grund dieser Zusammensetzungen habe die ARGE „***“ notwendigerweise auf Grund der Angebotslegung Preisinformationen (über die Kalkulation der anderen Mitbewerber) erhalten, weshalb auf Grund der unzulässigen Mehrfachbeteiligung der

„Firma ***“ die ARGE „***“ nicht gemäß den Ausschreibungsbedingungen zusammengesetzt gewesen sei. Das Angebot der ARGE „***“ widerspreche damit aus den eben genannten Gründen den Ausschreibungsunterlagen und hätte vor Zuschlagsentscheidung ausgeschieden werden müssen.

Aber auch die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch des zweitgereihten Bieters „***“ wären auf Grund eines offensichtlichen Austausches der Preise (Preisabsprache) auszuschneiden gewesen. Es habe sich nämlich auf Grund der Angebotseröffnung gezeigt, dass bezüglich des ersten Loses der KD22 das Angebot des Unternehmens *** an erster Stelle gereiht wurde, dessen Angebote bei den Losen 3 und 4 an zweiter Stelle. Aus den bei der Angebotseröffnung verlesenen Preisen habe sich ergeben, dass das Unternehmen *** und das Unternehmen *** die Preise bzw. Preisabschlüsse wechselseitig ausgetauscht haben müssten. Im Los 2 der KD22 habe nämlich die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Summenblatt den Betrag von EUR 3.159.916,95 im Kalkulationsblatt von EUR 3.191.219,75 und das Unternehmen *** den Gesamtpreis von EUR 3.191.219,45 angeboten, „eine derartige Preisähnlichkeiten (sei) so unwahrscheinlich“, weshalb der Verdacht einer Preisabsprache (Austausch der Preise) vorliege.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte mit dem Unternehmen „***“, das im KD22 ein konkurrierendes Angebot gelegt hätte, in zumindest einem weiteren Bereich nämlich jenem der KD12 gemeinsam in einer ARGE angeboten. Im Bereich der KD22 seien die Zuschlagsentscheidungen für den Gebietsteil 3 und Gebietsteil 4 auf die (allein anbietende) Firma ***; die Zuschlagsentscheidungen für die Gebietsteile 2 und 5 seien zu Gunsten der ARGE *** gefasst worden, an der sich das Unternehmen „***“ gleichfalls beteiligt habe. Im KD12 sei nach dem Ausscheiden eines Unternehmens die Bietergemeinschaft mit den Firmen „***“ und „***“ in 4 von 5 Losen Bestbieter.

Durch die Entscheidungen der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf eine gesetzmäßige Vergabe und Erteilung der Zuschläge zu Gunsten ihrer Angebote verletzt. Sollte die Antragstellerin die Aufträge nicht erhalten, drohe ihr ein Schaden an entgangenem Gewinn bzw. Deckungsbeitrag, Regiegemeinkosten sowie der frustrierten Kosten der Angebotslegungen. Die Antragstellerin beabsichtige sich auch künftig um derartige öffentliche Ausschreibungen zu bewerben, weshalb die gegenständlichen Aufträge eine für sie wichtige Referenz darstellen würden. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig von der beabsichtigten Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens verständigt worden, die Gebühren nach § 18 WVRG 2007 seien – wenn auch deren verfassungskonforme Grundlage bezweifelt werden müsse – entrichtet worden. Durch die Entscheidungen der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf eine gesetzmäßige Vergabe und Erteilung der Zuschläge zu Gunsten ihrer Angebote verletzt. Sollte die Antragstellerin die Aufträge nicht erhalten, drohe ihr ein Schaden an entgangenem Gewinn bzw. Deckungsbeitrag, Regiegemeinkosten sowie der frustrierten Kosten der Angebotslegungen. Die Antragstellerin beabsichtige sich auch künftig um derartige öffentliche Ausschreibungen zu bewerben, weshalb die gegenständlichen Aufträge eine für sie wichtige Referenz darstellen würden. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig von der beabsichtigten Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens verständigt worden, die Gebühren nach Paragraph 18, WVRG 2007 seien – wenn auch deren verfassungskonforme Grundlage bezweifelt werden müsse – entrichtet worden.

Dem Antrag der Antragstellerin, zur Sicherung ihrer Rechtsposition eine einstweilige Verfügung zu erlassen, wurde mit Bescheid vom 27.12.2007 entsprochen. Mit Bescheid vom 31.1.2008 ist die Dauer der einstweiligen Verfügung verlängert worden. Diesbezüglich kann auf den Inhalt der den Parteien zugekommenen Bescheide verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Am 2.1.2008 hat eine „ARGE ***“ begründete Einwendungen im Sinne des § 22 Abs. 3 WVRG 2007 erhoben und beantragt, sie dem gegenständlichen Verfahren als Partei beizuziehen. Sie hat diesen Antrag mit Schriftsatz vom 25.2.2008 in der Folge ersatzlos zurückgezogen. Am 2.1.2008 hat eine „ARGE ***“ begründete Einwendungen im Sinne des Paragraph 22, Absatz 3, WVRG 2007 erhoben und beantragt, sie dem gegenständlichen Verfahren als Partei beizuziehen. Sie hat diesen Antrag mit Schriftsatz vom 25.2.2008 in der Folge ersatzlos zurückgezogen.

Mit Schriftsatz vom 8.1.2008 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Partei in das Verfahren eingetreten (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007) und hat sich gegen die von der Antragstellerin gestellten Anträge auf Nichtigerklärung ausgesprochen. Im Einzelnen führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass eine unzulässige Mehrfachbeteiligung nicht vorliegen würde und damit der von der Antragstellerin angezogene Ausschlussgrund nicht gegeben wäre. Es sei daher zulässig „dass ein Unternehmen in einem Los (hier: KD22) allein als Bieter anbietet und sich in einem anderen Los (hier: KD12) an einer Bietergemeinschaft beteiligt, weil es so zu keiner Mehrfachbeteiligung

dieses Unternehmens in einem einzelnen Los kommt". Mit Schriftsatz vom 8.1.2008 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Partei in das Verfahren eingetreten (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007) und hat sich gegen die von der Antragstellerin gestellten Anträge auf Nichtigserklärung ausgesprochen. Im Einzelnen führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass eine unzulässige Mehrfachbeteiligung nicht vorliegen würde und damit der von der Antragstellerin angezogene Ausschlussgrund nicht gegeben wäre. Es sei daher zulässig „dass ein Unternehmen in einem Los (hier: KD22) allein als Bieter anbietet und sich in einem anderen Los (hier: KD12) an einer Bietergemeinschaft beteiligt, weil es so zu keiner Mehrfachbeteiligung dieses Unternehmens in einem einzelnen Los kommt“.

