

TE Verg Bescheid 2012/6/19 N/0054-BVA/09/2012-29

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.06.2012

Norm

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §321 Abs4

BVergG 2012 §345 Abs15 Z3

GewO 1994 §9 Abs1

GewO 1994 §39 Abs1

GewO 1994 §39 Abs2 Z2

ABGB §914

B-VG Art14b Abs2 Z1 litc

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 § 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 § 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 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. GewO 1994 § 9 heute
 2. GewO 1994 § 9 gültig ab 01.01.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
 3. GewO 1994 § 9 gültig von 02.12.2006 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
 4. GewO 1994 § 9 gültig von 01.08.2002 bis 01.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 5. GewO 1994 § 9 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 6. GewO 1994 § 9 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997
1. GewO 1994 § 39 heute
 2. GewO 1994 § 39 gültig ab 01.01.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2018
 3. GewO 1994 § 39 gültig von 14.09.2012 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
 4. GewO 1994 § 39 gültig von 27.02.2008 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
 5. GewO 1994 § 39 gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 6. GewO 1994 § 39 gültig von 11.08.2000 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2000
 7. GewO 1994 § 39 gültig von 01.01.1998 bis 10.08.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 8. GewO 1994 § 39 gültig von 01.07.1997 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 9. GewO 1994 § 39 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
 10. GewO 1994 § 39 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996
1. GewO 1994 § 39 heute
 2. GewO 1994 § 39 gültig ab 01.01.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2018
 3. GewO 1994 § 39 gültig von 14.09.2012 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
 4. GewO 1994 § 39 gültig von 27.02.2008 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
 5. GewO 1994 § 39 gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 6. GewO 1994 § 39 gültig von 11.08.2000 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2000
 7. GewO 1994 § 39 gültig von 01.01.1998 bis 10.08.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 8. GewO 1994 § 39 gültig von 01.07.1997 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 9. GewO 1994 § 39 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
 10. GewO 1994 § 39 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996
1. ABGB § 914 heute
 2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBL. Nr. 69/1916
1. B-VG Art. 14b heute
 2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 10/2012, betreffend das Vergabeverfahren "Verkehrsbeeinflussungsanlage Linz inkl Grundausstattung A1, A7, A8, A9, A25 - Örtliche Bauaufsicht" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft

(ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, verbessert eingebracht am 23. Mai 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, betreffend das Vergabeverfahren "Verkehrsbeeinflussungsanlage Linz inkl Grundausstattung A1, A7, A8, A9, A25 - Örtliche Bauaufsicht" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, verbessert eingebracht am 23. Mai 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Der Antrag "auf Nichtigerklärung des Ausspruches über die Ausscheidung des Angebotes der A***", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 129 Abs 1 Z 7, 312 Abs 2 Z 2 BVergG; §§ 9 und 39 GewO; §§ 914f ABGB
Rechtsgrundlage: Paragraphen 129, Absatz eins, Ziffer 7, 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG; Paragraphen 9 und 39 GewO; Paragraphen 914 f, ABGB

Begründung

Die A***, seit der mündlichen Verhandlung vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 15. Mai 2012, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 18. Mai 2012, verbessert eingebracht am 23. Mai 2012, einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung.

Mit Schriftsatz vom 15. Mai 2012 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass das gegenständliche Vergabeverfahren am 28. Februar 2012 bekannt gemacht worden sei. Am 6. April 2012 habe eine Berichtigung stattgefunden. Das Ende der Angebotsfrist sei der 17. April 2010 gewesen. Am selben Tag habe die Angebotsöffnung stattgefunden. Am 26. April 2012 habe der Auftraggeber von der Antragstellerin Dokumente nachgefordert. Am 4. Mai 2012 habe die Antragstellerin die Dokumente nachgereicht. Am 10. Mai 2012 sei das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden worden.

Die Begründung der Ausscheidensentscheidung habe folgender Maßen gelautet:

- -Strichaufzählung
Das Angebot widerspricht den Ausschreibungsbestimmungen gemäß Teil D.1. Pkt. 1.1.22 (Interessenskonflikt)
- -Strichaufzählung
Ihre Aufklärung entbehrt einer nachvollziehbaren Begründung
- -Strichaufzählung
Eine Teilnahme am Vergabeverfahren ist gemäß § 20 Abs 5 BVergG 2006 ausgeschlossen
Eine Teilnahme am Vergabeverfahren ist gemäß Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 ausgeschlossen

Die Antragstellerin sei am 26. April 2012 aufgefordert worden, den Umstand der Personalunion des Geschäftsführers M*** und somit das Vorliegen eines möglichen Interessenskonfliktes aufzuklären. Die Antragstellerin habe dazu am 4. April 2012 Stellung genommen.

Der Auftraggeber sei jedoch trotz erfolgter Aufklärung offensichtlich davon ausgegangen, dass das Angebot der Antragstellerin den Bestimmungen der Ausschreibung widerspreche. Nach Ansicht des Auftraggebers könne die Tatsache, wonach M*** bei A*** lediglich das Gewerbe zur Verfügung stelle und ansonsten keine Funktion im Unternehmen ausführe, nicht nachvollzogen werden bzw. widerspreche dies den Bestimmungen der Gewerbeordnung. Nach Ansicht des Auftraggebers sei zu folgern, dass M*** in beiden Unternehmen als Geschäftsführer tätig sei.

Die Antragstellerin könne die Vorwürfe des Auftraggebers nicht nachvollziehen. Nach Ansicht der Antragstellerin sei die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig. In Pkt. 1.1.22 der Ausschreibung sei eine Matrix abgebildet, die die Vereinbarkeit bzw. Unvereinbarkeit von Dienstleistungen in einem Projekt darstelle. Hiezu sei festzuhalten, dass entgegen der Begründung des Auftraggebers kein Interessenskonflikt vorliege, da es sich bei der B***um kein verbundenes Unternehmen der A*** handle.

Auch der Vorwurf der nicht nachvollziehbaren Begründung seitens der Antragstellerin werde zurückgewiesen. Deren Aufklärung sei fristgerecht und detailliert nachvollziehbar an die ausschreibende Stelle übermittelt worden.

Zur Vorarbeitenproblematik sei festzuhalten, dass weder die B*** noch deren handelsrechtlicher Geschäftsführer, M***, an der Erarbeitung der Unterlagen für das gegenständliche Vergabeverfahren beteiligt gewesen sei; dies weder mittelbar noch unmittelbar. Die B*** erarbeite derzeit die Ausschreibung für das Errichtungsprojekt VBA Großraum Linz.

M*** sei bei der B*** als handels- und gewerberechtlicher Geschäftsführer tätig. Bei der A*** stelle er als gewerberechtlicher Geschäftsführer lediglich seine Gewerbeberechtigung zur Verfügung. Dies geschehe als Arbeitnehmer iSd § 39 GewO. Auch handle es sich bei den genannten Unternehmen nicht um verbundene Unternehmen iSd § 228 UGB. M*** sei bei der B*** als handels- und gewerberechtlicher Geschäftsführer tätig. Bei der A*** stelle er als gewerberechtlicher Geschäftsführer lediglich seine Gewerbeberechtigung zur Verfügung. Dies geschehe als Arbeitnehmer iSd Paragraph 39, GewO. Auch handle es sich bei den genannten Unternehmen nicht um verbundene Unternehmen iSd Paragraph 228, UGB.

M*** überwache als gewerberechtlicher Geschäftsführer der A*** ausschließlich die fachliche einwandfreie Ausübung der Gewerbes und die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften. M*** sei in keinem Projekt der A*** tätig. Der mit dem Angebot zwingend abzugebende Personaleinsatzplan bestätige, dass er auch in diesem Projekt keine Tätigkeit übernehmen werde.

Die B*** sei mit Planungstätigkeiten in diesem Projekt beauftragt. Die A*** hätte mit dem Auftrag zur Durchführung der örtlichen Bauaufsicht kontrollierende Tätigkeiten bei der Überprüfung der Planung durchzuführen.

Weder die B*** noch M*** seien an der Erarbeitung der Unterlagen für die Ausschreibung "örtliche Bauaufsicht VBA Großraum Linz" beteiligt.

Am 3. April 2012 habe die Antragstellerin eine Bieteranfrage an den Auftraggeber übermittelt. Eine Frage habe gelautet:

In der Ausschreibung ist eine Matrix vorhanden, welche Unternehmen vom gegenständlichen Verfahren bezugnehmend auf andere Tätigkeiten im gegenständlichen Projekt, ausschließt. Das Projekt befindet sich derzeit in der

1. 2. Ziffer 2

Planungsstufe. Sind die Unternehmen aus der 1. und 2. Planungsstufe vom gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen? Dies geht aus der angeführten Matrix nicht hervor.

Die Frage sei seitens des Auftraggebers wie folgt beantwortet worden:

Nur der gegenständliche Planer, welcher die Detailplanung- und Ausschreibungsplanung durchgeführt hat, ist laut Matrix vom gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Die B*** sei derzeit mit der Planung des Projekts, welche eine Überarbeitung der Unterlagen der 1. Planungsstufe beinhalte, beauftragt. In der Beantwortung der Bieteranfrage werde jedoch festgehalten, dass der gegenständliche Planer, welcher die Detail- und Ausschreibungsplanung durchgeführt habe, respektive fertiggestellt habe, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen sei. Die B*** habe die Planung bis dato noch nicht abgeschlossen, sondern befinde sich im "Erstellungsprozess". Somit hätte auch die B*** laut Beantwortung der Bieteranfrage an diesem Vergabeverfahren teilnehmen dürfen.

Es sei nicht nachvollziehbar, dass beim gegenständlichen Verfahren, trotz der Nichtbeteiligung der B*** am Vergabeverfahren, das Angebot der A*** ausgeschrieben worden sei.

Mit Schriftsätzen vom 22. und 23. Mai 2012 erstattete die Antragstellerin die aufgetragene Verbesserung. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss. Dieses gründe sich darauf, dass bereits Vorarbeiten in Form von Kalkulation und Angebotserstellung geleistet worden seien. Auch handle es sich beim gegenständlichen Auftrag um ein wichtiges Referenzprojekt. Bei Nichterhalt des Auftrages drohe der Antragstellerin ein Umsatzrückgang und ein Gewinnentgang.

Mit Schriftsatz vom 22. Mai 2012 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Das Vergabeverfahren befinde sich derzeit noch im Stadium der Angebotsprüfung. Eine Zuschlagsentscheidung sei noch nicht ergangen. Eine Widerrufsentscheidung sei nicht ergangen, der Zuschlag nicht erteilt worden.

Mit Schriftsatz vom 29. Mai 2012 erstattete der Auftraggeber eine Stellungnahme und brachte im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber im Zuge der Angebotsprüfung festgestellt habe, dass M*** als Geschäftsführer der A*** und der B*** tätig sei.

