

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

18.03.2009

Geschäftszahl

2007/04/0234

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Eisner, über die Beschwerde der Bietergemeinschaft S in W, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Bartensteingasse 2, gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Wien vom 6. Dezember 2007, Zl. VKS-6877/07, betreffend Nachprüfung einer Ausscheidungsentscheidung (mitbeteiligte Partei: Stadt Wien - Wiener Wohnen, vertreten durch Schwartz und Huber-Medek Rechtsanwälte OEG in 1010 Wien, Stubenring 2), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Das Land Wien hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.286,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die mitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin genannt) hat in einer europaweiten Kundmachung die Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich bekannt gemacht und dazu insgesamt neun offene Verfahren zur Vergabe von Rahmenverträgen betreffend die Durchführung diverser Elektrikerarbeiten in den von ihr verwalteten Wohnhausobjekten in den 23 Wiener Bezirken durchgeführt. Die Laufzeit dieser Rahmenverträge beträgt jeweils drei Jahre mit einer Option auf eine einmalige Verlängerung für weitere drei Jahre, die Vergabe der Leistungen sollte nach dem einzigen Zuschlagskriterium "niedrigster Preis" erfolgen.

Die beschwerdeführende Partei, eine Bietergemeinschaft aus vier Mitgliedern (S, E, R und E L), hat, soweit für den gegenständlichen Fall relevant, ein Angebot für einen Rahmenvertrag betreffend Wohnhausobjekte im 17., 18. und

19. Bezirk gelegt, das von allen eingelangten Angeboten den "niedrigsten Preis" hatte. Die Auftraggeberin hat dieses Angebot der beschwerdeführenden Partei (zunächst) mit Entscheidung vom 23. April 2007 ausgeschieden, die Ausscheidungsentscheidung aber in der Folge wieder zurückgenommen (Anlass für die Rücknahme war die Nichtigkeitsklärung einer weiteren Ausscheidungsentscheidung der Auftraggeberin betreffend das Angebot der beschwerdeführenden Partei für andere Wiener Bezirke).

Mit Schreiben vom 14. September 2007 hat die Auftraggeberin das gegenständliche Angebot der beschwerdeführenden Partei neuerlich ausgeschieden und dies der beschwerdeführenden Partei mit Anwaltsbrief wie folgt mitgeteilt:

"Rahmenvertrag Elektriker für den 17., 18. und 19. Bezirk Sehr geehrter Herr Kollege!

Namens und auftrags unserer Mandantin bedauern wir mitteilen zu müssen, dass wir das Angebot der Bietergemeinschaft S im oben rubrizierten Vergabeverfahren soeben gemäß § 129 Abs. 1 Z. 1 iVm § 68 Abs. 1 Z. 5, § 129 Abs. 1 Z. 1 iVm § 68 Abs. 1 Z. 7, § 129 Abs. 1 Z. 2 und § 129 Abs. 2 BVergG 2006 ausgeschieden haben (vgl. Beilage ./1).

Aufgrund der durchgeführten Angebotsprüfung ist unsere Mandantin zur vollen Überzeugung gelangt, dass Mitglieder der Bietergemeinschaft im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit schwere Verfehlungen begangen haben; insb steht der hinreichend substantiierte Verdacht im Raum, dass Mitarbeiter oder Machthaber der S Mitarbeiter von Wiener Wohnen durch Geschenke dazu gebracht haben, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Auftraggeberin zu verraten und Aufträge rechtswidrigerweise an Mitglieder der Bietergemeinschaft zu vergeben. In mehreren Fällen wurde weiters festgestellt, dass die an Wiener Wohnen gelegten Abrechnungen unrichtig sind

und Mitglieder der Bietergemeinschaft Machthaber beschäftigen, die mehrfache Verwaltungsübertretungen zu verantworten haben; weder im Aufklärungsgespräch noch in den letzten schriftlichen Stellungnahmen konnte die Bietergemeinschaft hinreichend glaubhaft machen, dass solche Fehlverrechnungen bzw. weitere Verwaltungsübertretungen in Zukunft ausgeschlossen sind. Während des Angebotsprüfungsverfahrens bzw. des Aufklärungsgesprächs hat sich die Bietergemeinschaft überdies in erheblichem Ausmaß falscher Erklärungen schuldig gemacht bzw. die verlangten Auskünfte und Nachweise nicht (oder: nicht fristgerecht) erteilt. Sie konnte weiters nicht hinreichend aufklären, mit welchen Mitteln die aushaftenden Steuerschulden beglichen worden sind. Die von der Bietergemeinschaft erteilten Aufklärungen waren in vielen Fällen unvollständig bzw. entbehren schlicht einer nachvollziehbaren Begründung."