Wettbewerbsbeschränkende Absprachen zwischen Bietern seien nicht gegeben. Der Umstand, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten ein Kalkulationsblatt des Unternehmens „***“ enthält, sei dadurch zu erklären, dass während der Angebotsfrist die Teilnahmeberechtigte und das Unternehmen „***“ die Frage der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit der Bildung einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft für das zweite (Teil-)Los (GE2) der KD22 erörtert hätten. Im Zuge dieser Überlegungen habe „***“ der Teilnahmeberechtigten sein Kalkulationsblatt übergeben. Dieses sei dann irrtümlich dem Angebot der Teilnahmeberechtigten angeschlossen worden. Es sei jedoch darauf hinzuweisen, dass die Teilnahmeberechtigte nicht den im Kalkulationsblatt angeführten Betrag angeboten hätte, sondern einen deutlich geringeren Betrag. Dazu komme, dass von der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung betreffend das Los 2 des KD22 gar nicht bekämpft werde.

Auch ein kartellrechtlich relevanter Sachverhalt würde nicht vorliegen, die Argumentation der Antragstellerin, dass den betroffenen ARGs Vereinbarungen zu Grunde lägen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, wäre unrichtig. Die in der ARG zusammengefassten Unternehmen wären nicht in der Lage gewesen, allein Angebote zu gleich vielen Losen zu legen, wie dies eben im Rahmen der ARG geschehen sei. Tatsächlich habe die Bildung von Arbeitsgemeinschaften zu einer Verstärkung des Wettbewerbs geführt. Letztlich sei auf den sachlich und geographisch relevanten Markt abzustellen. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sei die Anwendung kartellrechtlicher Bestimmungen ausgeschlossen. Auch im Hinblick auf die Marktanteile der Teilnahmeberechtigten und der anderen Bieter auf dem sachlich und geographisch relevanten Markt wäre jedenfalls vom Vorliegen eines Bagatellkartelles im Sinne des § 2 Z 1 KartG 2005 auszugehen. Diesbezüglich sei das Vorbringen der Antragstellerin „daher ohne jede Relevanz“. Auch ein kartellrechtlich relevanter Sachverhalt würde nicht vorliegen, die Argumentation der Antragstellerin, dass den betroffenen ARGs Vereinbarungen zu Grunde lägen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, wäre unrichtig. Die in der ARG zusammengefassten Unternehmen wären nicht in der Lage gewesen, allein Angebote zu gleich vielen Losen zu legen, wie dies eben im Rahmen der ARG geschehen sei. Tatsächlich habe die Bildung von Arbeitsgemeinschaften zu einer Verstärkung des Wettbewerbs geführt. Letztlich sei auf den sachlich und geographisch relevanten Markt abzustellen. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sei die Anwendung kartellrechtlicher Bestimmungen ausgeschlossen. Auch im Hinblick auf die Marktanteile der Teilnahmeberechtigten und der anderen Bieter auf dem sachlich und geographisch relevanten Markt wäre jedenfalls vom Vorliegen eines Bagatellkartelles im Sinne des Paragraph 2, Ziffer eins, KartG 2005 auszugehen. Diesbezüglich sei das Vorbringen der Antragstellerin „daher ohne jede Relevanz“.

Abschließend macht die Teilnahmeberechtigte geltend, der Antragstellerin mangle es überhaupt an der Antragslegitimation, da sie die entsprechenden Referenznachweise hinsichtlich jener Lose, für die sie Angebote gelegt habe, nicht erbringen habe können. Bereits dieser Umstand müsste zu einer Ausscheidung der Angebote der Antragstellerin führen.

In der Stellungnahme vom 11.1.2008 hat die Antragsgegnerin zunächst darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin hinsichtlich der beiden gegenständlichen Gebietseinheiten 3 und 4 mit ihren Angeboten jeweils an dritter Stelle liege. Da auf den Billigstbieter zugeschlagen werden soll, die Antragstellerin bei keiner Gebietseinheit Billigstbieterin sei, komme sie für den Zuschlag weder im Gebietsteil 3 noch in der Gebietseinheit 4 in Betracht. Ihre diesbezüglichen Anträge auf Nichtigserklärung wären als unzulässig zurückzuweisen.

In der Sache selbst führt die Antragsgegnerin aus, die Antragstellerin behaupte, dass alle in Aussicht genommenen Bestbieter in einem Kartell verfangen seien. Durch die Möglichkeit, die einzelnen Lose allein oder in Bietergemeinschaften anzubieten, sei es zu durchgehenden Preisabsprachen und Gebietsaufteilungen gekommen. Die Antragstellerin sei jedoch einem Beweis für diese ihre Behauptung schuldig geblieben. Die Antragsgegnerin habe jedoch den Hinweis der Antragstellerin darauf, dass es im Gebietsteil 2 zu zwei gleichpreisigen Angeboten gekommen

sei, ernst genommen und „in den vergangenen Wochen eingehende Ermittlungen angestellt“. Diese Ermittlungen hätten jedoch keinerlei Hinweise auf ein Bieterkartell erbracht. Von Vertretern der Unternehmen „***“ und „***“ sei hinsichtlich der behaupteten Preisabsprachen eine zufriedenstellende Aufklärung erfolgt. Die Überprüfung der Vermutungen der Antragstellerin hätten keinerlei Hinweise auf das Vorliegen eines Bieterkartells ergeben, dies umso weniger, als die Angebotspreise unter den „sachverständig ermittelten Vorgabepreisen liegen und plausibel erscheinen“.