Die B*** sei mit der Detailplanung beauftragt gewesen. Nach Pkt.1.1.22 Teil D1 würden Interessenskonflikte und Unvereinbarkeiten aufgrund bestehender Vertragsverhältnisse (insbesondere im Hinblick auf prüfende und kontrollierende Tätigkeiten, welche die ausgeschriebene Leistung betreffen) zum Ausscheiden des Angebotes führen. Die Aufklärung seitens A*** habe die Bedenken des Auftraggebers, dass aufgrund der Personalunion des Geschäftsführers M*** Interessenskonflikte und Unvereinbarkeiten vorliegen würden, die zum Ausschluss des Angebotes führen würden, nicht ausgeräumt.

Als zentrale Aufgaben der ÖBA seien die Koordination und die Steuerung der Bauarbeiten auf der Baustelle sowie die Wahrnehmung der Interessen des Bauherrn auf der Baustelle anzusehen. Daher sei es für den Auftraggeber unabdingbar, sicher zu stellen, dass die ÖBA keinem Interessenskonflikt unterliege. Aufgrund des besonderen Treueverhältnisses sei der Auftragnehmer zur umfassenden Wahrung der Interessen des Auftraggebers in fachlicher, wirtschaftlicher, rechtlicher und terminlicher Hinsicht - unbeeinflusst von den eigenen Interessen oder Interessen Dritter - verpflichtet.

In den Ausschreibungsunterlagen sei darauf hingewiesen worden, dass Unvereinbarkeiten und Interessenskonflikte des zukünftigen Auftragnehmers zwingend zu vermeiden seien und diese zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen würden. Besonders problematisch seien jene Auftragsverhältnisse, welche prüfende und kontrollierende Tätigkeiten zum Inhalt hätten. Auch aus der Unvereinbarkeitsmatrix gehe eindeutig hervor, dass Tätigkeiten der örtlichen Bauaufsicht und Planungstätigkeiten unvereinbar seien.

Gegenständlich liege ein Interessenskonflikt bei der Antragstellerin vor:

Die A*** habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot für die ÖBA-Leistungen abgegeben. M*** sei gewerberechtlicher Geschäftsführer der A***. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2011 sei die B*** mit der Detailplanung der Verkehrsbeeinflussungsanlage Linz (VBA) beauftragt worden. Dieser Auftrag habe auf der Planung der 1. Planungsstufe aufgebaut und bilde die Grundlage für das Errichtungsprojekt der VBA. Dessen ordnungsgemäße Ausführung wiederum sei von der ausschreibungsgegenständlichen ÖBA zu prüfen.

M*** sei nicht nur gewerberechtlicher Geschäftsführer der A***, sondern auch handels- und gewerberechtlicher Geschäftsführer der B***. Aufgrund der Personalunion des M*** als Geschäftsführer des Planers (B***) und als Geschäftsführer der ÖBA (A***) liege ein Interessenskonflikt vor. Die A*** habe in ihrer Funktion als ÖBA unter anderem auch die ordnungsgemäße Planung zu prüfen, welche im vorliegenden Fall die B*** ausführe. Das Leistungsbild der ÖBA umfasse zahlreiche prüfende und kontrollierende Tätigkeiten, welche unter anderem auch die Leistungen des Planers (B***) betreffen würden.

Im vorliegenden Fall führe die Personalunion des M*** dazu, dass er als gewerberechtlicher Geschäftsführer der A*** für die fachgerechte Ausführung der ÖBA- Leistung verantwortlich sei, für deren Planung er wiederum als gewerbe- und handelsrechtlicher Geschäftsführer der B*** ebenso verantwortlich sei. Die Prüfung der "eigenen" Tätigkeiten sei zweifelsohne als Interessenskonflikt und Unvereinbarkeit zu werten.

Breits aus der gesetzlich normierten Überwachungspflicht des § 39 GewO würde sich ein nicht überbrückbarer Interessenskonflikt ergeben. M*** sei gesetzlich verpflichtet, die einwandfreie fachliche Ausführung der Leistungen der A*** zu überwachen. Diese Überwachungstätigkeit erstreckte sich natürlich auch auf die ausschreibungsgegenständliche ÖBA- Tätigkeit. Auch für diese Leistung sei M*** gewerberechtlich und somit fachlich verantwortlich. Diese Überwachungstätigkeiten bei der A*** stünden in einem klaren Interessenskonflikt zu den Planungstätigkeiten der B***, deren Tätigkeiten er als ÖBA zu überprüfen hätte und für deren Ausführung er gewerberechtlich und fachlich verantwortlich sei. Breits aus der gesetzlich normierten Überwachungspflicht des Paragraph 39, GewO würde sich ein nicht überbrückbarer Interessenskonflikt ergeben. M*** sei gesetzlich verpflichtet, die einwandfreie fachliche Ausführung der Leistungen der A*** zu überwachen. Diese Überwachungstätigkeit

erstrecke sich natürlich auch auf die ausschreibungsgegenständliche ÖBA- Tätigkeit. Auch für diese Leistung sei M*** gewerberechtlich und somit fachlich verantwortlich. Diese Überwachungstätigkeiten bei der A*** stünden in einem klaren Interessenskonflikt zu den Planungstätigkeiten der B***, deren Tätigkeiten er als ÖBA zu überprüfen hätte und für deren Ausführung er gewerberechtlich und fachlich verantwortlich sei.

Die Ausscheidensentscheidung gründe sich auf die Personalunion des M*** als Geschäftsführer der mit der Planung beauftragten B*** und als Geschäftsführer der A***, welche sich als ÖBA beworben habe. Die genannten Unternehmen seien durch die Person des Geschäftsführers "verbunden". Dies werde auch dadurch bestätigt, dass beide Unternehmen über dieselbe Geschäftsanschrift verfügen würden. M*** müsste seine eigenen Leistungen, für die er fachlich verantwortlich sei, überprüfen.

Zur mangelhaften Aufklärung:

Die Antragstellerin habe hiezu am 4. Mai 2012 - in unzureichender Weise - Stellung genommen. Deren Aufklärung entbehre insbesondere einer nachvollziehbaren Aufklärung, als diese klar der GewO widerspreche. Nach § 39 GewO sei der gewerberechtliche Geschäftsführer verpflichtet, die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes sicher zu stellen und müsse ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb Beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger, Arbeitnehmer sein. Die Antragstellerin habe hiezu am 4. Mai 2012 - in unzureichender Weise - Stellung genommen. Deren Aufklärung entbehre insbesondere einer nachvollziehbaren Aufklärung, als diese klar der GewO widerspreche. Nach Paragraph 39, GewO sei der gewerberechtliche Geschäftsführer verpflichtet, die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes sicher zu stellen und müsse ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb Beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger, Arbeitnehmer sein.

Die Behauptung, dass M*** keine Funktion innerhalb der A*** besitze, widerspreche somit klar dem Wortlaut des § 39 GewO. Die Behauptung, dass M*** keine Funktion innerhalb der A*** besitze, widerspreche somit klar dem Wortlaut des Paragraph 39, GewO.

Die Antragstellerin habe in ihrem Aufklärungsschreiben auch keine Maßnahmen angeführt, welche eine Beeinträchtigung der Interessen des Bauherrn trotz der Personalunion des M*** ausschließen würden.

Zur Bieteranfrage:

Die Antragstellerin habe eine Bieteranfrage des Inhalts gestellt, ob sich die Unvereinbarkeitsmatrix auf die Unternehmen der ersten und der zweiten Planungsstufe beziehen würden. Es sei festzuhalten, dass der Beauftragung der B*** mit der Detailplanung bereits ein Planungsauftrag (1. Planungsstufe) vorangegangen sei. Der Auftrag an die B*** vom 14. Dezember 2011 (2. Planungsstufe) baue auf diesem früheren Planungsauftrag auf.

Der Auftraggeber habe mit der Fragebeantwortung klargestellt, dass lediglich der gegenständliche Planer (nämlich die B***) von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen sei, nicht jedoch der Planer der ersten Planungsstufe.

Aus der Beantwortung der Bieteranfrage sei klar ersichtlich, dass sich die Unvereinbarkeitsmatrix auf das gegenständliche Vertragsverhältnis (mit der B***) beziehe. Im gegenständlichen Fall führe der Planer B*** die Detail- und die Ausschreibungsplanung durch, welche der zukünftige ÖBA- Auftragnehmer zu kontrollieren und zu prüfen habe.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 13. Juni 2012 erklärte der Auftraggeber (Frau O***) über Befragen, ob der Auftraggeber an allen drei Ausscheidensgründen festhalte, dass der Ausscheidensgrund "Vorarbeitenproblematik" nicht aufrecht erhalten werde. Die beiden übrigen Ausscheidensgründe würden jedoch sehr wohl aufrecht erhalten werden.

Der Auftraggeber habe in den letzten Tagen die Zuschlagsentscheidung vorbereitet, diese jedoch noch nicht bekannt gegeben. Aus der entsprechenden Bewertung ergebe sich, dass die Antragstellerin an zweiter Stelle gereiht sei. O*** übergab die zwischenzeitig erfolgte Angebotsbewertung zur Einsichtnahme an die Antragstellerin. Diese - nunmehr vertreten durch X*** (RA P***) - erklärte, davon überrascht zu sein und im Augenblick dazu nicht Stellung nehmen zu können. Der Nachprüfungsantrag werde nicht zurückgezogen.

Über Befragen erklärte RA P***, dass die Antragstellerin bei ihren Vorbringen und ihren Anträgen wie bisher bleibe.

Über Befragen erklärte GF L***, dass M*** gewerberechtlicher Geschäftsführer der A*** sei. Den Bestellungsvertrag

des M*** vom 24.10.2008 habe er (GF L***) unterzeichnet. Die Rechte und Pflichten des gewerberechtlichen GF würden sich aus § 39 GewO ergeben. Dies bedeute, dass M*** auch eine Anordnungsbefugnis habe, wie dies § 39 Abs 2 GewO vorsehe. RA P*** erläuterte, dass M*** als gewerberechtlicher Geschäftsführer keinen Einfluss auf die Geschäftsgebarung der A*** habe. Er erfülle lediglich die vom Gesetz vorgegebenen Minimalanforderungen eines gewerberechtlichen Geschäftsführers. Über Befragen erklärte GF L***, dass M*** gewerberechtlicher Geschäftsführer der A*** sei. Den Bestellungsvertrag des M*** vom 24.10.2008 habe er (GF L***) unterzeichnet. Die Rechte und Pflichten des gewerberechtlichen GF würden sich aus Paragraph 39, GewO ergeben. Dies bedeute, dass M*** auch eine Anordnungsbefugnis habe, wie dies Paragraph 39, Absatz 2, GewO vorsehe. RA P*** erläuterte, dass M*** als gewerberechtlicher Geschäftsführer keinen Einfluss auf die Geschäftsgebarung der A*** habe. Er erfülle lediglich die vom Gesetz vorgegebenen Minimalanforderungen eines gewerberechtlichen Geschäftsführers.

