

TE Verg Bescheid 2011/12/15 N/0114-BVA/12/2011-12

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.12.2011

Norm

BVergG 2006 §2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319

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 § 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 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrike Ledòchowski als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 betreffend die Auftragsvergabe "Errichtung und Vermietung der ÖBB-Konzernzentrale" des Auftraggebers ÖBB-Holding AG, Wienerbergstraße 11, 1100 Wien, vertreten durch X***, eingeleitet über Antrag der "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" bestehend aus: 1. A***, und 2. B***, vertreten durch Y***, vom 11. November 2011 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrike Ledòchowski als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 betreffend die Auftragsvergabe "Errichtung und

Vermietung der ÖBB-Konzernzentrale" des Auftraggebers ÖBB-Holding AG, Wienerbergstraße 11, 1100 Wien, vertreten durch X***, eingeleitet über Antrag der "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" bestehend aus: 1. A***, und 2. B***, vertreten durch Y***, vom 11. November 2011 wie folgt entschieden:

Spruch

Die Anträge,

die Entscheidung des Auftraggebers, die Antragstellerin nicht zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zuzulassen, für nichtig erklären;

gemäß § 319 BVergG 2006 aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag zu Händen der rechtsfreundlichen Vertreterin der Antragstellerin vom Auftraggeber binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen ist. gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag zu Händen der rechtsfreundlichen Vertreterin der Antragstellerin vom Auftraggeber binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen ist.

den Auftraggeber verpflichten, der Antragstellerin die für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen der rechtsfreundlichen Vertreterin der Antragstellerin zu ersetzen.

werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 2, 312 Abs 2 Z 2 und 319 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 2, 312, Absatz 2, Ziffer 2 und 319 BVergG 2006

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 11. November 2011 die im Spruch ersichtlichen Begehren und führte einleitend aus, dass es sich bei der Antragstellerin um einen Zusammenschluss zweier Unternehmer, der A*** und der B***, zu einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mit der Bezeichnung "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" handle. Diese besitze gemäß § 20 Abs 2 BVergG Parteifähigkeit. Die Antragstellerin stellte am 11. November 2011 die im Spruch ersichtlichen Begehren und führte einleitend aus, dass es sich bei der Antragstellerin um einen Zusammenschluss zweier Unternehmer, der A*** und der B***, zu einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mit der Bezeichnung "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" handle. Diese besitze gemäß Paragraph 20, Absatz 2, BVergG Parteifähigkeit.

Mit Fax vom 2.11.2011 sei die Antragstellerin von der Nicht-Zulassung ihres Teilnahmeantrages in Kenntnis gesetzt worden. Begründend sei ausgeführt worden, dass der Teilnahmeantrag im Namen einer rechtlich nicht existenten Gesellschaft eingereicht worden sei und dieser somit die gemäß § 2 Z 12 iVm Z 37 BVergG erforderliche Rechtsträgereigenschaft fehle. Darüber hinaus fehle es der Antragstellerin an der technischen Leistungsfähigkeit, weil die in den Formblättern 5 bis 7 namhaft gemachten Referenzprojekte von Gesellschaften erbracht worden seien, welche keine Verpflichtungserklärungen abgegeben hätten. Die A*** und die B*** hätten sich zur gemeinsamen Abgabe eines Teilnahmeantrages sowie im Falle der Zuschlagserteilung der gemeinsamen Ausführung des Auftrages zu einer Projektgesellschaft, nämlich einer ARGE mit der Bezeichnung "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" zusammengeschlossen. Die ARGE habe somit als Bewerberin und nicht als Bewerbergemeinschaft im Vergabeverfahren teilgenommen. Im Gegensatz zu der in § 2 Z 14 BVergG 2006 definierten Bietergemeinschaft (bzw. Bewerbergemeinschaft), welche eine Vorstufe zur ARGE darstelle, könne die ARGE sowohl Angebote legen als auch Aufträge ausführen. Darüber hinaus enthalte die Legaldefinition der ARGE das Element der Solidarhaftung, weshalb es keiner zusätzlichen Erklärung der Gesellschaft der ARGE - im Gegensatz zu einer Bewerber/Bietergesellschaft - bedürfe. Die Bewerbungsunterlagen würden nur zwischen der Teilnahme von Bewerbern und Bewerbergemeinschaften differenzieren und ausschließlich für diese beiden Teilnehmer Formblätter vorsehen. Da die Antragstellerin jedoch als ARGE zu qualifizieren sei und auch nach außen hin als solche auftrete, habe sie - mangels eines Hinweises auf die hierfür erforderlichen Formblätter in den Bewerbungsunterlagen - sämtliche Formblätter für Bewerber im Rahmen der ARGE "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" ausgefüllt und mit dem Teilnahmeantrag abgegeben. Darüber hinaus seien, wenn erforderlich, Formblätter von beiden Gesellschaftern der ARGE ausgefüllt und rechtsgültig unterfertigt worden. Die Antragstellerin sei daher keinesfalls als eine rechtlich nicht existente Gesellschaft zu qualifizieren. Vielmehr sei sie eine ARGE (GesbR gemäß § 1175 ABGB), deren Rechtsträger die beiden juristischen Personen A*** und