Mit Schriftsatz vom 28. September 2007 beantragte die beschwerdeführende Partei die Nichtigkeitsklärung dieser Ausscheidungsentscheidung und den Ersatz der für diesen Antrag geleisteten Pauschalgebühr.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde mit den hier relevanten Spruchpunkten 3. und 5. den Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidungsentscheidung ab und sprach aus, dass die beschwerdeführende Partei die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen habe.

In der Begründung gelangte die belangte Behörde zu dem Ergebnis, dass bei zumindest einzelnen Mitgliedern der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft das Vorliegen schwerer Verfehlungen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit anzunehmen sei. Für diese Ansicht sprächen "derartige substantiierte Verdachtsmomente und Indizien", die den Vertragsabschluss mit der beschwerdeführenden Partei auch für einen nicht öffentlichen Auftraggeber unzumutbar machten, sodass die Ausscheidung des Angebotes der beschwerdeführenden Partei aus den Gründen des § 129 Abs. 1 Z. 1 iVm § 68 Abs. 1 Z. 5 und Z. 7 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) gerechtfertigt gewesen sei. Abgesehen davon sei der von der belangten Behörde festgestellte Sachverhalt auch geeignet, den Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z. 2 BVerG 2006 zu erfüllen.

Diese Rechtsansicht stützte die belangte Behörde auf eine umfassende Darstellung des Verfahrensgeschehens und teilweise wörtliche Wiedergabe von Schriftsätzen sowie folgende eigene Sachverhaltsfeststellungen:

Zunächst verwies die belangte Behörde auf die Ausschreibung, nach der (Pkt. 2.10.) die berufliche Zuverlässigkeit bei jedem einzelnen Mitglied einer Bietergemeinschaft gegeben sein müsse. Während der Prüfung des Angebotes der beschwerdeführenden Partei sei bei der Auftraggeberin am 8. September 2006 eine "anonyme Anzeige" eingebracht worden, aus der hervor gehe, dass sich der "Firmenbesitzer" eines Mitgliedes der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft in der Öffentlichkeit damit gebrüstet habe, Mitarbeiter der Auftraggeberin zum Zwecke der Erlangung von Aufträgen zu bestechen und auf Grund dieser Vorgangsweise Aufträge der Auftraggeberin in größerem Ausmaß erlangt zu haben. Diese Anzeige habe zu einer internen Revision der Magistratsdirektion der Stadt Wien geführt, die in ihrem Bericht vom Mai 2007 festgestellt habe, dass ein Mitarbeiter der Auftraggeberin ein Mitglied der beschwerdeführenden Partei in die Auftragnehmerdatenbank aufgenommen habe, ohne darüber den Vorgesetzten zu informieren und damit gegen eine "interne Dienstanweisung" verstoßen habe. Weiters sei es nach dem Revisionsbericht zu "unerklärlichen Bevorzugungen" eines Mitgliedes der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft gekommen, da ein hoher Prozentsatz des Umsatzes des Unternehmens dieses Mitgliedes aus Aufträgen der Auftraggeberin stamme. Auf Grund dieses Revisionsberichtes habe die Auftraggeberin mit Weisung an ihre Mitarbeiter weitere Direktvergaben an dieses Mitglied der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft untersagt und mit dem eingangs genannten Schreiben vom 23. April 2007 das Angebot der beschwerdeführenden Partei ausgeschieden. Diese Ausscheidung habe die Auftraggeberin, wie erwähnt, auf Grund der Nichtigkeitsklärung ähnlicher Ausscheidungsentscheidungen in der Folge zurückgenommen. Im fortgesetzten Vergabeverfahren habe die Auftraggeberin eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und die beschwerdeführende Partei mit Schreiben vom 27. Juni 2007 und 16. Juli 2007 zur finanziellen Leistungsfähigkeit befragt. Die beschwerdeführende Partei habe mit entsprechenden Antwortschreiben geantwortet (wiedergegeben im angefochtenen Bescheid Seite 26 bis 41). Schließlich habe die Auftraggeberin die beschwerdeführende Partei zu einem Aufklärungsgespräch am 28. August 2007 eingeladen und die Fragen und Antworten dieses Gespräches betreffend sowohl die finanzielle Leistungsfähigkeit als auch Zuverlässigkeit der beschwerdeführenden Partei in einem Protokoll festgehalten (wörtlich wiedergegeben im angefochtenen Bescheid Seite 45 bis 58). Mit Schreiben vom 10. September 2007 habe die beschwerdeführende Partei u.a. ergänzende Antworten zu den Fragen des genannten Aufklärungsgespräches vorgelegt (angefochtener Bescheid Seite 59 ff).