Dazu hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 26.2.2008 repliziert und ihren bereits bekannten Standpunkt mit weiteren Argumenten ausgebaut. Insbesondere hat sie vorgebracht, dass bei jeder Bietergemeinschaft alle Mitglieder typischerweise und regelmäßig die Kalkulation und Preisbildung aller anderen Mitglieder der Bietergemeinschaft erfahren würden. Dieses Wissen könne ein Einzelunternehmer sodann in wettbewerbsbeeinträchtigender Weise verwerten. Dies sei bei mehreren Bietergemeinschaften nicht der Fall, weil ein Mitglied einer Bietergemeinschaft den Preis der gesamten Bietergemeinschaft nicht allein festlegen könne. Daher habe der Auftraggeber mit gutem Grund den Fall, dass ein Bieter sowohl allein als auch in Bietergemeinschaften Angebote legen möchte, nicht zugelassen. In diesem Sinne sei Punkt 2.18 der Ausschreibungsunterlage zu verstehen. „Wenn ein Bieter in ein – und demselben Los in (scheinbarem) Wettbewerb zu Unternehmen anbietet, deren Preisbildung er in Folge gemeinsamer Bietergemeinschaften in anderen Losen kennt, kann ein freier und fairer Wettbewerb nicht bestehen“. Durch ihr Verhalten habe die Teilnahmeberechtigte, die in jeweils unterschiedlich zusammengesetzten Bietergemeinschaften mit insgesamt 21 weiteren Unternehmen in drei weiteren Gebietseinheiten hinsichtlich zahlreicher weiterer Lose angeboten habe, gegen den freien Wettbewerb verstossen. Damit habe die Teilnahmeberechtigte die Ausschreibungsvorgaben ignoriert und gleichzeitig in mehreren Losen in Bietergemeinschaft angeboten und so die Kalkulationen und Preise von zahlreichen

(21) weiteren Marktteilnehmern erfahren, gleichzeitig aber in den Losen 3 und 4 der KD22 auch allein angeboten und zwar im Wettbewerb mit zumindest einem Unternehmen (*** im Rahmen der Bietergemeinschaft „***) dessen Kalkulation und Preise die Teilnahmeberechtigte gekannt habe. Gegenständlich handle es sich jedenfalls um Bieter bzw. Mitglieder von Bietergemeinschaften, die voneinander Kenntnis der Kalkulation der Preise erlangt haben, wodurch eine Wettbewerbsbeschränkung jedenfalls gegeben sei.

Soweit die Teilnahmeberechtigte damit argumentiere, dass die Bildung einer Bietergemeinschaft in KD12 erforderlich gewesen sei, um ein weiteres Angebot auf den Markt zu bringen, liege dieser Fall offensichtlich nicht vor. Die Teilnahmeberechtigte habe sich für die KD11 mit acht weiteren Bietern, für die KD12 mit neun weiteren Bietern und für die KD23 mit vier weiteren Bietern in Bietergemeinschaften zusammengeschlossen. Die Annahme, die Teilnahmeberechtigte sei aus Gründen mangelnder Kapazität zum Zusammenschluss mit insgesamt 21 weiteren Bietern, mehr als 38% aller Teilnehmer an dieser Ausschreibung, genötigt gewesen, um ein Angebot für ein weiteres Los legen zu können, sei „schlicht lächerlich“.

Weiterhin vertritt die Antragstellerin den Standpunkt, dass sich nach dem gesamten Sachverhalt ergebe, dass durch das Verhalten der in verschiedenen Bietergemeinschaften verbundenen Unternehmen gegen Bestimmungen des Kartellrechtes verstoßen werde. Im Zusammenschluss der Bieter in Bietergemeinschaften erblickt die Antragstellerin weiterhin eine im Ergebnis unzulässige wettbewerbsbeschränkende Absprache bzw. den Verdacht der Aufteilung von Märkten oder Kunden. Bei der Durchsicht des Vergabeaktes sei aufgefallen, dass in fast allen KDs der gegenständlichen Gesamtausschreibung neben dem bereits ausgeschiedenen Bietern in jedem KD jeweils eine große, aus vier bis zehn Firmen bestehende Bietergemeinschaft anbiete. Jede BIEGE biete immer nur ein KD an, in den meisten KD existiert somit neben dem massiv überpreisigen und daher nicht in Betracht kommenden Angebot eines einzigen Unternehmens lediglich das Angebot einer BIEGE, an der allerdings Firmen beteiligt seien, die durchaus in der Lage wären, diese KD einzeln oder in kleineren Bietergemeinschaften anzubieten. Auch bestünden zwischen den einzelnen Bietergemeinschaften jeweils Übereinstimmungen der Mitglieder, darunter die Teilnahmeberechtigte. Die im Einzelnen genannten Firmen würden jeweils zumindest in zwei unterschiedlich besetzten BIEGE in den verschiedenen KD anbieten. Alle diese Firmen wären jedoch in der Lage, so wie ein Großteil der restlichen Firmen, die Leistungen in einzelnen KD auch einzeln anzubieten. Die Zusammensetzung und die Tatsache, dass unterschiedlich zusammengesetzte BIEGEN immer nur ein KD anbieten, lege den Schluss nahe, dass es hier auf Grund von Absprachen zwischen den Teilnehmern an den BIEGEN zu einer unzulässigen Bildung von BIEGEN zum Zweck der Marktaufteilung gekommen sei. Wenn nämlich eine Firma in zwei KD als Mitglied einer BIEGE in jeweils sämtlichen GE anbieten könne,

könnte sie zumindest auch alleine in einem KD ein Einzelangebot legen. Eine BIEGE sei dann als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung anzusehen, wenn nicht erst durch die Kooperation ein zusätzliches Angebot auf den Markt gebracht werden könne. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei das genaue Gegenteil der Fall. Zumindest ein Teil der an den einzelnen Bietergemeinschaften teilnehmenden Firmen wäre in der Lage gewesen, allein oder mehrere Lose anzubieten, wie dies die Antragstellerin auch getan habe. Durch die Bildung der BIEGE für die einzelnen Lose seien Firmen zusammengefasst worden, die daraufhin einerseits nicht selbst mit dem Angebot der BIEGE konkurrierten, andererseits anderen Bietern nicht für die Bildung kleinerer, konkurrierender BIEGEs zur Verfügung standen. Somit sei es zu einem Verhalten, das den Konkurrenzdruck innerhalb der einzelnen Ausschreibungen massiv herabsetzte und somit den Wettbewerb einschränkte, gekommen.

Hinsichtlich des Kartellvorwurfes sei wesentlich, dass alle 48 in Bietergemeinschaften zusammengefassten Unternehmen miteinander in Verbindung stünden. In jeder einzelnen Bietergemeinschaft sei zumindest ein Unternehmen vorhanden, das in einer weiteren Bietergemeinschaft teilnehme. Somit bestünde eine direkte oder indirekte Verbindung sämtlicher 48 Unternehmen zueinander im Rahmen der unterschiedlichen Bietergemeinschaften. Es sei nicht nur wahrscheinlich, sondern zwangsläufig so, dass ein Mitglied einer BIEGE „Kenntnis von der Preiskalkulation der anderen BIEGE-Mitglieder .. bekommt“. Daher seien sämtliche Bietergemeinschaften „durch deren Verbindung untereinander als eine große, kartellrechtlich verbotene horizontale Kooperation anzusehen“. Im Hinblick auf einen bestehenden Ausschreibungsmarkt würden die Marktanteile innerhalb dieses Ausschreibungsmarktes die Bagatellgrenze überschreiten.