B*** seien. Mit Fax vom 2.11.2011 sei die Antragstellerin von der Nicht-Zulassung ihres Teilnahmeantrages in Kenntnis gesetzt worden. Begründend sei ausgeführt worden, dass der Teilnahmeantrag im Namen einer rechtlich nicht existenten Gesellschaft eingereicht worden sei und dieser somit die gemäß Paragraph 2, Ziffer 12, in Verbindung mit Ziffer 37, BVergG erforderliche Rechtsträgereigenschaft fehle. Darüber hinaus fehle es der Antragstellerin an der technischen Leistungsfähigkeit, weil die in den Formblättern 5 bis 7 namhaft gemachten Referenzprojekte von Gesellschaften erbracht worden seien, welche keine Verpflichtungserklärungen abgegeben hätten. Die A*** und die B*** hätten sich zur gemeinsamen Abgabe eines Teilnahmeantrages sowie im Falle der Zuschlagserteilung der gemeinsamen Ausführung des Auftrages zu einer Projektgesellschaft, nämlich einer ARGE mit der Bezeichnung "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" zusammengeschlossen. Die ARGE habe somit als Bewerberin und nicht als Bewerbungsgemeinschaft im Vergabeverfahren teilgenommen. Im Gegensatz zu der in Paragraph 2, Ziffer 14, BVergG 2006 definierten Bietergemeinschaft (bzw. Bewerbungsgemeinschaft), welche eine Vorstufe zur ARGE darstelle, könne die ARGE sowohl Angebote legen als auch Aufträge ausführen. Darüber hinaus enthalte die Legaldefinition der ARGE das Element der Solidarhaftung, weshalb es keiner zusätzlichen Erklärung der Gesellschaft der ARGE - im Gegensatz zu einer Bewerber/Bietergemeinschaft - bedürfe. Die Bewerbungsunterlagen würden nur zwischen der Teilnahme von Bewerbern und Bewerbungsgemeinschaften differenzieren und ausschließlich für diese beiden Teilnehmer Formblätter vorsehen. Da die Antragstellerin jedoch als ARGE zu qualifizieren sei und auch nach außen hin als solche auftrete, habe sie - mangels eines Hinweises auf die hierfür erforderlichen Formblätter in den Bewerbungsunterlagen - sämtliche Formblätter für Bewerber im Rahmen der ARGE "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" ausgefüllt und mit dem Teilnahmeantrag abgegeben. Darüber hinaus seien, wenn erforderlich, Formblätter von beiden Gesellschaftern der ARGE ausgefüllt und rechtsgültig unterfertigt worden. Die Antragstellerin sei daher keinesfalls als eine rechtlich nicht existente Gesellschaft zu qualifizieren. Vielmehr sei sie eine ARGE (GesbR gemäß Paragraph 1175, ABGB), deren Rechtsträger die beiden juristischen Personen A*** und B*** seien.