Zur Frage der Zuverlässigkeit stellte die belangte Behörde weiters fest, dass gegen Herrn R.S., der im Zeitpunkt der Anbotslegung Gesellschafter bzw. Geschäftsführer von drei Mitgliedern der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft gewesen sei, im Hinblick auf die genannte anonyme Anzeige bzw. das Ergebnis des Revisionsberichtes gerichtliche Vorerhebungen wegen des Verdachtes des § 307 StGB (Bestechung) weiterhin anhängig seien.

Außerdem stellte die belangte Behörde bezüglich des Herrn U., der gewerberechtlicher Geschäftsführer eines Mitgliedes der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft sei, fest, dass gegen diesen mehrere rechtskräftige Verwaltungsstrafen verhängt worden seien, konkret 12 Strafen wegen Übertretungen des Arbeitnehmerschutzgesetzes, zwei Strafen nach der Gewerbeordnung und eine Strafe nach einer Bauordnung.

In der rechtlichen Beurteilung vertrat die belangte Behörde den Standpunkt, im gegenständlichen Fall sei die Erfüllung der Tatbestände des § 129 Abs. 1 Z. 1 iVm § 68 Abs. 1 Z. 5 und Z. 7 BVergG 2006 ausreichend nachgewiesen, dies im Hinblick auf die "mangelnde berufliche Zuverlässigkeit und das Vorliegen schwerer Verfehlungen". In diesem Zusammenhang beschäftigte sich die belangte Behörde primär mit dem Vorwurf der Bestechung. Diesbezüglich sei zwar § 68 Abs. 1 Z. 1 BVergG 2006 nicht erfüllt, weil gegen R.S. erst gerichtliche Vorerhebungen, aber noch keine Verurteilung erfolgt sei. Nach Ansicht der belangten Behörde könne aber der Auftraggeber einen Unternehmer ohne rechtskräftige Verurteilung gemäß § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergG 2006 dann vom Vergabeverfahren ausschließen, wenn der Auftraggeber schwere Verfehlungen "mit einem hohen Grade der Wahrscheinlichkeit festgestellt" habe. Im konkreten Fall habe die Auftraggeberin zutreffend darauf hingewiesen, dass es unzumutbar sei, einen Vertrag mit einem Unternehmen abzuschließen, gegen das "hinreichend substantiierte Verdachtsmomente" bestünden, dass eine gerichtlich straffbare Handlung von einem seiner Organe begangen worden sei. Diese Verdachtsmomente hätten sich auf Grund der anonymen Anzeigen und des Revisionsberichtes der Magistratsdirektion ergeben und seien außerdem durch Aussagen einer Mitarbeiterin der Auftraggeberin massiv untermauert worden. Außerdem habe die beschwerdeführende Partei im Zuge des Aufklärungsgesprächs vom 28. August 2007 die Mehrzahl der zu diesem Thema gestellten Fragen nicht beantwortet, sodass es ihr nicht gelungen sei, die ihr vorgehaltenen "Verdachtsmomente zu entkräften".