O*** erklärte, dass die Unvereinbarkeitsmatrix im Sinne der Transparenz für die Bieter in die Ausschreibung aufgenommen worden sei. Zweck sei, Interessenskonflikte hintan zu halten und zu vermeiden. Unter "dem gegenständlichen Projekt" sei die VBA Linz als Ganzes zu verstehen. Unter dem Terminus "bestehende Vertragsverhältnisse" sei z.B. der Auftrag an die B*** zu verstehen. Unter dem Terminus "die hier ausgeschriebene Leistung" sei die ÖBA zu verstehen. Unter "projektbezogene Dienstleistung" seien (zumindest) sämtliche in der gegenständlichen Matrix angeführten Leistungen zu verstehen. Unter "einem Projekt" sei das Projekt VBA Linz zu verstehen.

Über Befragen, unter welcher Abkürzung in der Matrix die Leistungen der B*** zu subsumieren seien, erklärte O***, dass der Auftrag der B*** unter die Abkürzung "BauDP" zu subsumieren sei. Dies stelle in der Matrix - gekennzeichnet durch das Symbol "x" - den gegenständlichen Interessenskonflikt mit der ÖBA dar.

RA P*** erklärte hiezu, dass vom Auftraggeber belegt werden müsse, dass die B*** mit der Detailplanung/Ausführungsplanung für AN Bau (BauDP) beauftragt gewesen sei.

In der Folge legte O*** den Auftrag an die B*** vom 14.12.2011 vor, welcher mit "Detailplanung" betitelt ist. Inhalt des Auftrages seien gem. Pos. 1 "Leistungen VBA Linz Detailplanung" und gem. Pos. 2 "Leistungen VBA Linz Ausschreibungsplanung".

GF L*** bestritt, dass der Auftrag der B*** in der Matrix unter die Abkürzung "BauDP" falle. Hierbei handle es sich um vom Auftragnehmer beauftragte Leistungen. Wenn die Matrix nicht exakt formuliert sei bzw. etwas anderes gemeint sei, so sei dies ein Problem des Auftraggebers.

O*** brachte vor, dass die B*** im gegenständlichen Projekt die Bauausschreibung erstelle. Der Fertigstellungstermin sei mit einem Pönaletermin versehen. Der gegenständliche Auftragnehmer "ÖBA" habe im Leistungsbild diese Ausschreibung inkl. der Vollständigkeit der Ausschreibungsunterlagen, zu prüfen.

RA P*** entgegnete, dass Hauptpflicht die örtliche Bauaufsicht und die technische Bauaufsicht vertragsgegenständlich seien, nicht jedoch die von der ASFINAG nunmehr "hineinreklamierte" Gesamtprüfung des Projektes. Ebenso wenig bestehe eine alleinige Prüfpflicht der Ausschreibungsunterlagen durch den AN der ÖBA, sondern finde diese vielmehr gemeinsam mit den Vertretern der ASFINAG und der "BK-P" statt.

O*** erklärte, dass laut dem Leistungsbild in Teil D.3.2 Erweiterte Leistungsbeschreibung, die ÖBA die Prüfung der Detailplanung und der Bauausschreibung inklusive Ausstellung eines Prüfberichtes zum Inhalt habe. Die Detailplanung und die Ausschreibungsplanung würden von der Fa. B*** erstellt werden.

RA P*** erläutert, dass auf Basis der Erklärung des Auftraggebers die Fa. B*** mit der Ausschreibungs- u. Detailplanung beauftragt worden und die Prüfung dieser Unterlagen auch Gegenstand des Auftragsvolumens der ÖBA sei. Nach wie vor bestehe jedoch keine alleinige Prüfpflicht seitens der ÖBA, da es sich um eine Nebenpflicht im Rahmen der Erweiterung des Auftrages handle.

Herr K*** (ASFINAG Bau Management GmbH) erläuterte, dass die ASFINAG lediglich eine Prüfung dergestalt durchführe, ob der Inhalt des Projektes sich in der Detail- und Ausschreibungsplanung widerspiegle. Nicht jedoch prüfe die ASFINAG die Richtigkeit und Vollständigkeit der Detail- u. Ausschreibungsplanung. Die technische und inhaltliche Prüfung der Planung werde von der ÖBA durchgeführt. Die ÖBA erteile auch die Freigabe der Detail- und Ausschreibungsplanung.

GF L*** erläuterte hiezu, dass die Ausführungen des Hrn. K*** im Großen und Ganzen zutreffend seien. Seiner

Erfahrung nach prüfe jedoch der Auftraggeber üblicherweise auch in technischer Hinsicht.

Über Befragen, ob die ÖBA die ordnungsgemäße Planung zu überprüfen habe, wurde dies von GF L*** bejaht. Die B*** sei an der Erarbeitung der Detail- und Ausschreibungsplanung unmittelbar beteiligt gewesen.

Über Befragen erklärte GF L*** weiters, dass es eine erste Planungsstufe gegeben habe. Im Zuge der Redimensionierung des Projektes habe in einer zweiten Stufe die B*** den Auftrag erhalten. Die B*** sei somit Planer in der zweiten Planungsstufe.

Herr K*** brachte vor, dass die Planungstätigkeit der B*** mittlerweile abgeschlossen sei.

Über Befragen erklärte GF L***, dass die Matrix in der gegenständlichen Form keine Klarheit schaffe. Unklar sei vor allem gewesen, ob der Planer der ersten Stufe oder/und jener der zweiten Stufe am Vergabeverfahren "ÖBA" nicht teilnehmen dürfe. Die Matrix lasse nach wie vor einen großen Interpretationsspielraum für den Auftraggeber zu. Hintergrund seiner Bieteranfrage sei gewesen, dass nicht auszuschließen gewesen wäre, dass der Planer der ersten Stufe beim Verfahren ÖBA durch sein Vorwissen gewisse Vorteile hätte haben können. Die Antwort des Auftraggebers auf seine Bieteranfrage sei mehrdeutig gewesen. Dies deshalb, da einerseits vom "gegenständlichen Planer" gesprochen werde und andererseits die Formulierung verwendet werde "der die Planung durchgeführt hat". Das Wort "hat" deute darauf hin, dass diese Planung bereits abgeschlossen gewesen sei, als sich die A*** für die ÖBA beworben habe. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen. Die Planung sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen gewesen.

Herr K*** erläuterte, dass die Planung seitens B*** zum Zeitpunkt der Angebotslegung der A*** noch nicht abgeschlossen gewesen sei.

GF L*** erklärte, dass seiner Ansicht nach kein Interessenskonflikt vorliege; dies sowohl von der Matrix her als auch vom Aufgabenumfang des gewerberechtlichen Geschäftsführers nach der GewO.

A*** und B*** seien keine verbundenen Unternehmern iSd § 228 UGB iVm § 2 Z 39 BVergG. Die beinahe idente Anschrift sei Resultat des engen Anbietermarktes. A*** und B*** seien keine verbundenen Unternehmern iSd Paragraph 228, UGB in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 39, BVergG. Die beinahe idente Anschrift sei Resultat des engen Anbietermarktes.

Über Befragen erklärte Herr K***, dass u.a. folgende Punkte der Leistungsbeschreibung Teil D.3 einen Interessenskonflikt der ÖBA mit der Planung darstellen würden:

- -Strichaufzählung
Pkt. 3.2.1.8

GF L*** erläuterte zu Pkt. 3.2.1.8, dass dies seiner Meinung nicht richtig sei. Richtig sei viel mehr, dass die ÖBA die Ausschreibung und Planung prüfe und das Projekt im Rahmen der Ausführung koordiniere. Die ÖBA koordiniere aber nicht den Planer.

Herr K*** brachte diesbezüglich vor, dass die Begleitung des Bauverfahrens vom Planer begleitet werde und von der ÖBA zu koordinieren sei. Alle Auftragnehmer im Projekt würden von der ÖBA koordiniert werden.

RA P*** bestritt die Ausführungen des K*** und brachte vor, dass es selbstverständlich im Interesse des Auftraggebers gelegen sei, alle Gewerke möglichst lange und vor allem überschneidend einzubinden; dies schon aus haftungsrechtlichen Überlegungen heraus. Dies bedeute jedoch nicht, dass ÖBA automatisch in eine Kollisionsstellung gelange. Wenn der Planer eine begleitende Tätigkeit auszuführen habe, und in diesem Zeitraum sich Problemstellungen ergeben, die er im Zuge dieser Tätigkeit erkennen könne oder erkennen hätte müssen, gelange der Auftraggeber in die Position eines weiteren Haftungstatbestandes. Dies bedeutet jedoch nicht, dass daraus eine Kollisionsstellung zu den anderen Gewerken resultiere. Dies sei eine Tätigkeit der Projektsteuerung.

Herr L*** brachte vor, dass eine Koordinierung des Planers bei der Erstellung der Ausschreibungsplanung seitens der ÖBA nicht möglich sei, da die ÖBA erst bei Abschluss der Planung zum Projekt stoße, um die Ausschreibungsplanung gemäß Vertrag zu prüfen.

- -Strichaufzählung
Pkt. 3.2.3.3.

GF L*** brachte zu Pkt. 3.2.3.3 vor, dass die in diesem Pkt. vorgesehene Tätigkeit von der ÖBA durchgeführt werde.

RA P*** stellte klar, dass die wesentliche Frage in diesem Verfahren die Position des gewerberechtl. Geschäftsführers sei.

Aufgrund des Vorbringens der Parteien, des Inhaltes des Vergabeaktes und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 13. Juni 2012 wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Die B*** (in der Folge B***) hatte den Auftrag zur Erstellung der Detailplanung und Ausführungsplanung/Ausschreibungsplanung im Projekt Verkehrsbeeinflussungsanlage VBA Linz, Grundausrüstung VBA Linz, A1, A7, A8, A9, A25, Detailplanung (vgl. Vorbringen des Auftraggebers; GF L*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 6; nachstehende Auftragserteilung an B*** vom 14.12.2011). Die B*** (in der Folge B***) hatte den Auftrag zur Erstellung der Detailplanung und Ausführungsplanung/Ausschreibungsplanung im Projekt Verkehrsbeeinflussungsanlage VBA Linz, Grundausrüstung VBA Linz, A1, A7, A8, A9, A25, Detailplanung vergleiche Vorbringen des Auftraggebers; GF L*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 6; nachstehende Auftragserteilung an B*** vom 14.12.2011).

Die Auftragsbestätigung der ASFINAG vom 14.12.2011 betreffend die Beauftragung der B*** hat folgenden Inhalt:

Verkehrsbeeinflussungsanlage VBA Linz,

Grundausrüstung VBA Linz

A1, A7, A8, A9, A25

Detailplanung

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir beauftragen Sie mit den im Betreff angeführten Leistungen basierend auf der Ausschreibung "Verkehrsbeeinflussungsanlage VBA Linz, Grundausrüstung VBA Linz, A1, A7, A8, A9, A25, Detailplanung" und Ihrem Angebot vom 24.10.2011.

[...].

Pos 1. Leistungen VBA Linz Detailplanung

Pos 1.1 Übergreifende Leistungen

[...]

Pos 1.2 Erhebung Planunterlagen

[...]

Pos 1.3 Betrieb

[...]

Pos 1.4 Wirtschaftlichkeit

[...]

Pos 1.5 Infrastruktur

[...]

Pos 2 Leistungen VBA Linz Ausschreibungsplanung

Pos 2.1. Vorbereitung Einreichunterlagen

[....]