Der Auftraggeber erstattete am 15. November 2011 eine Stellungnahme und brachte einleitend fehlende Antragslegitimation vor, da bereits zu bestreiten sei, dass die Antragstellerin überhaupt existiere. Ob die antragstellende ARGE nun tatsächlich existiere, könne aber in Wahrheit dahingestellt bleiben, da diese ARGE jedenfalls keinen Teilnahmeantrag gestellt habe. Der Teilnahmeantrag sei nämlich ausdrücklich im Namen eines Einzelunternehmens "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" gestellt, und zwar - wie aus der Aufklärung vom 25.10.2011 explizit hervorgehe - im Namen einer Projektgesellschaft, die erst zu gründen sein werde (und von der bislang weder der Name noch die Beteiligungsverhältnisse feststünden). Die antragstellende ARGE habe daher - da sie selber gar keinen Teilnahmeantrag eingereicht habe - jedenfalls kein Interesse am Vertragsabschluss iSd § 320 Abs 1 Z 1 BVergG und damit keine Antragslegitimation. Ein Vertrag würde nämlich - wenn überhaupt - mit einem anderen Gebilde zu Stande kommen. Im Ergebnis blieben somit nur zwei Möglichkeiten: Der Auftraggeber erstattete am 15. November 2011 eine Stellungnahme und brachte einleitend fehlende Antragslegitimation vor, da bereits zu bestreiten sei, dass die Antragstellerin überhaupt existiere. Ob die antragstellende ARGE nun tatsächlich existiere, könne aber in Wahrheit dahingestellt bleiben, da diese ARGE jedenfalls keinen Teilnahmeantrag gestellt habe. Der Teilnahmeantrag sei nämlich ausdrücklich im Namen eines Einzelunternehmens "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" gestellt, und zwar - wie aus der Aufklärung vom 25.10.2011 explizit hervorgehe - im Namen einer Projektgesellschaft, die erst zu gründen sein werde (und von der bislang weder der Name noch die Beteiligungsverhältnisse feststünden). Die antragstellende ARGE habe daher - da sie selber gar keinen Teilnahmeantrag eingereicht habe - jedenfalls kein Interesse am Vertragsabschluss iSd Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG und damit keine Antragslegitimation. Ein Vertrag würde nämlich - wenn überhaupt - mit einem anderen Gebilde zu Stande kommen. Im Ergebnis blieben somit nur zwei Möglichkeiten:

(1) Entweder sei der Nachprüfungsantrag im Namen jenes (angeblichen) Einzelunternehmens "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" eingebracht worden, in dessen Namen auch der Teilnahmeantrag eingereicht worden sei. In diesem Fall sei er mangels Prozess- und Parteifähigkeit zurückzuweisen, da ein derartiges Einzelunternehmen nach wie vor nicht existiere.

(2) Oder der Nachprüfungsantrag sei - wie darin explizit angegeben - im Namen einer ARGE, bestehend aus A*** und B*** eingebracht worden. Dann sei er aber mangels Interesse am Vertragsabschluss im Sinne des § 320 Abs 1 Z 1 BVergG zurückzuweisen. Denn diese beiden Unternehmen seien ja im Vergabeverfahren ausdrücklich nicht als Bewerbungsgemeinschaft aufgetreten, sondern nur als "Dritte" bzw. Subunternehmer. Niemand könne gleichzeitig

Einzelunternehmen und ARGE sein; niemand könne gleichzeitig Bewerber und Dritter (Subunternehmer) sein.(2) Oder der Nachprüfungsantrag sei - wie darin explizit angegeben - im Namen einer ARGE, bestehend aus A*** und B*** eingebracht worden. Dann sei er aber mangels Interesse am Vertragsabschluss im Sinne des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG zurückzuweisen. Denn diese beiden Unternehmen seien ja im Vergabeverfahren ausdrücklich nicht als Bewerbungsgemeinschaft aufgetreten, sondern nur als "Dritte" bzw. Subunternehmer. Niemand könne gleichzeitig Einzelunternehmen und ARGE sein; niemand könne gleichzeitig Bewerber und Dritter (Subunternehmer) sein.