Ungeachtet dessen sei eine schwere Verfehlung der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft im Sinne des § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergG 2006 auch darin zu sehen, dass diese fehlerhafte Abrechnungen betreffend Leistungen, die sie in der Vergangenheit für die Auftraggeberin erbracht habe, gelegt habe. Dies ergebe sich aus einem Bericht des Kontrollamtes der Stadt Wien vom April 2004, den die Auftraggeberin der beschwerdeführenden Partei im Rahmen des Aufklärungsgesprächs vom 28. August 2007 vorgehalten habe. Nach diesem Bericht habe die beschwerdeführende Partei Regiearbeiten verrechnet, obwohl entsprechende Leistungspositionen vorhanden gewesen seien. Außerdem seien Monteur- und Helferstunden für Wegzeiten verrechnet worden, obwohl diese Leistungen bereits in den Positionspreisen inkludiert gewesen seien. Zwar habe sich die beschwerdeführende Partei im Rahmen des Aufklärungsgesprächs damit gerechtfertigt, dass sie zur Hintanhaltung solcher Fehler ein internes Kontrollsystem installiert habe, doch lasse diese Aussage eine nähere Darstellung des Kontrollsystems vermissen.

Darüber hinaus sei eine schwere Verfehlung der beschwerdeführenden Partei im Sinne des § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergG 2006 darin zu erblicken, dass der gewerberechtliche Geschäftsführer eines Mitgliedes der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft insgesamt 15 rechtskräftige Strafen zu verantworten habe. Die beschwerdeführende Partei habe dazu lediglich vorgebracht, dass diese Verwaltungsübertretungen in einem anderen Gewerk als dem ausgeschriebenen und auch in einem anderen Betrieb begangen worden seien. Damit stehe aber jedenfalls fest, dass zumindest ein Mitglied der Bietergemeinschaft in seinem Unternehmen einen gewerberechtlichen Geschäftsführer beschäftigt habe, der mehrere rechtskräftige über ihn verhängte Verwaltungsstrafen zu verantworten habe. Nach Ansicht der belangten Behörde sei es unerheblich, ob diese Verwaltungsübertretungen im Zusammenhang mit der Erbringung anderer Leistungen begangen worden seien. Selbst wenn die beschwerdeführende Bietergemeinschaft bzw. ihre Mitglieder von diesen Verwaltungsübertretungen des gewerberechtlichen Geschäftsführers nicht gewusst hätten, so läge darin jedenfalls ein Organisationsverschulden, das dem betreffenden Mitglied der Bietergemeinschaft zuzuordnen wäre.

Zum Ausschlussgrund des § 68 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 führte die belangte Behörde aus, dass die beschwerdeführende Partei im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung, konkret durch das Aufklärungsschreiben vom 4. Juli 2007, mehrfach falsche Auskünfte erteilt habe: Einerseits habe die beschwerdeführende Partei angegeben, dass Mitglieder der Bietergemeinschaft über keinen Grundbesitz verfügten, mit einem späteren Schreiben aber ein Betriebsgebäude mit ca. 750 m² Nutzfläche auf zwei Liegenschaften bekannt gegeben. Andererseits habe R.S. im Zuge des Aufklärungsgesprächs vom 28. August 2007 mehrfach bestritten, den angeblich bestochenen Mitarbeiter der Auftraggeberin zu kennen, was allerdings unglaublich sei, zumal "von einer Auskunftsperson ausdrücklich Gegenteiliges bestätigt" worden sei.

Schließlich sei der Tatbestand des § 68 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 nach Ansicht der belangten Behörde auch deshalb erfüllt, weil die beschwerdeführende Partei von der Auftraggeberin verlangte Auskünfte nicht erteilt habe. So sei ein "Nachweis für das Fernbleiben" näher genannter Personen vom Aufklärungsgespräch am 28. August 2007 "nicht eingelangt" und auch die von der beschwerdeführenden Partei angebotene Offenlegung der Vermögensverhältnisse ihrer Gesellschafter letztendlich nicht erfolgt.

Bei Gesamtbetrachtung der der beschwerdeführenden Partei zur Last liegenden mehrfachen Verfehlungen, so die belangte Behörde in ihrer abschließenden Beurteilung, ergäbe sich ein Sachverhalt, der die Annahme schwerer Verfehlungen durch zumindest einzelne Mitglieder der Bietergemeinschaft rechtfertige. Bei Vorliegen "derartiger, substantiierter Verdachtsmomente und Indizien" sei der Auftraggeberin der Abschluss des Vertrages mit der beschwerdeführenden Partei nicht zumutbar. Die Ausscheidung des Angebotes der beschwerdeführenden Partei sei daher im Grunde des § 129 Abs. 1 Z. 1 iVm § 68 Abs. 1 Z. 5 und 7 BVergG 2006 gerechtfertigt gewesen, wobei durch den genannten Sachverhalt überdies § 129 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 erfüllt worden sei. Bei diesem Ergebnis bedürfe es keiner weiteren Prüfung, ob auch der Tatbestand des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 erfüllt sei.

