

Vergaberechtliche Grenzen

B [bauforum.at/bauzeitung/vergaberechtliche-grenzen-52021](https://www.bauforum.at/bauzeitung/vergaberechtliche-grenzen-52021)

Eine Auftraggeberin hat Wasserbauarbeiten im Oberschwellenbereich mittels Verhandlungsverfahren nach europaweiter Bekanntmachung ausgeschrieben. An diesem Vergabeverfahren hat sich eine Bietergemeinschaft (kurz „Biege“) beteiligt. Die vier Mitglieder dieser Biege haben in den letzten Jahren 99 Prozent aller einschlägigen Arbeiten der Auftraggeberin durchgeführt. Mit dem oben genannten Vergabekontrollverfahren wurde die (zweite) Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, lautend auf diese Biege, fristgerecht bekämpft. Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass das Angebot der Biege auszuschneiden ist, da der Zusammenschluss dieser vier Unternehmen kartellrechts- bzw. wettbewerbswidrig sei.

In der Folge führte das BVA ein umfangreiches Beweisverfahren samt Beiziehung eines Sachverständigen durch, um zu klären, ob die vier Mitglieder der Biege jeweils alleine oder zu zweit oder zu dritt über ausreichende Kapazitäten zur Durchführung des Auftrags verfügen. Die Beantwortung dieser Frage erfolgte auch mit bzw. ohne Berücksichtigung der Möglichkeit des Zukaufes von Leistungen Dritter am Markt. Im Ergebnis hat das BVA – nach umfangreicher Erörterungen des Sachverständigengutachtens – festgestellt, dass es sowohl einem Mitglied der Biege samt dem Zukauf von Leistungen wie auch anderen möglichen Bietergemeinschaften, bestehend aus zwei bzw. drei Mitgliedern, der Biege möglich gewesen wäre, konkurrierende Angebote zu legen.

Achtung Wettbewerb

Das BVA vernichtete die angefochtene Zuschlagsentscheidung und begründete dies wie folgt: „Bieter haben zur Zielerreichung (z. B. Angebotslegung) eine Vorgehensweise zu wählen, die zur gelindesten Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt. [...] Stimmen sich aber gerade diese 4 Unternehmen, die in den letzten Jahren (mehr als) 5 Jahren über 99 % aller einschlägigen Arbeiten im Auftrag der Auftraggeberin durchgeführt haben durch die Bildung und Aufrechterhaltung einer Biege ab, obwohl die Bildung dieser Biege zur Abgabe eines Angebots nicht unbedingt erforderlich gewesen wäre, zeigt dies, dass es sich um einen vermachteten und durch Absprachen geregelten Anbietermarkt [...] handelt und dass hier zur Angebotslegung nicht die Vorgehensweise gewählt wurde, die zur gelindesten Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt.“

Deshalb handelt es sich bei der Bildung und Aufrechterhaltung der Biege um eine für den Auftraggeber nachteilige gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abrede iSd § 129 Abs 1 Z 8 BVergG.“

Bauunternehmen, die zum Zwecke der Erlangung eines Bauauftrags eine Bietergemeinschaft bilden, sind gut beraten, die Anzahl ihrer Mitglieder bzw. die Bündelung ihrer Leistungsfähigkeit auf das „unbedingt erforderliche Maß“ zu reduzieren, um den freien und lautereren Wettbewerb nicht mehr als notwendig zu beschränken. Widrigenfalls droht das Ausscheiden des Angebots und somit der Verlust der Chance auf Auftragserteilung.

Mag. Matthias Trauner
Heid Schiefer Rechtsanwälte OG
Landstraßer Hauptstraße 88/2-4
A-1030 Wien
T +43(0)1/9669 786
www.heid-schiefer.at