Zur Antragslegitimation bringt die Antragstellerin vor, dass sie die geforderten Referenznachweise in jeder Hinsicht erbracht hätte.

Das von der Antragstellerin in diesem Schriftsatz gestellte Begehren auf Einsicht in die von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Beilagen 9 und 19 wurde im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 28.2.2008 zurückgezogen.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 28.2.2008 folgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin beabsichtigt als öffentliche Auftraggeberin die Vergabe eines Bauauftrages, nämlich eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationsarbeiten u.a im Bereich KD22. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das ordnungsgemäß europaweit ausgeschrieben und kundgemacht wurde. Das einzige Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Das Ende der Angebotsfrist war nach Verlängerung der 25.5.2007, 9.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich im Bereich KD 22 bezüglich des Loses (Gebietseinheit) 3 fünf Bieter, hinsichtlich des Loses 4 sechs Bieter durch Legung von Angeboten am Vergabeverfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurden die Angebote der Antragstellerin jeweils preislich an dritter Stelle verlesen.

In den Ausschreibungsunterlagen sind folgende, für das gegenständliche Verfahren bedeutsame Festlegungen enthalten:

„Punkt 2.8 Losvergabe

Das Gesamtvorhaben ist in Lose (= Gebietseinheiten) unterteilt. Dem Bieter steht es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose anzubieten“.

Punkt 2.10 Eignung:

„a. Allgemeines

Als geeignet gelten Bieter, die befugt, leistungsfähig und zuverlässig sind. Die Eignungskriterien müssen für jedes angebotene Los und insgesamt für die Summe der angebotenen Lose erfüllt sein“.

Unter Punkt 2.10 lit. e sind unter der Überschrift „Technische Leistungsfähigkeit“ jene Auftragsvolumina angeführt, die bei den einzelnen Losen für die Jahre 2004, 2005 und 2006 nachzuweisen sind (Seite 8 von 15 der Ausschreibungsunterlage). Unter Punkt 2.18 werden Festlegungen zu Mehrfachbeteiligungen wie folgt getroffen: „Die Bieter werden ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich jedes Unternehmen nur einmal als Bieter/Teil einer

Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligen darf (BVA 19.3.2001, N-12/01-32). Eine Mehrfachbeteiligung als Bieter/Teil einer Bietergemeinschaft und als Subunternehmer bzw. eine Mehrfachbeteiligung als Subunternehmer ist zulässig, sofern keine wettbewerbsbeeinträchtigenden Absprachen getroffen werden (BVA 2.10.2001, N-80/01-19); gleiches gilt für eine Mehrfachbeteiligung als Subunternehmer."Unter Punkt 2.10 Litera e, sind unter der Überschrift „Technische Leistungsfähigkeit" jene Auftragsvolumina angeführt, die bei den einzelnen Losen für die Jahre 2004, 2005 und 2006 nachzuweisen sind (Seite 8 von 15 der Ausschreibungsunterlage). Unter Punkt 2.18 werden Festlegungen zu Mehrfachbeteiligungen wie folgt getroffen: „Die Bieter werden ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich jedes Unternehmen nur einmal als Bieter/Teil einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligen darf (BVA 19.3.2001, N-12/01-32). Eine Mehrfachbeteiligung als Bieter/Teil einer Bietergemeinschaft und als Subunternehmer bzw. eine Mehrfachbeteiligung als Subunternehmer ist zulässig, sofern keine wettbewerbsbeeinträchtigenden Absprachen getroffen werden (BVA 2.10.2001, N-80/01-19); gleiches gilt für eine Mehrfachbeteiligung als Subunternehmer."

Mit der auch im Amtsblatt der EU veröffentlichten Berichtigung der Ausschreibung vom 22.3.2007 Punkt 7 erfolgte zu Punkt 2.18 Mehrfachbeteiligung folgende „Zusätzliche Klarstellung".

„Das Verbot der Mehrfachbeteiligung bedeutet für die gegenständliche Ausschreibung, dass es weder auf der Ebene allfälliger Gesamtangebote, noch hinsichtlich der Teilangebote für einzelne Lose zu einer Mehrfachbeteiligung kommen darf. Unschädlich ist dagegen eine Mehrfachbeteiligung eines Unternehmens an Bietergemeinschaften, die für verschiedene Lose anbieten". Es folgten dann drei weitere Berichtigungen in zahlreichen Punkten der Ausschreibungen, deren Inhalt für das gegenständliche Verfahren jedoch nicht von Bedeutung ist, sowie mit der letzten Berichtigung die Festlegung der Angebotsfrist mit 25.5.2007, 9.00 Uhr.

Die Zuschlagsentscheidungen bezüglich der KD22, Los 3 und Los 4, je vom 5.12.2007, lautend auf die Teilnahmeberechtigten, sind der Antragstellerin jeweils am gleichen Tage zugegangen. Der in einem Schriftsatz gestellte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der beiden, KD22 Los 3 und Los 4 betreffenden Zuschlagsentscheidungen, ist am 18.12.2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich wurden entrichtet.

Nicht festgestellt werden konnte, dass jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft die Preisgestaltung und Kalkulation der anderen Mitglieder kennt. Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Antragsgegnerin sowie der Teilnahmeberechtigten im Zuge der mündlichen Verhandlung, erstellt das in der ARGE federführende Unternehmen eine Grobkalkulation die den Partnern vorgelegt wird. Diese können dann entscheiden, ob sie auf Grund dieser Kalkulation teilnehmen wollen oder nicht (Seite 5 des Protokolls). Der Federführende einer ARGE oder BIEGE, der die Kalkulation erstellt, legt sie grundsätzlich den anderen Mitgliedern der ARGE nicht offen. Die Mitglieder der ARGE wissen lediglich die Summe des Angebotes, wobei es ihnen freigestellt wird, an der ARGE teilzunehmen oder nicht. Jedes Mitglied einer ARGE muss die Leistungen für sich selbst kalkulieren. Auf Grund des Vergleiches mit den vom federführenden Mitglied ermittelten Preis kann dann das Mitglied entscheiden, ob es sinnvoll ist im Rahmen einer Bietergemeinschaft teilzunehmen oder nicht. Dies sei „im wesentlichen vergleichbar wie mit dem Einsatz eines Subunternehmers" (Seite 7 des Protokolls). Jedes (mögliche) Mitglied einer ARGE hat, bevor es die vom federführenden Unternehmen ermittelte Endsumme erfährt, ein sogenanntes „Stillschweigeabkommen" zu unterfertigen, wonach dieser Bieter dann, wenn er an der ARGE nicht teilnehmen will, nicht mehr ein eigenes Angebot für dieses Los abgeben darf (Seite 8 des Protokolls). Die Angebote für die einzelnen Lose sind völlig unterschiedlich zu kalkulieren, weil es dabei vor allem auf die Objekte, etwa deren Erhaltungszustand, deren Ausführung (Beton oder Ziegel), Zugänglichkeit etc. ankommt. Dadurch ist die Kalkulation für die einzelnen Lose untereinander nicht vergleichbar (Protokoll Seite 7).