Gegen diesen am 6. Dezember 2007 zunächst mündlich verkündeten Bescheid erhob die beschwerdeführende Partei mit Schriftsatz vom 19. Dezember 2007 Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. Nach Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des angefochtenen Bescheides und der Gegenschrift der belangten Behörde ergänzte die beschwerdeführende Partei ihre Beschwerde.

Mit Schriftsatz vom 21. Dezember 2007 gab die Auftraggeberin die an diesem Tag erfolgte Erteilung des Zuschlages an einen anderen Bieter bekannt.

Weiters gab die Auftraggeberin mit Schreiben vom 23. Jänner 2009 bekannt, dass über drei der Mitglieder der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft das Konkursverfahren eröffnet worden sei und diese Gesellschaften infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens im Firmenbuch als "aufgelöst" bezeichnet seien. Auch die Unternehmen dieser Gesellschaften seien mit der Konkurseröffnung geschlossen worden. Damit sei nach Ansicht der Auftraggeberin die Beschwerdelegitimation der beschwerdeführenden Partei weggefallen.

Mit Stellungnahme vom 18. Februar 2009 bestätigte die beschwerdeführende Partei, dass zwischenzeitig hinsichtlich sämtlicher Mitglieder der Bietergemeinschaft das Konkursverfahren eröffnet worden sei, sie bestritt jedoch, dass damit ihr Rechtsschutzinteresse weggefallen sei. Vielmehr habe die beschwerdeführende Partei weiterhin ein rechtliches Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Bescheides und an der im fortgesetzten Verfahren (im Hinblick auf den bereits erteilten Zuschlag) zu treffenden Feststellung, ob die Ausscheidungsentscheidung rechtswidrig gewesen sei, weil die beschwerdeführende Partei nur auf diesem Weg Schadenersatz von der Auftraggeberin begehren könne. Gerade durch die rechtswidrige Ausscheidungsentscheidung sei der beschwerdeführenden Partei ein derart massiver Schaden entstanden, dass über das Vermögen sämtlicher Mitglieder der Bietergemeinschaft das Konkursverfahren habe eingeleitet werden müssen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zur Frage der Gegenstandslosigkeit:

Die beschwerdeführende Partei ist eine Bietergemeinschaft in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Der Verwaltungsgerichtshof hat im Beschluss vom 29. Juni 2005, Zl. 2003/04/0096, mwN, ausgeführt, dass in einem Fall, in dem eine Bietergemeinschaft ein Angebot abgegeben hat, nur diese Bietergemeinschaft das Recht zur Stellung eines Nachprüfungsantrages hat, nicht jedoch die einzelnen Mitglieder dieser Gesellschaft. Ebenso sei auch eine nur von einem Teil der Mitglieder einer Bietergemeinschaft im eigenen Namen erhobene Verwaltungsgerichtshofbeschwerde unzulässig (vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 1. Oktober 2008, Zl. 2004/04/0098).

Für den vorliegenden Fall folgt daraus, dass das gegenständliche Beschwerdeverfahren als gegenstandslos einzustellen wäre, wenn die beschwerdeführende Bietergemeinschaft während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens untergegangen wäre. Dies ist aber trotz der Eröffnung des Konkursverfahrens über die Mitglieder dieser Bietergemeinschaft nicht der Fall:

Zunächst ist festzuhalten, dass der Konkurs einzelner Mitglieder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts noch nicht automatisch zur Beendigung der Mitgliedschaft zu dieser Gesellschaft, sondern lediglich zur Möglichkeit, das vom Konkurs betroffene Mitglied bei gleichzeitigem Weiterbestand der Gesellschaft auszuschließen, führt. Die Konkurseröffnung über ein Mitglied der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist demnach ein Ausschlussgrund für das Mitglied, aber kein Auflösungsgrund für die Gesellschaft. Ob ein Mitglied der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgeschlossen wird, hängt vom Willen der übrigen Mitglieder ab (vgl. zum Ganzen *Strasser in Rummel*, Kommentar zum ABGB2, Rz 1 und 8 zu § 1210).