Pos 2.2 Erarbeitung Ausschreibungsunterlagen

[....]

Pos 2.3 Vergabeverfahren, Baubegleitung

Die B*** ist Planerin der 2. Planungsstufe (übereinstimmende Angaben des Auftraggebers und der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung).

M*** ist handelsrechtlicher und gewerberechtlicher Geschäftsführer der B*** (vgl Firmenbuchauszug des LG St. Pölten vom 24.5.2012).M*** ist handelsrechtlicher und gewerberechtlicher Geschäftsführer der B*** vergleiche Firmenbuchauszug des LG St. Pölten vom 24.5.2012).

M*** ist auch gewerberechtlicher Geschäftsführer der A*** [(in der Folge A***); Auszug aus dem zentralen Gewereregister REG: XXX, REGNR: XXXXXXXX vom 15.6.2012; siehe auch nachstehenden Vertrag vom 24.10.2008].M*** ist auch gewerberechtlicher Geschäftsführer der A*** [(in der Folge A***); Auszug aus dem zentralen Gewereregister REG: römisch 30 , REGNR: XXXXXXXX vom 15.6.2012; siehe auch nachstehenden Vertrag vom 24.10.2008].

Vertrag über die Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer der A***:

Abgeschlossen mit Herrn

M***

Wohnhaft in XXXXXXXX

1. 1.Ziffer eins

Wirksamkeit des Vertrages/Aufgabenbereich

Die Wirksamkeit beginnt ab dem Tag der Unterfertigung der beiden Parteien. Zu Ihren Aufgaben zählt ausschließlich die sich aus Ihrer Funktion als gewerberechtlicher Geschäftsführer im Sinne des § 39 GewO 1994 ergebenden Verpflichtungen.Die Wirksamkeit beginnt ab dem Tag der Unterfertigung der beiden Parteien. Zu Ihren Aufgaben zählt ausschließlich die sich aus Ihrer Funktion als gewerberechtlicher Geschäftsführer im Sinne des Paragraph 39, GewO 1994 ergebenden Verpflichtungen.

1. 2.Ziffer 2

Pflichten

Sie beachten alle betrieblichen Ordnungsvorschriften und kommen Ihren Dienstpflichten, entsprechend den jeweiligen Richtlinien, nach.

1. 3.Ziffer 3

Dienstort

Ihr gewöhnlicher Dienstort befindet sich in XXXXXXXX.

1. 4.Ziffer 4

Arbeitszeit

Vereinbart wird eine Wochenarbeitszeit von 20,00h. M*** ist berechtigt, den Leistungszeitraum frei zu bestimmen. [...].

Für die A*** hat diesen Vertrag GF L*** unterfertigt (eigene Angaben GF L*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 4).

Die A*** ist Bieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren zur Erlangung des Auftrages Örtliche Bauaufsicht (ÖBA). Die A*** verfügt über die Gewerbeberechtigungen "Technische Büros - Ingenieurbüros (Beratende Ingenieure) auf dem Fachgebiet Elektrotechnik", "Handelsgewerbe", "Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik", "Elektrotechnik" und "Erdbewegungsarbeiten, für die statische Kenntnisse nicht erforderlich sind (Deichgräber)" (vgl Auszüge aus dem zentralen Gewereregister vom 15.6.2012).Die A*** ist Bieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren zur Erlangung des Auftrages Örtliche Bauaufsicht (ÖBA). Die A*** verfügt über die Gewerbeberechtigungen "Technische Büros - Ingenieurbüros (Beratende Ingenieure) auf dem Fachgebiet Elektrotechnik", "Handelsgewerbe", "Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik", "Elektrotechnik" und "Erdbewegungsarbeiten, für die statische Kenntnisse nicht erforderlich sind (Deichgräber)" vergleiche Auszüge aus dem zentralen Gewereregister vom 15.6.2012).

Die Örtliche Bauaufsicht umfasst gegenständlich die in Teil D.3 Leistungsbeschreibung angeführten Leistungen.

Beispielhafter Auszug aus Teil D.3 "Leistungsbeschreibung":

3.2.1.18 Prüfung der Regie-, Abschlags- und Schlussrechnungen sowohl von Planungsleistungen Bauleistungen Lieferleistungen als auch von Nebenleistungen sowie Weiterleitung der mit dem Prüfvermerk versehenen Rechnungen an den Projektleiter zur Zahlung.

3.2.1.25 Freigabe der Ausführungspläne nach eingehender Prüfung [...].

3.2.1.30 Die Verpflichtung des Planverfassers, Abweichungen vom Bausoll zu deklarieren, erfordert auch Leistungen durch die ÖBA, die im Angebot gern. dem nachfolgend beigelegten Auszug aus dem Leistungsbild der technischen Planer zu berücksichtigen sind (Organisation, Koordination, Bestätigung im Sinne der solidarischen Haftung). Die Festhaltungen der Planer sind durch die ÖBA, im Sinne ihrer solidarischen Haftung zu überprüfen und vor der Freigabe gegenzuzeichnen.

3.2.3.3 Die ÖBA hat die Vollständigkeit und Richtigkeit der Ausschreibungen zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere für nicht durch die Planer erfasste, jedoch erforderliche Objekte (z.B. an Schnittstellen von Planern, Kleinobjekte etc.) und Nebenleistungen. Die ÖBA hat zu prüfen, ob etwaige bauliche Notwendigkeiten unberücksichtigt geblieben sind.

3.2.3.13 Die Ausschreibung ist im Sinne einer solidarischen Haftung sowohl vom Planer als auch der ÖBA zu überprüfen und freizugeben (Bestätigung der Ausschreibungsreife). Diese solidarische Verantwortung wird gemäß LV auch vergütet. Im Falle einer Prüfung hat die ÖBA die Unterlagen im Sinne eines "ordentlichen Kaufmanns" und entsprechend ihrem technischen Sachverstand detailliert zu prüfen. Durch diese Prüfung haftet die ÖBA jedenfalls für das Prüfergebnis und damit auch für die Erreichung der allgemeinen Ziele des ÖBA Auftrages (Umsetzung des Projektes zur vorgegebenen Zeit, Kosten und Erreichung der vorgegebenen Qualität).

Die Ausschreibung enthält weiters folgende Regelung:

Punkt 1.1.22, Teil D.1. Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, lautet:

D.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen

Dienstleistungen

1.1.22 Eignungskriterien

Interessenskonflikte

Wir weisen Sie darauf hin, dass aufgrund bestehender Vertragsverhältnisse bei dem gegenständlichen Projekt Interessenskonflikte und Unvereinbarkeiten vorliegen können, die zum Ausschluss vom Vergabeverfahren bzw. zum Ausscheiden des Angebotes führen. Dies gilt insbesondere für prüfende und kontrollierende Tätigkeiten, die die hier ausgeschriebene Leistung betreffen.

Für alle projektbezogenen Dienstleistungen gilt:

Vereinbarkeit von Dienstleistungen in einem Projekt

Die gegenständliche Matrix "der Vereinbarkeiten von Dienstleistungen" stellt einen wesentlichen Bestandteil zur Sicherung des freien, fairen und lauternden Wettbewerbes dar und schließt aus Sicht des AG Unvereinbarkeiten infolge von potentiellen Interessenskonflikten aus.

Sie bezieht sich jeweils auf ein Projekt und betrifft sowohl Bieter als auch Bietergemeinschaften, wodurch sie auch die Zulässigkeit von Mitgliedern einer Bietergemeinschaft bzw. ARGE als auch von Subunternehmern regelt.

Nicht darstellbare Tabelle

Sofern eine Leistung nicht untergliedert ist (z.B. einzelne Fachplaner oder Planungsphasen), ist die Vereinbarkeit untereinander gegeben.

Sofern eine Leistung in der obigen Matrix nicht enthalten ist, ist diese hinsichtlich möglicher Interessenskonflikte und Unvereinbarkeiten sinngemäß zu beurteilen.

Am 3.4.2012 stellte die Antragstellerin folgende Bieteranfrage:

Sind die Unternehmen aus der 1. und 2. Planungsstufe vom gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen? Dies geht aus der angeführten Matrix nicht hervor.

Am 6.4.2012 übermittelte der Auftraggeber folgende Antwort:

Nur der ggst. Planer welcher die Detailplanung- und Ausschreibungsplanung durchgeführt hat, ist laut Matrix vom ggst. Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Das Aufklärungsersuchen des Auftraggebers vom 26.4.2012 hat folgenden Inhalt:

[...]. Weiters ersuchen wir Sie, den Umstand aufzuklären, dass der Geschäftsführer der A*** ident mit dem Geschäftsführer der B*** ist, und somit nach Pkt. 1.1.22 Eignungskriterien ein Interessenskonflikt vorliegt.

Am 4.5.2012 nahm die Antragstellerin hiezu wie folgt Stellung:

Herr M*** stellt ausschließlich das Gewerbe zur Verfügung, und ist somit ausschließlich als gewerberechtlicher Geschäftsführer im Mitgliederverzeichnis der WKO eingetragen. Im Firmenbuchauszug ist ersichtlich, dass die handelsrechtlichen Geschäftsführer Herr L*** (vertritt seit 24.10.2008 selbständig) und Herr J*** (vertritt seit 01.03.2011 selbständig) sind. Herr M*** besitzt weder rechtlich noch seitens der handelsrechtlichen Geschäftsführung die Befugnis zur Ausübung einer Funktion innerhalb der A***. Somit besteht hier kein Interessenskonflikt. Weiters handelt es sich zwischen der A*** und der B*** um rechtlich getrennte Unternehmen.

Das Angebot der Antragstellerin wurde am 10.5.2012 ausgeschieden. Die Ausscheidensentscheidung hat folgenden Inhalt:

Nach erfolgter Prüfung war Ihr Angebot aus folgendem Grund auszuscheiden:

- -Strichaufzählung
Das Angebot den Ausschreibungsbestimmungen gemäß Teil D.1 Pkt. 1.1.22 widerspricht (Interessenskonflikt)
- -Strichaufzählung
Ihre Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt
- -Strichaufzählung
Eine Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs. 5 BVergG 2006 ausgeschlossen istEine Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 ausgeschlossen ist

Die Ausscheidensentscheidung begründet sich wie folgt:

1 Sachverhalt:

In den Ausschreibungsunterlagen haben wir im Pkt. 1.1.22 im Teil D.1 ausdrücklich festgelegt, dass aufgrund bestehender Vertragsverhältnisse bei dem gegenständlichen Projekt Interessenskonflikte und Unvereinbarkeiten vorliegen können, die zum Ausschluss vom Vergabeverfahren bzw. zum Ausscheiden des Angebotes führen. Dies gilt insbesondere für prüfende und kontrollierende Tätigkeiten, die die hier ausgeschriebene Leistung betreffen.

Für alle projektbezogenen Dienstleistungen gilt darüber hinaus noch die in diesem Punkt beigefügte "Unvereinbarkeitsmatrix".

Im Zuge der Prüfung der Angebote haben wir festgestellt, dass Herr M*** Geschäftsführer bei der A*** als auch Geschäftsführer des Unternehmens B***.