Diese Feststellungen gründen sich vor allem auf den Inhalt der Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht bestritten wurde, sowie auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 28.2.2008. Die Vergabeakten belegen, dass die Antragsgegnerin eine gründliche, nachvollziehbare und ausreichend dokumentierte Prüfung der Angebote vorgenommen hat und sich auch mit der Frage des Wettbewerbs einschränkender Abreden der Mitglieder einzelner Bietergemeinschaften befasste. Das Verfahren hat aber auch ergeben, dass selbst unter Berücksichtigung der von der Antragstellerin aufgezeigten Problematik der Mehrfachbeteiligungen und der Bildung von Bietergemeinschaften der Nachweis nicht erbracht werden konnte, dass tatsächlich die Bieter für den Auftraggeber nachteilige oder wettbewerbsbeschränkende Abreden getroffen hätten. Nach dem Inhalt der Vergabeakten ist auch nachgewiesen, dass in allen Losen aller KD die vom Auftraggeber vor Bekanntmachung des Vergabeverfahrens geschätzten

Auftragswerte zumindest durch die für die Zuschlagserteilungen in Aussicht genommenen Unternehmen unterschritten wurden. Dass die Antragstellerin durch die von ihr angegebenen Referenzen ihre technische Leistungsfähigkeit unbedenklicher Weise nachweisen konnte, ergibt sich aus den Vergabeakten.

Nach den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung war aber auch als erwiesen anzunehmen, dass entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin die Mitglieder einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft nicht die Kalkulationen der anderen Mitglieder kanten oder kennen mussten, sondern dass die Kalkulation vom sogenannten „federführenden Mitglied“ der Gemeinschaft erstellt und diese Grobkalkulation den interessierten Mitbewerbern zur Verfügung gestellt wurde, worauf diese auf Grund eigener Kalkulation entscheiden konnten, ob sie an der Arbeits- oder Bietergemeinschaft teilnehmen oder nicht. Ebenso war als erwiesen anzunehmen, dass deshalb auch jedes präsumtive Mitglied einer derartigen Gemeinschaft schriftlich erklären musste, dann, wenn es Kenntnis von der Grobkalkulation erhalten hat und nicht an der ARGE oder BIEGE teilnehmen wollte, kein eigenes Angebot für dieses konkrete Los abzugeben (Stillschweigeabkommen). Diese Darstellungen vor allem seitens Teilnahmeberechtigten blieben in der mündlichen Verhandlung seitens der Antragstellerin unwidersprochen.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006. Das Vergabeverfahren hat den Abschluss eines Rahmenvertrages im Oberschwellenbereich über die Durchführung von Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationsarbeiten, gegenständlich im Bereich des KD22, zum Gegenstand. Der Vertrag soll eine Laufzeit von 3 Jahren, mit der einmaligen Option der Verlängerung um weitere 3 Jahre haben. 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 Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Das Vergabeverfahren hat den Abschluss eines Rahmenvertrages im Oberschwellenbereich über die Durchführung von Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationsarbeiten, gegenständlich im Bereich des KD22, zum Gegenstand. Der Vertrag soll eine Laufzeit von 3 Jahren, mit der einmaligen Option der Verlängerung um weitere 3 Jahre haben. 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 beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidungen betreffend die beiden Lose KD22 GE3 und 4, als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch 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 im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits bei Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. 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 beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidungen betreffend die beiden Lose KD22 GE3 und 4, als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch 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 im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits bei Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Da die angefochtenen Entscheidungen der Antragstellerin am 5.12.2007 zugegangen sind, ist ihr am 18.12.2007 eingelangter Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007. Da die angefochtenen

Entscheidungen der Antragstellerin am 5.12.2007 zugegangen sind, ist ihr am 18.12.2007 eingelangter Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der beiden Zuschlagsentscheidungen je vom 5.12.2007 ist aber im Ergebnis nicht berechtigt.

Im Wesentlichen macht die Antragstellerin geltend, dass das Angebot der Teilnahmberechtigten auszuscheiden gewesen wäre, weil dieses Unternehmen hinsichtlich einzelner Lose in einer ARGE und hinsichtlich anderer Lose als „Einzelanbieter“ angeboten habe. Nach Ansicht der Antragstellerin widerspreche dies den Ausschreibungsunterlagen. Weiters macht die Antragstellerin geltend, dass durch die Beteiligung der Teilnahmberechtigten an verschiedenen Bietergemeinschaften sowie durch das Verhalten verschiedener, in Bietergemeinschaften zusammengeschlossener Unternehmen, Verstöße gegen das Kartellgesetz gegeben wären sowie der Verdacht des Vorliegens verbotener, zum Nachteil der Auftraggeberin getroffener Abreden.

Geltend gemacht wird auch, dass sich die Teilnahmberechtigte im KD12 und KD23 an anderen Bietergemeinschaften beteiligt hat. Nach Ansicht der Antragstellerin sei zwar die Beteiligung an Bietergemeinschaften für verschiedene Lose zulässig, nicht aber die Beteiligung als Einzelunternehmen in einem Los und als Mitglied einer Bietergemeinschaft in einem anderen Los.