Das Bundesvergabeamt übermittelte der Antragstellerin den Schriftsatz des Auftraggebers vom 15. November 2011 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme bis 29. November 2011, 15.00 Uhr. Die Antragstellerin gab binnen offener Frist keine Stellungnahme ab.

Aufgrund der vorliegenden Unterlagen sowie der Stellungnahmen der Parteien wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber hat die "Errichtung und Vermietung der ÖBB-Konzernzentrale" als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ausgeschrieben. Die EU-weite Bekanntmachung erfolgte am 8. September 2011. Der Auftraggeber gab zur Frage, in welchem Stadium sich das Vergabeverfahren befindet, an, dass die eingelangten Teilnahmeanträge geprüft wurden und jene Bewerber, die einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag eingereicht haben, zur Angebotslegung eingeladen worden sind.

In Punkt 1.5 der Bewerbungsunterlage findet sich insbesondere nachfolgende Bestimmung:

Sofern beabsichtigt ist, eine Projektgesellschaft zu gründen, hat diese bereits als Bewerber/Bieter im Vergabeverfahren aufzutreten und ihre Eignung unter Berufung auf Dritte (soweit erforderlich) nachzuweisen.

Punkt 2.13 ("Bewerbungsgemeinschaften") lautet auszugsweise:

Die gleichzeitige Teilnahme von Unternehmen als Mitglied in mehr als einer Bewerbungsgemeinschaft ist unzulässig. Ebenso ausgeschlossen ist die gleichzeitige Beteiligung als Mitglied einer Bewerbungsgemeinschaft und als Dritter (zB Subunternehmer) für eine oder mehrere andere Bewerbungsgemeinschaften. Hingegen ist die Beteiligung als Dritter für mehrere Bewerbungsgemeinschaften zulässig.

Beilage /7 des Antrages vom 11. November 2011 lässt sich folgendes entnehmen:

Am 12.10.2011 reichte die Antragstellerin einen Teilnahmeantrag unter dem Namen "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" ein. Die A*** sowie die B*** wurden als Unternehmer angeführt. Von diesen beiden Unternehmen wurde der Antrag auch unterfertigt.

Im Formblatt 1 ("Übersicht über den Bewerber") hat die Antragstellerin das Kästchen "Einzelunternehmen" angekreuzt und als Name des Bewerbers/der Bewerbungsgemeinschaft "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" angegeben. Ferner wurde das Kästchen "unter Einbeziehung von Dritten" angekreuzt und in die dafür vorgesehenen Spalten die Unternehmen "A***" und "B***" (als Status wurde "Dritter" angegeben) eingetragen.

Im Formblatt 2 ("Angaben zum Bewerber") wurden unter dem Punkt "Vollständige Bezeichnung des Unternehmens" die "A***" und die "B***" benannt.

In die Formblätter 8 bis 15 wurde unter dem Betreff "Name des Bewerbers/der Bewerbungsgemeinschaft" die "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" eingetragen.

Im Formblatt 16 ("Verpflichtungserklärung des Dritten gegenüber dem Bewerber zum Nachweis der Eignung / zum Nachweis von Referenzprojekten") wurde unter dem Punkt "Genaue Bezeichnung des Dritten" die "A***" und die "B***" genannt.

Im Formblatt 17 ("Verpflichtungserklärung des Dritten gegenüber dem Bewerber zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit") wurde unter dem Punkt "Genaue Bezeichnung des Dritten" wiederum die "A***" und die "B***" genannt.

Das Formblatt 19 ("Erklärung des Bewerbers") verlangt insbesondere die Erklärung, dass der Bewerber den Teilnahmeantrag auf Basis der Bewerbungsunterlagen und aller diesbezüglichen Nachsendungen erstellt hat. Dieses Formblatt wurde von der "A***" und der "B***" unterfertigt.