Das Unternehmen B*** war mit der Planung der VBA Linz beauftragt, im gegenständlichen Vergabeverfahren hat das Unternehmen A*** ein Angebot abgegeben.

Wie bereits aus den Ausschreibungsunterlagen klar hervorgeht (siehe Pkt. 1.1.22 im Teil D.1 der Ausschreibungsunterlagen) ist die Ausführung von prüfenden und kontrollierenden Tätigkeiten nicht gestattet. Aus der Unvereinbarkeitsmatrix geht klar hervor, dass Planungstätigkeiten und die Ausführung von ÖBA-Tätigkeiten in einem Projekt nicht zulässig sind.

Aufgrund der Personalunion des Geschäftsführers M*** muss davon ausgegangen werden, dass aufgrund des bestehenden Vertragsverhältnisses (Planertätigkeit), Interessenkonflikte und Unvereinbarkeiten vorliegen, die zum Ausschluss des Angebotes führen.

1. 2.Ziffer 2
Aufklärung

[...].

Sie haben dazu am 04.05.2012 wie folgt Stellung genommen [Unterstreichungen

nicht im Original]:

[...].

1. 3.Ziffer 3

Rechtlich folgt daraus:

3.1 Das Angebot widerspricht den Bestimmungen der Ausschreibung

Die Aufklärung, wonach Herr M*** der Fa. A*** lediglich das Gewerbe zur Verfügung steht und ansonsten keine Funktionen im Unternehmen ausführt, kann nicht nachvollzogen werden bzw. widerspricht den Bestimmungen der Gewerbeordnung.

Gemäß §39 GewO besitzt ein Geschäftsführer für die Ausübung seines Gewerbes eine selbstständige Anordnungsbefugnis, muss der Erteilung der Anordnungsbefugnis und seiner Bestellung nachweislich zugestimmt haben (siehe Abs. 2) und ist ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer (siehe Abs. 2 Ziffer 2). Gemäß §39 GewO besitzt ein Geschäftsführer für die Ausübung seines Gewerbes eine selbstständige Anordnungsbefugnis, muss der Erteilung der Anordnungsbefugnis und seiner Bestellung nachweislich zugestimmt haben (siehe Absatz 2,) und ist ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer (siehe Absatz 2, Ziffer 2).

Infolgedessen ist Herr M*** in beiden Unternehmen als Geschäftsführer tätig.

Die B*** war mit Planungstätigkeiten in diesem Projekt beauftragt. Die A*** soll nun in ihrer ÖBA-Funktion diese Tätigkeiten kontrollieren bzw. prüfen. Herr M*** ist in beiden Unternehmen tätig. Diese Konstellation stellt einen Interessenkonflikt dar. Im Teil D.1 Pkt. 1.1.22 führen Interessenskonflikte, welche sich aufgrund von kontrollierenden und planenden Tätigkeiten ergeben zum Ausschluss des Angebotes. Zumal auch nach der Unvereinbarkeitsmatrix Planertätigkeiten und ÖBA-Tätigkeiten nicht zulässig sind.

Ihr Angebot ist gemäß Teil D1 Pkt. 1.1.22 bzw. §129 Abs. 1 Ziffer 7 auszuschneiden. Ihr Angebot ist gemäß Teil D1 Pkt. 1.1.22 bzw. §129 Absatz eins, Ziffer 7 auszuschneiden.

3.2. Mangelhafte Aufklärung

Die von Ihnen getätigte Aufklärung, dass Herr M*** weder rechtlich noch seitens der handelsrechtlichen Geschäftsführung die Befugnis zur Ausübung einer Funktion innerhalb der A*** besitzt, kann nicht nachvollzogen werden, da sie klar den Bestimmungen der GewO §39 widerspricht. Daher entbehrt ihre Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung und ist auch gemäß §129 Abs. 2 auszuschneiden. Die von Ihnen getätigte Aufklärung, dass Herr M*** weder rechtlich noch seitens der handelsrechtlichen Geschäftsführung die Befugnis zur Ausübung einer Funktion innerhalb der A*** besitzt, kann nicht nachvollzogen werden, da sie klar den Bestimmungen der GewO §39 widerspricht. Daher entbehrt ihre Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung und ist auch gemäß §129 Absatz 2, auszuschneiden.

3.3. Vorarbeitenproblematik

[...].

Aus all diesen Gründen ist Ihr Angebot auszuschneiden.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37; 23.3.2012, N/0027-BVA/04/2012-30; 21.5.2012, N/0052-BVA/07/2012-EV8 u.a.). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist

die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37; 23.3.2012, N/0027-BVA/04/2012-30; 21.5.2012, N/0052-BVA/07/2012-EV8 u.a.).

Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt im Oberschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Ausscheidensentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Ausscheidensentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG.

Die Ausscheidensentscheidung wurde der Antragstellerin am 10.5.2012 bekannt gegeben. Der Nachprüfungsantrag wurde am 15.5.2012 eingebracht, ist beim BVA am 18.5.2012 eingelangt und somit rechtzeitig.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden noch wurde das Verfahren widerrufen. Der Zuschlag wurde nicht erteilt.

II. Anwendbare Rechtslage:römisch zwei. Anwendbare Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG 2006) wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der §§ 52 Abs. 1 und 2, 55 Abs. 2 bis 6, 216 Abs. 1 und 2 und 219 Abs. 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1.4.2012, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG 2006) wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und 219 Absatz 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1.4.2012, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs. 15 Z 3 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr 10/2012 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 10/2012 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem Nachprüfungsantrag zugrundliegenden Vergabeverfahrens, das Ende Februar 2012 - und somit vor dem 1.4.2012 - eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVergG 2006) heranzuziehen hat. Da der gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0054- BVA/09/2012 am 18.5.2012 protokollierte Nachprüfungsantrag nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurde, sind auf das Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 (BVergG) anzuwenden. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem Nachprüfungsantrag zugrundliegenden Vergabeverfahrens, das Ende Februar 2012 - und somit vor dem 1.4.2012 - eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVergG 2006) heranzuziehen hat. Da der gegenständliche, beim

Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0054- BVA/09/2012 am 18.5.2012 protokollierte Nachprüfungsantrag nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurde, sind auf das Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, (BVergG) anzuwenden.

III. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch drei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Der Auftraggeber brachte vor, dass das Angebot der Antragstellerin den Ausschreibungsbestimmungen gemäß Teil D.1, Pkt 1.1.22 widerspreche (Interessenskonflikt) und die Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehre. Aus diesen Gründen sei das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Den Ausscheidensgrund "Vorarbeitenproblematik" (§ 20 Abs 5 BVergG) nahm der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung zurück. Der Auftraggeber brachte vor, dass das Angebot der Antragstellerin den Ausschreibungsbestimmungen gemäß Teil D.1, Pkt 1.1.22 widerspreche (Interessenskonflikt) und die Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehre. Aus diesen Gründen sei das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Den Ausscheidensgrund "Vorarbeitenproblematik" (Paragraph 20, Absatz 5, BVergG) nahm der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung zurück.

Die Antragstellerin bestritt das Vorliegen eines Interessenskonfliktes und einer nicht nachvollziehbaren Aufklärung (siehe deren Vorbringen inkl deren Ausführungen in der mündlichen Verhandlung; Sachverhaltsfeststellungen).

Zum Interessenskonflikt:

M*** ist gewerberechtlicher Geschäftsführer der A*** und handelsrechtlicher und gewerberechtlicher Geschäftsführer der B*** (siehe Sachverhalt).

Gemäß § 9 Abs 1 GewO 1994 idgF können juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften Gewerbe ausüben, müssen jedoch einen Geschäftsführer (§ 39) bestellt haben. Gemäß Paragraph 9, Absatz eins, GewO 1994 idgF können juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften Gewerbe ausüben, müssen jedoch einen Geschäftsführer (Paragraph 39,) bestellt haben.

Für eine juristische Person (zB GmbH), die ein Gewerbe nicht persönlich ausüben kann, ist daher die Bestellung eines Geschäftsführers obligatorisch. Dieser hat deren Rechte wahrzunehmen und deren Pflichten zu erfüllen (notwendige Geschäftsführung); [vgl Gruber/Palieg-Barfuß, GewO (11. Erg.-Lfg. 2012) § 9 Anm 20]. Für eine juristische Person (zB GmbH), die ein Gewerbe nicht persönlich ausüben kann, ist daher die Bestellung eines Geschäftsführers obligatorisch. Dieser hat deren Rechte wahrzunehmen und deren Pflichten zu erfüllen (notwendige Geschäftsführung); [vgl Gruber/Palieg-Barfuß, GewO (11. Erg.-Lfg. 2012) Paragraph 9, Anmerkung 20].

Nach § 39 Abs 1 GewO 1994 idgF kann der Gewerbeinhaber für die Ausübung seines Gewerbes einen Geschäftsführer bestellen, der dem Gewerbeinhaber gegenüber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und der Behörde (§ 333) gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich ist. [...]. Gemäß Abs 2 leg cit muss der Geschäftsführer den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen entsprechen und in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen, insbesondere eine dem Abs 1 entsprechende, selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen. Er muss der Erteilung der Anordnungsbefugnis und seiner Bestellung nachweislich zugestimmt haben. Handelt es sich um ein Gewerbe, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, so muss der gemäß § 9 Abs 1 zu bestellende Geschäftsführer einer juristischen Person außerdem Nach Paragraph 39, Absatz eins, GewO 1994 idgF kann der Gewerbeinhaber für die Ausübung seines Gewerbes einen Geschäftsführer bestellen, der dem Gewerbeinhaber gegenüber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und der Behörde (Paragraph 333,) gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich ist. [...]. Gemäß Absatz 2, leg cit muss der Geschäftsführer den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen entsprechen und in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen, insbesondere eine dem Absatz eins, entsprechende, selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen. Er muss der Erteilung der Anordnungsbefugnis und seiner Bestellung nachweislich zugestimmt haben. Handelt es sich um ein Gewerbe, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, so muss der gemäß Paragraph 9, Absatz eins, zu bestellende Geschäftsführer einer juristischen Person außerdem

- -Strichaufzählung
dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehören, oder
- -Strichaufzählung

ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein.

Der gewerberechtliche Geschäftsführer ist daher dem Gewerbeinhaber (hier: A***) für die fachlich einwandfreie Gewerbeausübung und der Gewerbebehörde gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich. Diese Verantwortlichkeit ist unabdingbar und kann auch vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Um seine gewerberechtliche Verantwortung wahrnehmen zu können, muss der Geschäftsführer die Befugnis haben, Missstände, die einen Verstoß gegen gewerberechtliche Vorschriften bilden, abzustellen. Der Geschäftsführer muss daher bei Vorliegen eines nicht den gewerberechtlichen Vorschriften entsprechenden Zustandes in der Lage sein, eine Behebung der Mängel zu veranlassen (vgl. Gruber/Paliegge-Barfuß, GewO (11. Erg.-Lfg. 2012) § 39 Anm 48). Der gewerberechtliche Geschäftsführer ist daher dem Gewerbeinhaber (hier: A***) für die fachlich einwandfreie Gewerbeausübung und der Gewerbebehörde gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich. Diese Verantwortlichkeit ist unabdingbar und kann auch vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Um seine gewerberechtliche Verantwortung wahrnehmen zu können, muss der Geschäftsführer die Befugnis haben, Missstände, die einen Verstoß gegen gewerberechtliche Vorschriften bilden, abzustellen. Der Geschäftsführer muss daher bei Vorliegen eines nicht den gewerberechtlichen Vorschriften entsprechenden Zustandes in der Lage sein, eine Behebung der Mängel zu veranlassen (vergleiche Gruber/Paliegge-Barfuß, GewO (11. Erg.-Lfg. 2012) Paragraph 39, Anmerkung 48).