Diese Auslegung der Ausschreibungsbestimmungen kann vom Senat nicht geteilt werden. Nach Punkt 2.18 darf sich jedes Unternehmen nur einmal als Bieter/Teil einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren pro Los beteiligen. Mit Berichtigung vom 22.3.2007, Punkt 7, wurde klargestellt, dass es weder auf der Ebene allfälliger Gesamtangebote noch hinsichtlich der Teilangebote für einzelne Lose zu einer Mehrfachbeteiligung kommen darf. Unschädlich ist dagegen eine Mehrfachbeteiligung eines Unternehmens an Bietergemeinschaften, die für verschiedene Lose anbieten. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich somit eindeutig, dass eine Mehrfachbeteiligung sowohl als Bieter als auch als Teil einer Bietergemeinschaft ausdrücklich zulässig ist, sofern die Angebotslegung verschiedene Lose betrifft. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens hat sich die Teilnahmberechtigte hinsichtlich einzelner Lose nicht mehrfach beteiligt, sondern hinsichtlich jener Lose, für die sie angeboten hat, jeweils nur ein Angebot gelegt und zwar entweder als Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft oder als Einzelunternehmer. Die Angebote der Teilnahmberechtigten in den beiden hier gegenständlichen Gebietseinheiten entsprechen daher den Ausschreibungsunterlagen. Es muss, schon zur Förderung eines möglichst breiten Wettbewerbes, einem Bieter unbenommen bleiben, ob er im Rahmen einer ARGE anbieten will, oder hinsichtlich einiger Lose als Einzelunternehmer, hinsichtlich einiger anderer Lose in einer Arbeitsgemeinschaft, solange nicht hinsichtlich ein und des selben Loses Angebote in beiden Formen abgegeben werden oder relevante, wettbewerbsbeschränkende Absprachen (die im Übrigen von der Antragstellerin konkret gar nicht behauptet wurden) getätigt wurden. Einer Einschränkung wie sie die Antragstellerin vornehmen will, nämlich dass ein Bieter hinsichtlich aller Lose nur alleine anbieten darf oder hinsichtlich aller Lose in einer Bietergemeinschaft, stünde nicht nur im Gegensatz zu den Festlegungen in der Ausschreibung, sondern würde auch zu einer gemeinschaftsrechtlich unzulässigen Beschränkung der Zahl der Mitglieder einer Bewerber-/Bietergemeinschaft, führen (vgl. BVA 29.3.2004, 15N- 06/04-29). Ausgehend von diesen Überlegungen liegt ein Ausscheidungsgrund hinsichtlich der beiden von der Teilnahmberechtigten gelegten Angebote wegen unzulässiger Mehrfachbeteiligung nicht vor. Diese Auslegung der Ausschreibungsbestimmungen kann vom Senat nicht geteilt werden. Nach Punkt 2.18 darf sich jedes Unternehmen nur einmal als Bieter/Teil einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren pro Los beteiligen. Mit Berichtigung vom 22.3.2007, Punkt 7, wurde klargestellt, dass es weder auf der Ebene allfälliger Gesamtangebote noch hinsichtlich der Teilangebote für einzelne Lose zu einer Mehrfachbeteiligung kommen darf. Unschädlich ist dagegen eine Mehrfachbeteiligung eines Unternehmens an Bietergemeinschaften, die für verschiedene Lose anbieten. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich somit eindeutig, dass eine Mehrfachbeteiligung sowohl als Bieter als auch als Teil einer Bietergemeinschaft ausdrücklich zulässig ist, sofern die Angebotslegung verschiedene Lose betrifft. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens hat sich die Teilnahmberechtigte hinsichtlich einzelner Lose nicht mehrfach beteiligt, sondern hinsichtlich jener Lose, für die sie angeboten hat, jeweils nur ein Angebot gelegt und zwar entweder als Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft oder als Einzelunternehmer. Die Angebote der Teilnahmberechtigten in den beiden hier gegenständlichen Gebietseinheiten entsprechen daher den Ausschreibungsunterlagen. Es muss, schon zur Förderung eines möglichst breiten Wettbewerbes, einem Bieter unbenommen bleiben, ob er im Rahmen einer ARGE anbieten will, oder hinsichtlich einiger Lose als Einzelunternehmer, hinsichtlich einiger anderer Lose in einer Arbeitsgemeinschaft, solange nicht hinsichtlich ein und

des selben Loses Angebote in beiden Formen abgegeben werden oder relevante, wettbewerbsbeschränkende Absprachen (die im Übrigen von der Antragstellerin konkret gar nicht behauptet wurden) getätigt wurden. Einer Einschränkung wie sie die Antragstellerin vornehmen will, nämlich dass ein Bieter hinsichtlich aller Lose nur alleine anbieten darf oder hinsichtlich aller Lose in einer Bietergemeinschaft, stünde nicht nur im Gegensatz zu den Festlegungen in der Ausschreibung, sondern würde auch zu einer gemeinschaftsrechtlich unzulässigen Beschränkung der Zahl der Mitglieder einer Bewerber-/Bietergemeinschaft, führen vergleiche BVA 29.3.2004, 15N- 06/04-29). Ausgehend von diesen Überlegungen liegt ein Ausscheidungsgrund hinsichtlich der beiden von der Teilnahmeberechtigten gelegten Angebote wegen unzulässiger Mehrfachbeteiligung nicht vor.

Soweit die Antragstellerin kartellrechtliche Bedenken geltend macht, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der von ihr behauptete Marktanteil von über 25% nicht zutrifft. Eine Begründung, warum das Gesamtauftragsvolumen einen „sachlichen Teilmarkt“ darstellen soll, bleibt die Antragstellerin schuldig. Die 25% - Schwelle des § 2 Abs. 2 Z 1 KartG 2005, stellt auf einen räumlichen Markt ab und nicht auf einen sachlichen. Nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 sind Vergabeverfahren unter anderem entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes durchzuführen. Der Senat hat dazu im Bescheid vom 18.10.2007, VKS – 4093/07 den Standpunkt vertreten, dass diese Bestimmung den öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, im Rahmen des Vergabeverfahrens dann, wenn Indizien gegeben sind, die eine Einschränkung dieser Grundsätze bewirken können, auch eine kartellrechtliche Prüfung vorzunehmen. Da Kartellfragen grundsätzlich in die Gerichtszuständigkeit fallen, kann sich die Prüfung jedoch nur im Rahmen einer Vorfragenbeurteilung bewegen. Eine derartige kartellrechtliche Prüfung hat die Auftraggeberin zutreffend durchgeführt, wobei sie zum Ergebnis gekommen ist, dass eine Mehrfachbeteiligung eines Unternehmens an Bietergemeinschaften, die für verschiedene Lose anbieten, unbedenklich ist. Soweit die Antragstellerin kartellrechtliche Bedenken geltend macht, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der von ihr behauptete Marktanteil von über 25% nicht zutrifft. Eine Begründung, warum das Gesamtauftragsvolumen einen „sachlichen Teilmarkt“ darstellen soll, bleibt die Antragstellerin schuldig. Die 25% - Schwelle des Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, KartG 2005, stellt auf einen räumlichen Markt ab und nicht auf einen sachlichen. Nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 sind Vergabeverfahren unter anderem entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes durchzuführen. Der Senat hat dazu im Bescheid vom 18.10.2007, VKS – 4093/07 den Standpunkt vertreten, dass diese Bestimmung den öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, im Rahmen des Vergabeverfahrens dann, wenn Indizien gegeben sind, die eine Einschränkung dieser Grundsätze bewirken können, auch eine kartellrechtliche Prüfung vorzunehmen. Da Kartellfragen grundsätzlich in die Gerichtszuständigkeit fallen, kann sich die Prüfung jedoch nur im Rahmen einer Vorfragenbeurteilung bewegen. Eine derartige kartellrechtliche Prüfung hat die Auftraggeberin zutreffend durchgeführt, wobei sie zum Ergebnis gekommen ist, dass eine Mehrfachbeteiligung eines Unternehmens an Bietergemeinschaften, die für verschiedene Lose anbieten, unbedenklich ist.