Im gegenständlichen Fall kann aber auch nicht davon ausgegangen werden, dass die (bloße) Eröffnung des Konkursverfahrens über die vier Mitglieder der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft zum Erlöschen der Rechtspersönlichkeit dieser Mitglieder geführt hätte (und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts - damit - geendet hätte): Der Umstand der Eröffnung des Konkursverfahrens und die damit verbundene Eintragung im Firmenbuch, dass die von der Konkurseröffnung betroffenen Mitglieder der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft "aufgelöst" seien, bewirkt nämlich nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes noch nicht, dass die Rechtspersönlichkeit der von dieser Eintragung betroffenen Gesellschaften geendet hätte (vgl. das Urteil des OGH vom 26. April 2006, 3 Ob 32/06m, und die dort zitierte Vorjudikatur). Vielmehr tritt nach diesem Urteil die Vollbeendigung einer Gesellschaft erst dann ein, wenn neben der Löschung im Firmenbuch auch die materiell-rechtliche Voraussetzung der Vermögenslosigkeit gegeben ist. Dass diese Voraussetzungen erfüllt seien, wurde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht behauptet.

Da nach dem Gesagten vorläufig vom Weiterbestand der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft auszugehen ist, kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Fortsetzung des Verwaltungsverfahrens als Feststellungsverfahren (§ 37 Abs. 2 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007) in ihren rechtlichen Interessen berührt ist.

2. In der Sache:

Wie dargestellt hat die belangte Behörde die Ausscheidungsentscheidung der Auftraggeberin im Grunde des § 129 Abs. 1 Z. 1 iVm § 68 Abs. 1 Z. 5 und Z. 7 BVergG 2006 als rechtmäßig angesehen.

Die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 in der hier noch maßgebenden Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007, lauten auszugsweise:

"Ausschlussgründe

§ 68. (1) Der Auftraggeber hat - unbeschadet der Abs. 2 und

3 - Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren

auszuschließen, wenn

1. der Auftraggeber Kenntnis von einer rechtskräftigen Verurteilung gegen sie oder - sofern es sich um juristische Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts, eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt - gegen in deren Geschäftsführung tätige physische Personen hat, die einen der folgenden Tatbestände betrifft:

Mitgliedschaft bei einer kriminellen Organisation (§ 278a des Strafgesetzbuches - StGB, BGBl. Nr. 60/1974), Bestechung (§§ 302, 307, 308 und 310 StGB; § 10 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 - UWG, BGBl. Nr. 448), Betrug (§§ 146 ff StGB), Untreue (§ 153 StGB), Geschenkannahme (§ 153a StGB), Förderungsmisbrauch (§ 153b StGB) oder Geldwäscherei (§ 165 StGB) bzw. einen entsprechenden Straftatbestand gemäß den Vorschriften des Landes in dem der Unternehmer seinen Sitz hat;

2. gegen sie ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde;

3. sie sich in Liquidation befinden oder ihre gewerbliche Tätigkeit einstellen oder eingestellt haben;

4. gegen sie oder - sofern es sich um juristische Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts, eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt - gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, ein rechtskräftiges Urteil wegen eines Deliktes ergangen ist, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt;

5. sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde;

6. sie ihre Verpflichtungen zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben in Österreich oder nach den Vorschriften des Landes, in dem sie niedergelassen sind, nicht erfüllt haben, oder

7. sie sich bei der Erteilung von Auskünften, betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.

..."

Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 69. Unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1. beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,

...

vorliegen.

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschließen:

1. Angebote von Bieterinnen, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs. 5 oder gemäß § 68 Abs. 1 auszuschließen sind;

2. Angebote von Bieterinnen, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

..."

Zu § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergG 2006 und dem "Verdacht" einer Straftat:

Im Beschwerdefall muss nach der erwähnten bestandskräftigen Ausschreibung im Falle der Angebotslegung durch eine Bietergemeinschaft die berufliche Zuverlässigkeit bei jedem einzelnen Mitglied der Bietergemeinschaft gegeben sein, und zwar gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 im Zeitpunkt der Angebotsöffnung.