Der Aufgaben- und Verantwortungsbereich des gewerberechtlichen Geschäftsführers setzt somit ein eigeninitiatives, selbstverantwortliches Handeln voraus (vgl. Gruber/Paliegge-Barfuß, GewO (11. Erg.-Lfg. 2012) § 39 Anm 49). Der Aufgaben- und Verantwortungsbereich des gewerberechtlichen Geschäftsführers setzt somit ein eigeninitiatives, selbstverantwortliches Handeln voraus (vergleiche Gruber/Paliegge-Barfuß, GewO (11. Erg.-Lfg. 2012) Paragraph 39, Anmerkung 49).

Der gewerberechtliche Geschäftsführer muss über die Möglichkeit verfügen, erforderlichenfalls eine Missstandsbehebung - etwa durch Weitergabe entsprechender Weisungen an ihm gegenüber weisungsgebundene Arbeitnehmer der Gesellschaft - zu veranlassen. Hierzu bedarf es laut Gesetz der Erteilung einer selbstverantwortlichen Anordnungsbefugnis, der der gewerberechtliche Geschäftsführer auch nachweislich zugestimmt haben muss. Dies ist im vorliegenden Fall erfolgt (siehe Vertrag über die Bestellung des M*** zum gewerberechtlichen Geschäftsführer der A*** vom 24.10.2008; Angaben GF L*** in der mündlichen Verhandlung). M*** erfüllt nach dieser Vereinbarung die gesetzlichen Voraussetzungen des § 39 Abs 2 Z 2 GewO 1994 einschließlich des geforderten Beschäftigungsausmaßes von 20 Wochenstunden. Die A*** verfügt u.a. über eine Gewerbeberechtigung "Technische Büros - Ingenieurbüros (Beratende Ingenieure) auf dem Fachgebiet Elektrotechnik" (vgl. zentrales Gewerbeverzeichnis vom 15.6.2012). Der gewerberechtliche Geschäftsführer muss über die Möglichkeit verfügen, erforderlichenfalls eine Missstandsbehebung - etwa durch Weitergabe entsprechender Weisungen an ihm gegenüber weisungsgebundene Arbeitnehmer der Gesellschaft - zu veranlassen. Hierzu bedarf es laut Gesetz der Erteilung einer selbstverantwortlichen Anordnungsbefugnis, der der gewerberechtliche Geschäftsführer auch nachweislich zugestimmt haben muss. Dies ist im vorliegenden Fall erfolgt (siehe Vertrag über die Bestellung des M*** zum gewerberechtlichen Geschäftsführer der A*** vom 24.10.2008; Angaben GF L*** in der mündlichen Verhandlung). M*** erfüllt nach dieser Vereinbarung die gesetzlichen Voraussetzungen des Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 2, GewO 1994 einschließlich des geforderten Beschäftigungsausmaßes von 20 Wochenstunden. Die A*** verfügt u.a. über eine Gewerbeberechtigung "Technische Büros - Ingenieurbüros (Beratende Ingenieure) auf dem Fachgebiet Elektrotechnik" (vergleiche zentrales Gewerbeverzeichnis vom 15.6.2012).

Die A*** würde im Falle der Durchführung der ÖBA konkret in Ausübung ihrer gewerberechtlichen Befugnisse tätig werden, sodass M*** als gewerberechtlicher Geschäftsführer, der der Gesellschaft hierfür den Befähigungsnachweis zur Verfügung stellt und die gewerberechtliche Verantwortung innehat, hierbei eine maßgebliche selbstverantwortliche Position zukommen würde. Bei der B*** ist M*** nicht nur gewerberechtlicher Geschäftsführer, sondern darüber hinaus auch handelsrechtlicher Geschäftsführer, der kraft dieser Funktion für das Unternehmen verantwortlich ist und dieses nach außen vertritt. Als geschäftsführungs- und vertretungsbefugtes Organ einer GmbH führt der Geschäftsführer im Innenverhältnis deren Geschäfte und vertritt die Gesellschaft im Außenverhältnis. Ein handelsrechtlicher Geschäftsführer übt somit eine geschäftsleitende Tätigkeit aus.

Die B** hatte den Auftrag zur Erstellung der Detailplanung und Ausführungsplanung/Ausschreibungsplanung im

Gesamt-Projekt Verkehrsbeeinflussungsanlage VBA Linz, Grundausstattung VBA Linz, A1, A7, A8, A9, A25, Detailplanung (vgl. Vorbringen des Auftraggebers; Angaben des GF L*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 6; siehe hierzu die nachstehende Auftragserteilung an B*** vom 14.12.2011 und die Sachverhaltsfeststellungen). Die B** hatte den Auftrag zur Erstellung der Detailplanung und Ausführungsplanung/Ausschreibungsplanung im Gesamt-Projekt Verkehrsbeeinflussungsanlage VBA Linz, Grundausstattung VBA Linz, A1, A7, A8, A9, A25, Detailplanung vergleiche Vorbringen des Auftraggebers; Angaben des GF L*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 6; siehe hierzu die nachstehende Auftragserteilung an B*** vom 14.12.2011 und die Sachverhaltsfeststellungen).

Die Auftragsbestätigung der ASFINAG vom 14.12.2011 betreffend die Beauftragung der B*** hat folgenden Inhalt:

Verkehrsbeeinflussungsanlage VBA Linz,

Grundausstattung VBA Linz

A1, A7, A8, A9, A25

Detailplanung

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir beauftragen Sie mit den im Betreff angeführten Leistungen basierend auf der Ausschreibung "Verkehrsbeeinflussungsanlage VBA Linz, Grundausstattung VBA Linz, A1, A7, A8, A9, A25, Detailplanung" und Ihrem Angebot vom 24.10.2011.

[...].

Pos 1. Leistungen VBA Linz Detailplanung

[...].

Pos 2 Leistungen VBA Linz Ausschreibungsplanung

[...].

Dies stellt auch die Antragstellerin selbst nicht in Abrede, indem deren Rechtsvertreter in der mündlichen Verhandlung explizit zu Protokoll gab, dass auf Basis der Erklärung des Auftraggebers die Fa. B*** mit der Ausschreibungs- und Detailplanung beauftragt worden sei (siehe VH-Schrift Seite 5 letzter Absatz).

Die B*** hatte die Pläne der 1. Planungsstufe im Zuge der Redimensionierung des Projektes zu überarbeiten. Die B*** ist somit Planerin der 2. Planungsstufe (übereinstimmende Angaben des Auftraggebers und der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 6). Die Planungsarbeiten der B*** sind mittlerweile abgeschlossen (vgl. Angaben K*** VH-Schrift Seite 6). Die B*** hatte die Pläne der 1. Planungsstufe im Zuge der Redimensionierung des Projektes zu überarbeiten. Die B*** ist somit Planerin der 2. Planungsstufe (übereinstimmende Angaben des Auftraggebers und der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 6). Die Planungsarbeiten der B*** sind mittlerweile abgeschlossen vergleiche Angaben K*** VH-Schrift Seite 6).

M*** war bei der B*** für die Ausübung der in Rede stehenden Tätigkeiten nicht nur in gewerberechtlicher Hinsicht, sondern als handelsrechtlicher Geschäftsführer, in umfassender Art und Weise verantwortlich. Die A*** - bei der M*** gewerberechtlicher Geschäftsführer ist - ist Bieterin im Verfahren zur Erlangung des Auftrages ÖBA.

Die Örtliche Bauaufsicht umfasst gegenständlich die in Teil D.3 Leistungsbeschreibung angeführten Leistungen.

Beispielhafter Auszug aus Teil D.3 "Leistungsbeschreibung":

3.2.1.18 Prüfung der Regie-, Abschlags- und Schlussrechnungen sowohl von Planungsleistungen Bauleistungen Lieferleistungen als auch von Nebenleistungen sowie Weiterleitung der mit dem Prüfvermerk versehenen Rechnungen an den Projektleiter zur Zahlung.

3.2.1.25 Freigabe der Ausführungspläne nach eingehender Prüfung [...].

3.2.1.30 Die Verpflichtung des Planverfassers, Abweichungen vom Bausoll zu deklarieren, erfordert auch Leistungen durch die ÖBA, die im Angebot gern. dem nachfolgend beigelegten Auszug aus dem Leistungsbild der technischen Planer zu berücksichtigen sind (Organisation, Koordination, Bestätigung im Sinne der solidarischen Haftung). Die

Festhaltungen der Planer sind durch die ÖBA, im Sinne ihrer solidarischen Haftung zu überprüfen und vor der Freigabe gegenzuzeichnen.

3.2.3.3 Die ÖBA hat die Vollständigkeit und Richtigkeit der Ausschreibungen zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere für nicht durch die Planer erfasste, jedoch erforderliche Objekte (z.B. an Schnittstellen von Planern, Kleinobjekte etc.) und Nebenleistungen. Die ÖBA hat zu prüfen, ob etwaige bauliche Notwendigkeiten unberücksichtigt geblieben sind.

3.2.3.12 Die ÖBA erstellt bzw. prüft die Massenermittlung sowie die Massendisposition in nachvollziehbarer Form. Die ÖBA hat sicherzustellen, dass die techn. und rechtl. Vorschriften, Bescheide, Bauzeit- bzw. Verkehrsführungspläne usw. eingehalten werden.

3.2.3.13 Die Ausschreibung ist im Sinne einer solidarischen Haftung sowohl vom Planer als auch der ÖBA zu überprüfen und freizugeben (Bestätigung der Ausschreibungsreife). Diese solidarische Verantwortung wird gemäß LV auch vergütet. Im Falle einer Prüfung hat die ÖBA die Unterlagen im Sinne eines "ordentlichen Kaufmanns" und entsprechend ihrem technischen Sachverstand detailliert zu prüfen. Durch diese Prüfung haftet die ÖBA jedenfalls für das Prüfergebnis und damit auch für die Erreichung der allgemeinen Ziele des ÖBA Auftrages (Umsetzung des Projektes zur vorgegebenen Zeit, Kosten und Erreichung der vorgegebenen Qualität).