Nach § 2 Abs. 2 Z 1 KartG 2005 sind vom Kartellverbot Kartelle ausgenommen, an denen Unternehmer beteiligt sind, die gemeinsam am inländischen Markt einen Anteil von nicht mehr als 5% und an einem allfälligen inländischen räumlichen Teilmarkt von nicht mehr als 25% haben (Bagatellkartelle). Gegenständlich ist auf den Markt für Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationsarbeiten abzustellen und die kartellrechtliche Überprüfung davon ausgehend vorzunehmen. Dazu vertritt der OGH als Kartellobergericht in ständiger Judikatur (zuletzt 16Ok46/05) die Ansicht, dass der relevante Markt nach sachlichen, örtlichen und zeitlichen Kriterien bestimmt werden muss. Es ist auf eine funktionelle Austauschbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite abzustellen (Bedarfsmarktkonzept). So hat er etwa bei Asphaltmischanlagen einen Umkreis von 50km um eine Anlage als relevanten Teilmarkt angesehen, weil dies der Lieferradius für Asphalt ist (OGH 26.6.2006, 16Ok51/05). Eine Abgrenzung des relevanten Marktes nach der Person des Auftraggebers – wie dies die Antragstellerin offenbar beabsichtigt – findet sich in dieser Judikatur nicht. Es sind auch keine Unternehmen bekannt, die sich nur auf öffentliche Aufträge spezialisiert hätten, sodass dieser Umstand auch kein taugliches Abgrenzungskriterium ist. Damit muss im vorliegenden Fall jedenfalls der gesamte Bereich von Wien, Niederösterreich und Burgenland als relevanter Markt angesehen werden, wobei es keinen Unterschied macht, ob es sich um öffentliche oder private Auftraggeber handelt. Die Grenze des Marktes liegt in der üblichen Erreichbarkeit, wobei eine genaue Abgrenzung nicht erforderlich ist, da es jedenfalls im Bereich Wien und Umgebung genügend voneinander unabhängige Installationsunternehmen gibt. Dass tatsächlich auch außerhalb Wiens liegende Unternehmen angeboten haben, ergibt sich aus den Vergabeakten. Es ist somit im Zuge des Nachprüfungsverfahrens nichts hervorgekommen, was die Annahme einer Kartellbildung durch die genannten Arbeitsgemeinschaften rechtfertigen würde. Selbst wenn man derartige wettbewerbshindernde Absprachen als erwiesen annehmen wollte,

würde lediglich ein Bagatellkartell vorliegen, weshalb sich auch in dieser Hinsicht der Standpunkt der Antragstellerin als nicht berechtigt erweist. Nach Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, KartG 2005 sind vom Kartellverbot Kartelle ausgenommen, an denen Unternehmer beteiligt sind, die gemeinsam am inländischen Markt einen Anteil von nicht mehr als 5% und an einem allfälligen inländischen räumlichen Teilmarkt von nicht mehr als 25% haben (Bagatellkartelle). Gegenständlich ist auf den Markt für Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationsarbeiten abzustellen und die kartellrechtliche Überprüfung davon ausgehend vorzunehmen. Dazu vertritt der OGH als Kartellobergericht in ständiger Judikatur (zuletzt 16Ok46/05) die Ansicht, dass der relevante Markt nach sachlichen, örtlichen und zeitlichen Kriterien bestimmt werden muss. Es ist auf eine funktionelle Austauschbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite abzustellen (Bedarfsmarktkonzept). So hat er etwa bei Asphaltmischanlagen einen Umkreis von 50km um eine Anlage als relevanten Teilmarkt angesehen, weil dies der Lieferradius für Asphalt ist (OGH 26.6.2006, 16Ok51/05). Eine Abgrenzung des relevanten Marktes nach der Person des Auftraggebers – wie dies die Antragstellerin offenbar beabsichtigt – findet sich in dieser Judikatur nicht. Es sind auch keine Unternehmen bekannt, die sich nur auf öffentliche Aufträge spezialisiert hätten, sodass dieser Umstand auch kein taugliches Abgrenzungskriterium ist. Damit muss im vorliegenden Fall jedenfalls der gesamte Bereich von Wien, Niederösterreich und Burgenland als relevanter Markt angesehen werden, wobei es keinen Unterschied macht, ob es sich um öffentliche oder private Auftraggeber handelt. Die Grenze des Marktes liegt in der üblichen Erreichbarkeit, wobei eine genaue Abgrenzung nicht erforderlich ist, da es jedenfalls im Bereich Wien und Umgebung genügend voneinander unabhängige Installationsunternehmen gibt. Dass tatsächlich auch außerhalb Wiens liegende Unternehmen angeboten haben, ergibt sich aus den Vergabeakten. Es ist somit im Zuge des Nachprüfungsverfahrens nichts hervorgekommen, was die Annahme einer Kartellbildung durch die genannten Arbeitsgemeinschaften rechtfertigen würde. Selbst wenn man derartige wettbewerbshindernde Absprachen als erwiesen annehmen wollte, würde lediglich ein Bagatellkartell vorliegen, weshalb sich auch in dieser Hinsicht der Standpunkt der Antragstellerin als nicht berechtigt erweist.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 sind Angebote von Bietern auszuschneiden, die mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen haben. In diesem Zusammenhang bringt die Antragstellerin vor, die Teilnahmeberechtigte habe im Summenblatt und das Unternehmen „***“ im Gesamtpreis für die Gebietseinheit 2 der KD22 die selbe Summe angeboten. Diesbezüglich ist auf die durchaus glaubwürdigen Erklärungen sowohl der Teilnahmeberechtigten als auch das Vorbringen der Antragsgegnerin, wonach dieser Umstand eingehend geprüft worden ist, zu verweisen. Die Begründung, im Zuge einer geplanten Bietergemeinschaft habe das Unternehmen *** der Teilnahmeberechtigten seine Kalkulation offengelegt, ist daher zu akzeptieren, womit aber eine Absprache, wie von der Antragstellerin behauptet, nicht als bewiesen angenommen werden kann. Im Übrigen ist genau die Zuschlagsentscheidung betreffen diese Gebietseinheit nicht Gegenstand der Anfechtung durch die Antragstellerin. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 sind Angebote von Bietern auszuschneiden, die mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen haben. In diesem Zusammenhang bringt die Antragstellerin vor, die Teilnahmeberechtigte habe im Summenblatt und das Unternehmen „***“ im Gesamtpreis für die Gebietseinheit 2 der KD22 die selbe Summe angeboten. Diesbezüglich ist auf die durchaus glaubwürdigen Erklärungen sowohl der Teilnahmeberechtigten als auch das Vorbringen der Antragsgegnerin, wonach dieser Umstand eingehend geprüft worden ist, zu verweisen. Die Begründung, im Zuge einer geplanten Bietergemeinschaft habe das Unternehmen *** der Teilnahmeberechtigten seine Kalkulation offengelegt, ist daher zu akzeptieren, womit aber eine Absprache, wie von der Antragstellerin behauptet, nicht als bewiesen angenommen werden kann. Im Übrigen ist genau die Zuschlagsentscheidung betreffen diese Gebietseinheit nicht Gegenstand der Anfechtung durch die Antragstellerin.