Die mitbeteiligte Auftraggeberin musste daher das Angebot der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft ausschließen, wenn im Zeitpunkt der Angebotsöffnung auch nur hinsichtlich eines einzelnen Mitgliedes dieser Bietergemeinschaft einer der zwingenden Ausschlussgründe des § 68 Abs. 1 BVergG 2006 erfüllt war.

Der von der belangten Behörde primär ins Treffen geführte Ausschlussgrund des § 68 Abs. 1 Z 5 leg. cit. beinhaltet mehrere Voraussetzungen, nämlich dass Unternehmer "im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit" eine "schwere Verfehlung" begangen haben, die vom Auftraggeber "nachweislich festgestellt wurde".

Zunächst ist im Hinblick auf die Regelung des § 68 Abs. 1 Z. 1 BVergG 2006 davon auszugehen, dass auch im Fall der Z 5 bei einer Angebotslegung durch eine juristische Person (im vorliegenden Fall: zwei juristische Personen im Rahmen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts) eine schwere Verfehlung auch dann vorliegt, wenn diese Verfehlung eine in der Geschäftsführung dieser juristischen Person tätige physische Person begangen hat. Der Ausschluss einer beschwerdeführenden Bietergemeinschaft ist daher in einem Fall wie dem vorliegenden schon dann vorzunehmen, wenn die schwere Verfehlung von einem in der Geschäftsführung tätigen Organ eines Mitgliedes der Bietergemeinschaft begangen wurde.

Eine solche schwere Verfehlung vermeint die belangte Behörde darin zu erkennen, dass R.S., der im Zeitpunkt der Angebotseröffnung Geschäftsführer und gleichzeitig Gesellschafter mehrerer Mitglieder der gegenständlichen beschwerdeführenden Bietergemeinschaft war, der Bestechung eines Mitarbeiters der Auftraggeberin "verdächtig" sei. Die Beschwerde bekämpft die Rechtsansicht, dass schon der bloße Verdacht ausreiche, eine schwere Verfehlung im Sinne des § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergG 2006 anzunehmen. Die beschwerdeführende Partei legte im verwaltungsgerichtlichen Verfahren außerdem die Mitteilung der Staatsanwaltschaft Wien vom 31. März 2008 vor, wonach die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren gegen R.S. wegen § 307 StGB mit dem Beisatz "kein Schuldbeweis erbringbar" eingestellt hat.

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid versucht, den "Verdacht" einer durch R.S. begangenen schweren Verfehlung zu untermauern, sie konnte damit im vorliegenden Fall die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergG 2006 aber von vornherein nicht begründen:

Entscheidend ist nach dieser Bestimmung nämlich nicht nur, dass die schwere Verfehlung begangen wurde, sondern dass die Begehung auch "vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde". Es muss daher einerseits eine schwere Verfehlung - objektivierbar -

vorliegen und andererseits diese schwere Verfehlung bereits vom Auftraggeber festgestellt worden sein (vgl. *Elsner*, Bundesvergabegesetz 2006, 2. Auflage, Rz 579 zu § 68 BVergG). Da aber die mitbeteiligte Auftraggeberin in der eingangs zitierten Ausscheidungsentscheidung die Begehung der in Rede stehenden Bestechung nicht "nachweislich festgestellt" hat, sondern diesbezüglich lediglich den "Verdacht" einer strafbaren Handlung festgehalten hat, war § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergG 2006 von vornherein nicht erfüllt.