Die Ausschreibung wurde innerhalb der in § 321 Abs 4 BVergG vorgesehenen Frist nicht angefochten. Sie ist daher bestandsfest geworden (vgl. VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; 1.3.2007, 2005/04/0239 ua; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 21.4.2011, N/0020-BVA/09/2011-28 uva). Die Versäumung der Frist zur Anfechtung führt zur endgültigen Präklusion. Es ist der Nachprüfungsbehörde verwehrt, die Rechtswidrigkeit solcher bestandskräftig gewordener Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen (hier der Ausscheidensentscheidung), inzident in Prüfung zu ziehen (vgl. Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 321 Rz 9). Die Sanierungswirkung der Präklusionsfrist bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße. Die Ausschreibung wurde innerhalb der in Paragraph 321, Absatz 4, BVergG vorgesehenen Frist nicht angefochten. Sie ist daher bestandsfest geworden vergleiche VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; 1.3.2007, 2005/04/0239 ua; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 21.4.2011, N/0020-BVA/09/2011-28 uva). Die Versäumung der Frist zur Anfechtung führt zur endgültigen Präklusion. Es ist der Nachprüfungsbehörde verwehrt, die Rechtswidrigkeit solcher bestandskräftig gewordener Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen (hier der Ausscheidensentscheidung), inzident in Prüfung zu ziehen vergleiche Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 321, Rz 9). Die Sanierungswirkung der Präklusionsfrist bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße.

Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind in der Folge an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die bestandsfeste Ausschreibung stellt die unabänderliche Grundlage für die Angebotsprüfung und -bewertung dar (vgl. auch BVA 22.6.2005, 03N-35/05-26; BVA 23.9.2011, N/0067- BVA/09/2011-21 u.v.a.). Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter von entscheidender Bedeutung. Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind in der Folge an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die bestandsfeste Ausschreibung stellt die unabänderliche Grundlage für die Angebotsprüfung und -bewertung dar vergleiche auch BVA 22.6.2005, 03N-35/05-26; BVA 23.9.2011, N/0067- BVA/09/2011-21 u.v.a.). Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter von entscheidender Bedeutung.

Dies bedeutet, dass der vorstehend wiedergegebene Leistungsumfang der ÖBA bestandsfest geworden ist und somit maßgeblicher Leistungsinhalt der ÖBA ist.

Der Auftraggeber erblickt in den dargestellten Aufgaben des Auftragnehmers der ÖBA und der Tatsache, dass die B*** im gegenständlichen Projekt (VBA Linz) die Detailplanung und die Ausschreibungsplanung durchgeführt hat, einen Interessenskonflikt iSd Ausschreibung Teil D.1, Punkt 1.1.22 (Matrix). Dies dahingehend, dass M*** sowohl handels- und gewerberechtlicher Geschäftsführer der B*** als auch gewerberechtlicher Geschäftsführer der A*** ist. Die entsprechende Bestimmung in Teil D.3, Punkt 1.1.22, der Ausschreibung lautet:

1.1.22 Eignungskriterien

Interessenskonflikte

Wir weisen Sie darauf hin, dass aufgrund bestehender Vertragsverhältnisse bei dem gegenständlichen Projekt Interessenskonflikte und Unvereinbarkeiten vorliegen können, die zum Ausschluss vom Vergabeverfahren bzw. zum

Ausscheiden des Angebotes führen. Dies gilt insbesondere für prüfende und kontrollierende Tätigkeiten, die die hier ausgeschriebene Leistung betreffen.

Für alle projektbezogenen Dienstleistungen gilt:

Vereinbarkeit von Dienstleistungen in einem Projekt

Die gegenständliche Matrix "der Vereinbarkeiten von Dienstleistungen" stellt einen wesentlichen Bestandteil zur Sicherung des freien, fairen und lautereren Wettbewerbes dar und schließt aus Sicht des AG Unvereinbarkeiten infolge von potentiellen Interessenskonflikten aus.

Sie bezieht sich jeweils auf ein Projekt und betrifft sowohl Bieter als auch Bietergemeinschaften, wodurch sie auch die Zulässigkeit von Mitgliedern einer Bietergemeinschaft bzw. ARGE als auch von Subunternehmern regelt.

Nicht darstellbare Tabelle

Sofern eine Leistung nicht untergliedert ist (z.B. einzelne Fachplaner oder Planungsphasen), ist die Vereinbarkeit untereinander gegeben.

Sofern eine Leistung in der obigen Matrix nicht enthalten ist, ist diese hinsichtlich möglicher Interessenskonflikte und Unvereinbarkeiten sinngemäß zu beurteilen.

Nunmehr ist der Inhalt dieser Ausschreibungsbestimmung zu ermitteln:

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsbestimmungen sind nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren, wie diesen ein durchschnittlicher fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu verstehen hat (vgl. etwa VwGH 1.7.2010, 2006/04/0139; 12.5.2011, 2008/04/0087 unter Berufung auf EuGH 18.10.2001, Rs C- 19/00 SIAC und 17.11.2004, Rs C-448/01 EVN AG & Wienstrom GmbH). Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl. VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007- 20; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 uva.). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsbestimmungen sind nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren, wie diesen ein durchschnittlicher fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu verstehen hat vergleiche etwa VwGH 1.7.2010, 2006/04/0139; 12.5.2011, 2008/04/0087 unter Berufung auf EuGH 18.10.2001, Rs C- 19/00 SIAC und 17.11.2004, Rs C-448/01 EVN AG & Wienstrom GmbH). Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend vergleiche VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007- 20; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 uva.).

Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Bewerber/Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; vgl. auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8) Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Bewerber/Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der

Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; vergleiche auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8).

Objektiver Erklärungswert des Punktes 1.1.22 Teil D.1 der Ausschreibung:

In Punkt 1.1.22 wird einleitend - noch vor der im Anschluss daran wiedergegebenen Unvereinbarkeitsmatrix - allgemein und grundsätzlich festgestellt, dass ein zum Ausschluss vom Vergabeverfahren bzw zum Ausscheiden eines Angebotes führender Interessenskonflikt insbesondere bei prüfenden und kontrollierenden Tätigkeiten, die die ausgeschriebene Leistung betreffen, besteht.

Unter der vom Auftraggeber verwendeten Formulierung "dem gegenständlichen Projekt" ist das Projekt Verkehrsbeeinflussungsanlage VBA Linz inkl Grundausstattung A1, A7, A8, A9, A25, zu verstehen. Dieses Projekt VBA Linz setzt sich aus einer Vielzahl von Leistungen/Aufträgen unterschiedlichen Inhalts zusammen; etwa Projektsteuerung, BauKG, Prüfstatiker, ÖBA, Detailplanung/Ausführungsplanung etc (vgl den Leistungsgegenstand der Matrix; Abkürzungen). Unter der vom Auftraggeber verwendeten Formulierung "dem gegenständlichen Projekt" ist das Projekt Verkehrsbeeinflussungsanlage VBA Linz inkl Grundausstattung A1, A7, A8, A9, A25, zu verstehen. Dieses Projekt VBA Linz setzt sich aus einer Vielzahl von Leistungen/Aufträgen unterschiedlichen Inhalts zusammen; etwa Projektsteuerung, BauKG, Prüfstatiker, ÖBA, Detailplanung/Ausführungsplanung etc vergleiche den Leistungsgegenstand der Matrix; Abkürzungen).

Unter der vom Auftraggeber verwendeten Formulierung "aufgrund bestehender Vertragsverhältnisse" sind die Beauftragungen der Auftragnehmer mit den jeweiligen oben angesprochenen Leistungsteilen, etwa die Beauftragung mit der Leistung ÖBA, BauDP etc, zu verstehen.

Unter der vom Auftraggeber verwendeten Formulierung "die hier ausgeschriebene Leistung" ist das gegenständliche Vergabeverfahren zur Beauftragung der ÖBA zu verstehen.

Der festgestellte objektive Erklärungswert der verwendeten Formulierungen wurde auch über Befragen im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom Auftraggeber bestätigt und von der Antragstellerin nicht bestritten.

Die anschließende Matrix führt die eingangs in Teil D.1, Punkt 1.1.22, normierte Unvereinbarkeitsregelung beispielhaft aus. Selbst im Falle, dass eine Leistung in der obigen Matrix nicht enthalten sein sollte, bedeutet dies noch nicht, dass diese Tätigkeit hinsichtlich eines Interessenskonfliktes unbedenklich wäre. Solche Tätigkeiten wären laut Ausschreibungsanordnung hinsichtlich möglicher Interessenskonflikte und Unvereinbarkeiten nämlich sinngemäß zu beurteilen. Das Symbol "X" bedeutet nach der Legende der Matrix, dass "die entsprechenden Leistungen innerhalb eines Projektes (auch ohne zeitliche Überlappung) unvereinbar sind". Aus dem objektiven Erklärungswert dieser Erläuterung der Matrix ist abzuleiten, dass es für einen Interessenskonflikt bzw eine Unvereinbarkeit von Leistungen innerhalb des Projektes nicht darauf ankommt, ob eine Leistung bereits abgeschlossen ist oder sich noch im Stadium der Durchführung befindet. Wenn sich somit im Schnittpunkt zweier Leistungen - in dem in der Matrix hierfür vorgesehenen "Kästchen" im Schnittpunkt der Horizontal- und Vertikalachse - ein "X" befindet, bedeutet dies nach dem Gesagten, dass es sich bei diesen Leistungen um solche handelt, deren Ausführung durch ein und denselben Bieter bzw ein mit diesem verbundenes Unternehmen nach der bestandsfesten Ausschreibung unvereinbar ist, da ein Interessenskonflikt besteht.

Ein redlicher durchschnittlicher fachkundiger Bieter musste nach dem Gesagten sohin davon ausgehen, dass - sofern sich im Schnittpunkt der Achsen zweier Leistungen innerhalb des Projektes das Symbol "X" befindet - dies dem Erhalt des gegenständlichen ÖBA-Auftrages entgegensteht. Unter anderem findet sich das Symbol "X" wechselseitig (spiegelgleich) für die Bereiche ÖBA und Detailplanung/Ausführungsplanung für AN Bau (BauDP). Dies bedeutet, dass zwischen diesen beiden in die Unvereinbarkeitsmatrix sogar ausdrücklich aufgenommenen Bereichen definitiv ein Interessenskonflikt bzw eine Unvereinbarkeit besteht.

Der Antragstellerin war ihrer Angabe nach der Bedeutungsgehalt der Matrix zunächst unklar. Ihre in der Folge an den Auftraggeber gerichtete Frage, ob sowohl Unternehmer der 1. als auch der 2. Planungsstufe vom ÖBA-Verfahren ausgeschlossen seien, ist jedoch irrelevant, da nach dem objektiven Erklärungswert der bestandsfesten Matrix eine Unvereinbarkeit zwischen den Leistungen ÖBA und Detailplanung/Ausführungsplanung für AN Bau (BauDP) grundsätzlich und allgemein normiert wird, ohne zwischen Planungsstufen zu differenzieren.