Am 21. Oktober 2011 übermittelte die vergebende Stelle an die "A****", zu Händen C***, ein Telefaxschreiben. Darin lautet es auszugsweise:

1. 1.Ziffer eins

Unter Punkt 1 des Teilnahmeantrages ist die Projektgesellschaft N.N. in Gründung als Bewerber genannt. In diesem Sinne wurde auch Formblatt 1 ausgefüllt. Das Formblatt 2 (Angaben zum Bewerber) wurde jedoch von der A*** und von der B*** ausgefüllt, als ob diese beiden Gesellschaften als Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft auftreten würden. Wir ersuchen um Aufklärung.

2. 2.Ziffer 2

Das Formblatt 3 (Verzeichnis des Subunternehmers) liegt dem Teilnahmeantrag nicht bei. Wir ersuchen um dessen Übermittlung.

Am 25. Oktober 2011 führte C*** (Prokurist bei "A****") im per E-Mail übermittelten Antwortschreiben an die vergebende Stelle insbesondere wie folgt aus:

1. 1.)eins,

Für das Projekt ist beabsichtigt, dass die A**** eine Projektgesellschaft gründen wird. Es ist vorgesehen, dass auch die B*** sich daran beteiligen wird. Jedoch ist es uns zum derzeitigen Zeitpunkt noch nicht möglich die genaue Beteiligungsstruktur bekanntzugeben. Aus diesem Grund wurden auch von der A*** und der B*** das Formblatt 2 ausgefüllt. Bewerber ist die Projektgesellschaft n.n. in Gründung. Die A*** und die B*** bilden keine Bewerbergemeinschaft.

2. 2.)2,

Das Formblatt 3 - Verzeichnis der Subunternehmer liegt diesem Mail bei - die Leistungen der A*** und der B*** werden für die Projektgesellschaft n.n. in Gründung erbracht.

Im Formblatt 3 ("Verzeichnis der Subunternehmer") wurden als Subunternehmer die "B****" und die "A****" benannt.

Mit Telefax vom 2. November 2011 teilte die vergebende Stelle der Antragstellerin mit, dass ihr Teilnahmeantrag nicht berücksichtigt werden konnte. Als maßgeblicher Umstand für das Ausscheiden wurde angeführt, dass der Teilnahmeantrag im Namen einer rechtlich nicht existenten Gesellschaft ("Projektgesellschaft N.N. in Gründung") eingereicht worden ist und dieser Gesellschaft somit die nach § 2 Z 12 iVm Z 37 BVerG erforderliche Rechtsträgereigenschaft fehlt. Mit Telefax vom 2. November 2011 teilte die vergebende Stelle der Antragstellerin mit, dass ihr Teilnahmeantrag nicht berücksichtigt werden konnte. Als maßgeblicher Umstand für das Ausscheiden wurde angeführt, dass der Teilnahmeantrag im Namen einer rechtlich nicht existenten Gesellschaft ("Projektgesellschaft N.N. in Gründung") eingereicht worden ist und dieser Gesellschaft somit die nach Paragraph 2, Ziffer 12, in Verbindung mit Ziffer 37, BVerG erforderliche Rechtsträgereigenschaft fehlt.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVerG ist die ÖBB-Holding AG. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVerG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag iSv § 4 BVerG. Der geschätzte Auftragswert (ohne Ust) beläuft sich auf € 105 Mio, sodass es sich gemäß § 12 Abs 1 Z 3 BVerG um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVerG ist die ÖBB-Holding AG. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag iSv Paragraph 4, BVerG. Der geschätzte Auftragswert (ohne Ust) beläuft sich auf € 105 Mio, sodass es sich gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVerG um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVerG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVerG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVerG. 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 e, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antrag den formalen

Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG genügt. Ein Grund. Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG genügt. Ein Grund

für die Unzulässigkeit nach § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor. Für die Unzulässigkeit nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor.

Inhaltliche Beurteilung der Anträge

Im Bescheid betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 21. November 2011, N/0114-BVA/12/2011-EV7, führte der zuständige Senatsvorsitzende in der rechtlichen Begründung wie folgt aus:

"Die Legaldefinitionen des § 2 BVergG lauten auszugsweise:" Die Legaldefinitionen des Paragraph 2, BVergG lauten auszugsweise:

Z 37: Unternehmer sind Rechtsträger wie natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Zusammenschlüsse dieser Personen und/oder Einrichtungen, eingetragene Personengesellschaften oder Arbeits- und Bietergemeinschaften, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbieten. Ziffer 37 : , Unternehmer sind Rechtsträger wie natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Zusammenschlüsse dieser Personen und/oder Einrichtungen, eingetragene Personengesellschaften oder Arbeits- und Bietergemeinschaften, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbieten.