Zu § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergG 2006 (Verwaltungsübertretungen):

Aber auch mit dem (bloßen) Hinweis auf mehrere rechtskräftige Verwaltungsstrafen des gewerberechtlichen Geschäftsführers eines Mitgliedes der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft vermag die belangte Behörde die Erfüllung des Tatbestandes des § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 nicht darzutun:

Zwar hat schon die mitbeteiligte Auftraggeberin in der eingangs zitierten Ausscheidungsentscheidung festgestellt, dass Mitglieder der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft "Machthaber beschäftigen", die "mehrfache Verwaltungsübertretungen zu verantworten" hätten und die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid ergänzend ausgeführt, dass es sich dabei um 12 Übertretungen des Arbeitnehmerschutzgesetzes, zwei Übertretungen der Gewerbeordnung und eine der Bauordnung handle. Da aber das diesen Strafen zu Grunde liegende strafbare Verhalten nicht festgestellt wurde, durfte die belangte Behörde nicht davon ausgehen, dass zumindest eine dieser Verwaltungsübertretungen eine "schwere Verfehlung" im Sinne des § 68 Abs. 1 Z 5 leg. cit. betreffe. Abgesehen davon geht aus den Feststellungen nicht hervor, ob die maßgebende Verfehlung "im Rahmen der beruflichen Tätigkeit" eines Mitgliedes der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft begangen wurde, was die beschwerdeführende Partei schon im Verwaltungsverfahren bestritten hat.

Zu § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergG 2006 (Abrechnungsfehler):

Die belangte Behörde stützt die Ansicht über die Rechtmäßigkeit der Ausscheidung auch auf die Feststellung, dass die beschwerdeführende Partei Arbeiten, die diese in der Vergangenheit für die Auftraggeberin erbracht habe, fehlerhaft abgerechnet habe. So seien Regiarbeiten verrechnet worden, obwohl entsprechende Leistungspositionen vorhanden gewesen seien, und Monteur- und Helferstunden für Wegzeiten verrechnet worden, obwohl diese Leistungen bereits in den Positionspreisen inkludiert gewesen seien.

Diese Ausführungen können den angefochtenen Bescheid schon aus den im hg. Erkenntnis vom 29. Februar 2008, Zl. 2006/04/0227, wiedergegebenen Entscheidungsgründen, auf die gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, nicht tragen.

Zu § 68 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 (in erheblichem Maße falsche Erklärungen):

Die belangte Behörde vermeint eine falsche Erklärung im Sinne der in Rede stehenden Bestimmung darin zu erkennen, dass ein Mitarbeiter der beschwerdeführenden Partei im Zuge des Aufklärungsgespräches bestritten habe, den angeblich bestochenen Mitarbeiter der Auftraggeberin zu kennen. Abgesehen davon, dass die belangte Behörde nicht schlüssig darlegt, wieso diese Erklärung falsch gewesen sei (der Umstand, dass "eine Auskunftsperson" Gegenteiliges erklärt habe, erweist ohne nähere Beweiswürdigung noch nicht die Unrichtigkeit der Erklärung des Mitarbeiters der beschwerdeführenden Partei), ist auch nicht ersichtlich, inwieweit selbst eine falsche Auskunft über das - bloße - Kennen einer Person (hier: eines Mitarbeiters der

Auftraggeberin), die einer Straftat verdächtig sei, eine falsche Erklärung "in erheblichem Maße" im Sinne des § 68 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 sein sollte. Letzteres gilt auch für die angeblich zunächst falsche, von der beschwerdeführenden Partei aber später richtig gestellte Auskunft betreffend das Eigentum an ihrem Betriebsgrundstück.

Zu § 68 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 (nicht erteilte Auskünfte):

Wie erwähnt hat die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid sowohl das Protokoll über das Aufklärungsgespräch vom 28. August 2007, beinhaltend zahlreiche Antworten der beschwerdeführenden Partei, als auch die von der beschwerdeführenden Partei schriftlich nachgereichten Antworten wörtlich und seitenlang wiedergegeben. Schon von daher ist ohne nähere Präzisierung nicht erkennbar, welche Antworten - betreffend die in § 68 Abs. 1 Z. 7 leg. cit. genannten Eigenschaften eines Bieters - die beschwerdeführende Partei schuldig geblieben wäre. Entgegen der Rechtsansicht der belangten Behörde wurde der Tatbestand auch nicht dadurch erfüllt, dass die beschwerdeführende Partei einen "Nachweis für das Fernbleiben" bestimmter Mitarbeiter vom Aufklärungsgespräch am 28. August 2007 nicht vorgelegt habe bzw. sie die Vermögensverhältnisse ihrer Gesellschafter nicht "im Detail" offengelegt habe, obwohl sie dies "von sich aus angeboten" habe.

Der angefochtene Bescheid war somit wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 18. März 2009