GF L*** bestritt zwar in der mündlichen Verhandlung, dass die Tätigkeit der B*** unter den Punkt "Detailplanung/Ausführungsplanung für AN Bau (BauDP)" der Matrix zu subsumieren sei, dies jedoch auf unsubstantiierte Art und Weise. GF L*** führte in diesem Zusammenhang weder aus, aus welchem Grund die Tätigkeiten der B*** nicht unter den genannten Punkt der Matrix zu subsumieren sein sollten, noch war er in der Lage, anzugeben, unter welchen Punkt der Matrix die Tätigkeit der B*** seiner Ansicht nach zu subsumieren sei. In diesem Zusammenhang ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass dies letztlich ohnedies ohne Belang ist, da laut der bestandsfesten Ausschreibung selbst Tätigkeiten im Projekt, die in der Matrix nicht angeführt sein sollten, im Hinblick auf mögliche Interessenskonflikte und Unvereinbarkeiten sinngemäß zu behandeln sind (siehe oben).

Die Behörde geht auch iSd ihr vorliegenden Auftragsbestätigung an die B*** davon aus, dass die B*** den Auftrag "Detailplanung/Ausführungsplanung für AN Bau (BauDP)" ausgeführt hat (vgl. hierzu unten). Die Behörde geht auch iSd ihr vorliegenden Auftragsbestätigung an die B*** davon aus, dass die B*** den Auftrag "Detailplanung/Ausführungsplanung für AN Bau (BauDP)" ausgeführt hat (vergleiche hierzu unten).

Tätigkeiten der ÖBA laut Teil D.3 "Leistungsbeschreibung" auszugsweise:

Prüfung der Regie-, Abschlags- und Schlussrechnungen sowohl von Planungsleistungen Bauleistungen Lieferleistungen als auch von Nebenleistungen sowie Weiterleitung der mit dem Prüfvermerk versehenen Rechnungen an den Projektleiter zur Zahlung.

Die ÖBA hat nach dieser bestandsfesten Bestimmung unter anderem die Schlussrechnung der Planer zu prüfen. Sollte die A*** den Auftrag "ÖBA" erhalten, wäre es somit ihre Aufgabe, die Rechnungen der Planer (zB die Rechnungen der B***) zu überprüfen (zu dem sich daraus ergebenden Interessenskonflikt siehe unten).

3.2.1.25 Freigabe der Ausführungspläne nach eingehender Prüfung [...].

Nach dieser Bestimmung ist es Aufgabe der ÖBA die Ausführungspläne (der B***) zu prüfen und in der Folge über deren Freigabe zu entscheiden (zu dem sich daraus ergebenden Interessenskonflikt siehe unten).

3.2.1.30 Die Verpflichtung des Planverfassers, Abweichungen vom Bausoll zu deklarieren, erfordert auch Leistungen durch die ÖBA, die im Angebot gem. dem nachfolgend beigelegten Auszug aus dem Leistungsbild der technischen Planer zu berücksichtigen sind (Organisation, Koordination, Bestätigung im Sinne der solidarischen Haftung). Die Festhaltungen der Planer sind durch die ÖBA, im Sinne ihrer solidarischen Haftung zu überprüfen und vor der Freigabe gegenzuzeichnen.

Diese Bestimmung verhält den Auftragnehmer der ausgeschriebenen Leistung "ÖBA" diverse Entscheidungen der Planer zu überprüfen und vor deren Freigabe gegenzuzeichnen. Auch hier hat also die ÖBA die korrekte Leistung der Planer zu bestätigen (Was dies im Zusammenhang mit der Unvereinbarkeitsmatrix gemäß Punkt 1.1.22 bedeutet siehe unten).

3.2.3.3 Die ÖBA hat die Vollständigkeit und Richtigkeit der Ausschreibungen zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere für nicht durch die Planer erfasste, jedoch erforderliche Objekte (z.B. an Schnittstellen von Planern, Kleinobjekte etc.) und Nebenleistungen. Die ÖBA hat zu prüfen, ob etwaige bauliche Notwendigkeiten unberücksichtigt geblieben sind.

Der Auftragnehmer der Leistung "BauDP" - also die B*** - hat in dieser Funktion die Detailplanung und die Ausführungsplanung/Ausschreibungsplanung zu erstellen. Nach der Bestimmung des Punktes 3.2.3.3 ist die ÖBA gehalten, zu prüfen, ob die Ausschreibungen vollständig und richtig sind (Zur Bedeutung im Zusammenhang mit der Unvereinbarkeitsmatrix gemäß Punkt 1.1.22 siehe unten)

3.2.3.13 Die Ausschreibung ist im Sinne einer solidarischen Haftung sowohl vom Planer als auch der ÖBA zu überprüfen und freizugeben (Bestätigung der Ausschreibungsreife). Diese solidarische Verantwortung wird gemäß LV auch vergütet. Im Falle einer Prüfung hat die ÖBA die Unterlagen im Sinne eines "ordentlichen Kaufmanns" und entsprechend ihrem technischen Sachverstand detailliert zu prüfen. Durch diese Prüfung haftet die ÖBA jedenfalls für das Prüfergebnis und damit auch für die Erreichung der allgemeinen Ziele des ÖBA-Auftrages (Umsetzung des Projektes zur vorgegebenen Zeit, Kosten und Erreichung der vorgegebenen Qualität).

Aufgabe der ÖBA ist nach dieser Bestimmung die Prüfung und Freigabe der Ausschreibung. Die ÖBA hat also die Ausschreibungsreife zu bestätigen und haftet hierfür solidarisch mit dem Planer.

M*** war als handels- und gewerberechtlicher Geschäftsführer der B*** für den mittlerweile abgeschlossenen Auftrag "Detailplanung/ Ausführungsplanung für AN Bau (BauDP)" umfassend verantwortlich.

Wenn der Rechtsvertreter der Antragstellerin einen Interessenskonflikt aus dem Grunde bestreiten wollte, dass M*** lediglich die vom Gesetz vorgegebenen Minimalanforderungen eines gewerberechtlichen Geschäftsführers erfülle und dieser keinen Einfluss auf die Geschäftsgebarung der A*** habe (vgl Angaben RA P*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 4), so handelt es sich hiebei um eine unzutreffende rechtliche Beurteilung der Antragstellerin. Im Übrigen gab auch GF L*** in der mündlichen Verhandlung an, dass sich die Rechte und Pflichten des gewerberechtlichen Geschäftsführers aus § 39 GewO ergeben und dass dies bedeute, dass M*** auch eine Anordnungsbefugnis habe, wie dies § 39 Abs 2 GewO vorsehe (vgl Angaben GF L***, VH-Schrift Seite 4) Wenn der Rechtsvertreter der Antragstellerin einen Interessenskonflikt aus dem Grunde bestreiten wollte, dass M*** lediglich die vom Gesetz vorgegebenen Minimalanforderungen eines gewerberechtlichen Geschäftsführers erfülle und dieser keinen Einfluss auf die Geschäftsgebarung der A*** habe vergleiche Angaben RA P*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 4), so handelt es sich hiebei um eine unzutreffende rechtliche Beurteilung der Antragstellerin. Im Übrigen gab auch GF L*** in der mündlichen Verhandlung an, dass sich die Rechte und Pflichten des gewerberechtlichen Geschäftsführers aus Paragraph 39, GewO ergeben und dass dies bedeute, dass M*** auch eine Anordnungsbefugnis habe, wie dies Paragraph 39, Absatz 2, GewO vorsehe vergleiche Angaben GF L***, VH-Schrift Seite 4).

Kraft bestandsfester Ausschreibung ist es u.a. Aufgabe der ÖBA, die (von der B*** durchgeführte) Ausschreibungsplanung zu überprüfen und freizugeben. Vgl O*** in der mündlichen Verhandlung, wonach die B*** im gegenständlichen Projekt die Bauausschreibung erstelle und der gegenständliche Auftragnehmer ÖBA im Leistungsbild diese Ausschreibung inkl der Vollständigkeit der Ausschreibungsunterlagen zu prüfen habe. Dass, wie der Antragstellervertreter vorbringt, keine "alleinige" Prüfpflicht des Auftragnehmers ÖBA besteht, vermag an diesem Umstand nichts zu ändern. Die ÖBA hat jedenfalls - so wie in Teil D.3 der Ausschreibung normiert - jedenfalls die Planungstätigkeit zu prüfen und zu kontrollieren (siehe auch oben). Der Auftraggeber prüft hingegen lediglich, ob sich der Projektinhalt in der Detail- und Ausführungsplanung widerspiegelt. Der Auftraggeber prüft jedoch nicht die Vollständigkeit der Detail- und Ausführungsplanung. Die technische und inhaltliche Prüfung der Planung erfolgt durch die ÖBA, die auch die Freigabe der Detail- und Ausschreibungsplanung erteilt. Diese Ausführungen des Auftraggebers (DI K***) in der mündlichen Verhandlung blieben unwidersprochen. So hielt auch GF L*** fest, dass die Ausführungen des DI K*** im Großen und Ganzen zutreffend seien. Weiters räumte die Antragstellerin (GF L***) ausdrücklich ein, dass die B*** an der Erarbeitung der Detail- und Ausschreibungsplanung unmittelbar beteiligt gewesen ist. Schließlich gestand auch deren Rechtsvertreter zu, dass die B*** mit der Detail- und Ausschreibungsplanung beauftragt gewesen sei und die Prüfung dieser Unterlagen auch Gegenstand des Auftragsumfanges der ÖBA sei.

Im Falle des Auftragerhaltes der Leistung ÖBA durch die A*** wäre M*** im Rahmen seiner Befugnisse als gewerberechtlicher Geschäftsführer im Umfang der gesetzlich normierten Rechte und Pflichten eines gewerberechtlichen Geschäftsführers (vgl § 39 GewO) verantwortlich. Diese sind - wie bereits dargestellt - unabdingbar. M*** wäre also bei der A*** als gewerberechtlicher Geschäftsführer für die Überprüfung jener Bereiche, die bei der B*** unter seiner umfassenden Verantwortlichkeit wahrgenommen wurden, verantwortlich. Im Falle des Auftragerhaltes der Leistung ÖBA durch die A*** wäre M*** im Rahmen seiner Befugnisse als gewerberechtlicher Geschäftsführer im Umfang der gesetzlich normierten Rechte und Pflichten eines gewerberechtlichen Geschäftsführers vergleiche Paragraph 39, GewO) verantwortlich. Diese sind - wie bereits dargestellt - unabdingbar. M*** wäre also bei der A*** als gewerberechtlicher Geschäftsführer für die Überprüfung jener Bereiche, die bei der B*** unter seiner umfassenden Verantwortlichkeit wahrgenommen wurden, verantwortlich.

Der zum Ausschluss vom Vergabeverfahren bzw zum Ausscheiden des Angebotes führende Interessenskonflikt in Bezug auf prüfende und kontrollierende Tätigkeiten ist daher verwirklicht.

Gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig zur Nichtigkeitsklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen

dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig zur Nichtigkeitserklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund der Ergebnisse der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote [...] auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund der Ergebnisse der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote [...] auszuschneiden.

Das Angebot der Antragstellerin wurde nach dem Gesagten zu Recht im Hinblick auf Teil D.1, Punkt 1.1.22 der Ausschreibung, ausgeschieden. Auf das weitere Vorbringen war nicht mehr einzugehen.

Zuletzt aktualisiert am

24.08.2012

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