Z 7: Arbeitsgemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten. Ziffer 7 : , Arbeitsgemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten.

Z 12: Bewerber ist ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmern, der sich an einem Vergabeverfahren beteiligen will und dies durch einen Teilnahmeantrag oder eine Anforderung bzw. das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen bekundet hat. Ziffer 12 : , Bewerber ist ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmern, der sich an einem Vergabeverfahren beteiligen will und dies durch einen Teilnahmeantrag oder eine Anforderung bzw. das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen bekundet hat.

Z 13: Bieter ist ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmern, der ein Angebot eingereicht hat. Ziffer 13 : , Bieter ist ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmern, der ein Angebot eingereicht hat.

Z 14: Bietergemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes, das Leistungen auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen zum Inhalt haben kann. Ziffer 14 : , Bietergemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes, das Leistungen auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen zum Inhalt haben kann.

Das BVergG kennt den Begriff der Bewerbergemeinschaft nicht. Darunter kann man einen Zusammenschluss v Unternehmern verstehen, die sich in der Form einer ARGE oder BIEGE an einem Vergabeverfahren beteiligen wollen, u dies durch einen Teilnahmeantrag oder eine Anforderung bzw das Abrufen v Ausschreibungsunterlagen bekundet

haben, aber noch kein Angebot abgegeben haben (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 2 Z 12 Rz 7). Das BVergG kennt den Begriff der Bewerbergemeinschaft nicht. Darunter kann man einen Zusammenschluss v. Unternehmern verstehen, die sich in der Form einer ARGE oder BIEGE an einem Vergabeverfahren beteiligen wollen, u. dies durch einen Teilnahmeantrag oder eine Anforderung bzw. das Abrufen v. Ausschreibungsunterlagen bekundet haben, aber noch kein Angebot abgegeben haben (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 12, Rz 7).

Nach der Rechtsprechung des EuGH können die Erfolgsaussichten über den Hauptantrag im Rahmen des Provisorialverfahrens berücksichtigt werden (EuGH 9.4.2003, C-421/01, CS Communications; siehe dazu auch BVA 11.8.2003, 16N-74/03-7; BVA 5.1.2004, 05N-149/03-9; BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 sowie Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 2066 mwN). Einer derartigen Vorgehensweise steht auch nicht der Wortlaut des § 329 Abs. 1 BVergG entgegen (so schon BVA 11.8.2003, 16N-74/03-7 und BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 zur Vorgängerbestimmung des § 171 Abs. 3 BVergG 2002 sowie jüngst BVA 4.1.2011, N/0109- BVA/12/2010-EV11). Nach Auffassung des zuständigen Senatsvorsitzenden im gegenständlich zu beurteilenden Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung erscheint bereits aufgrund der dem verfahrenseinleitenden Schriftsatz der Antragstellerin vom 11. November 2011 angeschlossenen Beilagen evident ersichtlich, dass dem Nachprüfungsantrag kein Erfolg beschieden werden kann. Dies aus nachfolgenden Erwägungen: Nach der Rechtsprechung des EuGH können die Erfolgsaussichten über den Hauptantrag im Rahmen des Provisorialverfahrens berücksichtigt werden (EuGH 9.4.2003, C-421/01, CS Communications; siehe dazu auch BVA 11.8.2003, 16N-74/03-7; BVA 5.1.2004, 05N-149/03-9; BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 sowie Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 2066 mwN). Einer derartigen Vorgehensweise steht auch nicht der Wortlaut des Paragraph 329, Absatz eins, BVergG entgegen (so schon BVA 11.8.2003, 16N-74/03-7 und BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 zur Vorgängerbestimmung des Paragraph 171, Absatz 3, BVergG 2002 sowie jüngst BVA 4.1.2011, N/0109- BVA/12/2010-EV11). Nach Auffassung des zuständigen Senatsvorsitzenden im gegenständlich zu beurteilenden Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung erscheint bereits aufgrund der dem verfahrenseinleitenden Schriftsatz der Antragstellerin vom 11. November 2011 angeschlossenen Beilagen evident ersichtlich, dass dem Nachprüfungsantrag kein Erfolg beschieden werden kann. Dies aus nachfolgenden Erwägungen:

Aus Formblatt 1 ist ersichtlich, dass die Antragstellerin als Einzelunternehmen (unter Einbeziehung von "Dritten": A*** und B***, die im weiteren Verlauf des Verfahrens auch als Subunternehmer benannt wurden) einen Teilnahmeantrag eingereicht hat. In der Anfragebeantwortung vom 25. Oktober 2011 bekräftigte die Antragstellerin, dass sie als "Bewerber" auftritt, wobei die A*** und die B*** keine Bewerbergemeinschaft bilden sollten. Demgegenüber soll es sich - laut verfahrenseinleitendem Antrag - bei der Antragstellerin um eine ARGE (im derzeitigen Stadium des Verfahrens wohl als Bewerbergemeinschaft zu bezeichnen) handeln, deren Gesellschafter die A*** und die B*** sind.

Bei einer ARGE handelt es sich aber gemäß § 2 Z 7 BVergG per definitionem um einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, womit aber evident ersichtlich wird, dass zwischen den Angaben im Teilnahmeantrag und den Ausführungen im Nachprüfungsantrag ein (unauflösbarer) Widerspruch besteht. Hinzu kommt, dass die "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" - mangels konkreter Angaben an den beteiligten Unternehmern - unter keine der Legaldefinitionen des § 2 BVergG subsumiert werden kann. In sämtlichen dieser Definitionen wird stets auf den Unternehmer oder einen Zusammenschluss von Unternehmern abgestellt. Im Formblatt 2 ("Angaben zum Bewerber") sind unter dem Titel "Vollständige Bezeichnung des Unternehmens" die A*** und die B*** genannt. Diese beiden Unternehmen sollen jedoch laut Anfragebeantwortung vom 25. Oktober 2011 ausdrücklich nicht Bewerber sein. Wer somit als Unternehmer für die "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" in Erscheinung treten soll, bleibt auch nach dieser Auskunft unklar. Bei einer ARGE handelt es sich aber gemäß Paragraph 2, Ziffer 7, BVergG per definitionem um einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, womit aber evident ersichtlich wird, dass zwischen den Angaben im Teilnahmeantrag und den Ausführungen im Nachprüfungsantrag ein (unauflösbarer) Widerspruch besteht. Hinzu kommt, dass die "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" - mangels konkreter Angaben an den beteiligten Unternehmern - unter keine der Legaldefinitionen des Paragraph 2, BVergG subsumiert werden kann. In sämtlichen dieser Definitionen wird stets auf den Unternehmer oder einen Zusammenschluss von Unternehmern abgestellt. Im Formblatt 2 ("Angaben zum Bewerber") sind unter dem Titel "Vollständige Bezeichnung des Unternehmens" die A***

und die B*** genannt. Diese beiden Unternehmen sollen jedoch laut Anfragebeantwortung vom 25. Oktober 2011 ausdrücklich nicht Bewerber sein. Wer somit als Unternehmer für die "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" in Erscheinung treten soll, bleibt auch nach dieser Auskunft unklar.