Zusammenfassend ist daher auszuführen, dass für den Senat kein Anlass dafür besteht, die Ausschreibungsbedingungen so zu verstehen, dass sich ein Unternehmen nur in Form von Bietergemeinschaften an mehreren Losen beteiligen darf. Zwar liegt die Rechtfertigung der Bietergemeinschaft darin, dass sie kleineren Unternehmen ermöglichen soll, sich an einer Ausschreibung zu beteiligen und so den Wettbewerb zu fördern (vgl. Schramm/Aicher/Fruhmarm/Thienel, BVergG 2002, Rz41-43 zu § 30), jedoch kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass jede Beteiligung an einem Los bereits die Teilnahme an Bietergemeinschaften unzulässig macht. Einerseits kann aus der Beteiligung bei einem Los nicht geschlossen werden, dass das betreffende Unternehmen auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für ein zweites (zusätzliches) Los hat, andererseits geht es auch um realistische Chancen, den Auftrag zu erhalten, wofür mehr als die bloße Beteiligung erforderlich ist. Eine unzulässige

Mehrfachbeteiligung der Teilnahmereberechtigten liegt damit nicht vor, da die Teilnahmereberechtigte in unterschiedlichen Losen angeboten hat; teils allein, teils als Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft. Die Ausschreibungsbedingungen schließen diese Fälle nicht ausdrücklich aus. Zusammenfassend ist daher auszuführen, dass für den Senat kein Anlass dafür besteht, die Ausschreibungsbedingungen so zu verstehen, dass sich ein Unternehmen nur in Form von Bietergemeinschaften an mehreren Losen beteiligen darf. Zwar liegt die Rechtfertigung der Bietergemeinschaft darin, dass sie kleineren Unternehmen ermöglichen soll, sich an einer Ausschreibung zu beteiligen und so den Wettbewerb zu fördern (vergleiche Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002, Rz41-43 zu Paragraph 30.), jedoch kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass jede Beteiligung an einem Los bereits die Teilnahme an Bietergemeinschaften unzulässig macht. Einerseits kann aus der Beteiligung bei einem Los nicht geschlossen werden, dass das betreffende Unternehmen auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für ein zweites (zusätzliches) Los hat, andererseits geht es auch um realistische Chancen, den Auftrag zu erhalten, wofür mehr als die bloße Beteiligung erforderlich ist. Eine unzulässige Mehrfachbeteiligung der Teilnahmereberechtigten liegt damit nicht vor, da die Teilnahmereberechtigte in unterschiedlichen Losen angeboten hat; teils allein, teils als Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft. Die Ausschreibungsbedingungen schließen diese Fälle nicht ausdrücklich aus.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidungen betreffend die Lose 3 und 4 des KD22 erweist sich daher als inhaltlich nicht berechtigt. Dass die Antragstellerin in diesen beiden Gebietseinheiten mit ihrem Angebot jeweils an dritter Stelle gereiht wurde, schadet der Antragslegitimation nicht, weil sie gegen beide ihr vorgereichten Bieter (betreffend Preisabsprache) Anfechtungspunkte vorgebracht hat.

Es war daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidungen je vom 5.12.2007 betreffend die Ausschreibungen im KD22, Gebietsteil 3 und 4 abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 27.12.2007, verlängert mit Bescheid vom 31.1.2008, gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 27.12.2007, verlängert mit Bescheid vom 31.1.2008, gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen liegen nicht vor. Zum Antrag der Antragstellerin vom 21.12.2007 auf Bescheidausstellung kann auf die gegenständliche Kostenentscheidung (Spruch Punkt 3) verwiesen werden. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, genannten Voraussetzungen liegen nicht vor. Zum Antrag der Antragstellerin vom 21.12.2007 auf Bescheidausstellung kann auf die gegenständliche Kostenentscheidung (Spruch Punkt 3) verwiesen werden.

Die Teilnahmereberechtigte, die mit Schriftsatz vom 8.1.2008 in das Verfahren eingetreten ist, ist gemäß § 22 Abs. 2 WVRG 2007 jedenfalls Partei des gegenständlichen Verfahrens, ohne dass dies bescheidmäßig festzustellen gewesen wäre. Die Teilnahmereberechtigte, die mit Schriftsatz vom 8.1.2008 in das Verfahren eingetreten ist, ist gemäß Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007 jedenfalls Partei des gegenständlichen Verfahrens, ohne dass dies bescheidmäßig festzustellen gewesen wäre.

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

Schlagworte

Mehrfachbeteiligung; Verstoß gegen Kartellrecht; relevanter Markt; Kenntnis der Angebotspreise der Mitglieder einer BIEGE.

Zuletzt aktualisiert am

08.09.2008

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