Ist aus dem Teilnahmeantrag nicht eindeutig ersichtlich, wer tatsächlich Mitglied einer Bewerbergemeinschaft sein soll, weil das Muster des Teilnahmeantrags eigenmächtig verändert wurde und die Angaben hinsichtlich der ARGE unklar bzw widersprüchlich sind, so handelt es sich um einen unbehebbarer Mangel (VKS Wien 17.6.2005, VKS 1888/05, zitiert nach Koller in Gast [Hrsg.], BVergG-Leitsatzkommentar, E 377. zu § 129). Ein der Entscheidung des VKS Wien vergleichbarer Sachverhalt liegt gegenständlich vor, da die Angaben im Teilnahmeantrag hinsichtlich der Frage, wer tatsächlich als Bewerber in Erscheinung treten soll, unklar bzw widersprüchlich sind. Nach Ansicht des zuständigen Senatsvorsitzenden erfolgte die Ausscheidung der Antragstellerin daher zu Recht."Ist aus dem Teilnahmeantrag nicht eindeutig ersichtlich, wer tatsächlich Mitglied einer Bewerbergemeinschaft sein soll, weil das Muster des Teilnahmeantrags eigenmächtig verändert wurde und die Angaben hinsichtlich der ARGE unklar bzw widersprüchlich sind, so handelt es sich um einen unbehebbarer Mangel (VKS Wien 17.6.2005, VKS 1888/05, zitiert nach Koller in Gast [Hrsg.], BVergG-Leitsatzkommentar, E 377. zu Paragraph 129,). Ein der Entscheidung des VKS Wien vergleichbarer Sachverhalt liegt gegenständlich vor, da die Angaben im Teilnahmeantrag hinsichtlich der Frage, wer tatsächlich als Bewerber in Erscheinung treten soll, unklar bzw widersprüchlich sind. Nach Ansicht des zuständigen Senatsvorsitzenden erfolgte die Ausscheidung der Antragstellerin daher zu Recht."

Der Senat schließt sich den obigen Ausführungen an und hält ergänzend fest, dass für die Antragstellerin auch aus Punkt 1.5 der Bewerbungsunterlage nichts zu gewinnen ist, da bereits aus dem Wortlaut dieser Bestimmung hervorgeht, dass eine allfällige Projektgesellschaft als Bewerber/Bieter im Vergabeverfahren aufzutreten hat, womit aber die jeweiligen Unternehmer dieser Projektgesellschaft eindeutig zuordenbar sein müssen. Den Ausführungen im Nachprüfungsantrag, wonach es sich bei der Antragstellerin um eine ARGE handeln soll, deren Gesellschafter die A*** und die B*** sind, steht zudem im Widerspruch zur Auskunft von A*** vom 25. Oktober 2011, dass die "A*** und die B*** keine Bewerbergemeinschaft bilden". In diesem Schreiben führt A*** selbst aus, dass Bewerber die "Projektgesellschaft

1. n.Litera n

n in Gründung" ist, die aber - seinen Ausführungen zufolge - erst zu gründen sein wird und somit zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages noch gar nicht existiert hat. Daher erfolgte die Ausscheidung des Teilnahmeantrages, der von einer nicht existenten Gesellschaft ("in Gründung") eingereicht wurde, zu Recht.

Gemäß § 316 Abs 2 Z 3 BVergG konnte - ungeachtet des Parteiantrages von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden, da bereits aufgrund der Aktenlage (vgl. insbesondere die Beilagen des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes der Antragstellerin) feststeht, dass der Antrag abzuweisen ist. Gemäß Paragraph 316, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG konnte - ungeachtet des Parteiantrages von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden, da bereits aufgrund der Aktenlage vergleiche insbesondere die Beilagen des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes der Antragstellerin) feststeht, dass der Antrag abzuweisen ist.

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Infolge Abweisung des Nachprüfungsantrages, ist die Antragstellerin nicht obsiegende Partei, womit aber weder ein Ersatz der Gebühren für den Nachprüfungsantrag, noch ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf einstweilige Verfügung besteht (vgl. Abs 2). Infolge Abweisung des Nachprüfungsantrages, ist die Antragstellerin nicht obsiegende Partei, womit aber weder ein Ersatz der Gebühren für den Nachprüfungsantrag, noch ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf einstweilige Verfügung besteht (vergleiche Absatz 2,).

Schlagworte

Teilnahmeantrag, Bewerbergemeinschaft, Arbeitsgemeinschaft, Unternehmer, Bewerber, Bieter, Aufklärung, unbehebbarer Mangel;

Zuletzt aktualisiert am

14.03.2012

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