

TE Verg Bescheid 2011/8/11 VKS-7081/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.08.2011

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1
WVRG 2007 §2 Abs1
WVRG 2007 §11 Abs2
WVRG 2007 §18
WVRG 2007 §19
WVRG 2007 §20 Abs1
WVRG 2007 §23 Abs1
WVRG 2007 §24 Abs1
WVRG 2007 §26 Abs2
WVRG 2007 §31 in Verbindung mit
BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa
BVergG 2006 §3 Abs1 Z1
BVergG 2006 §6
BVergG 2006 §69 Z1
BVergG 2006 §129 Abs1 Z2 sowie
GewO 1994 §29
GewO 1994 §85
GewO 1994 §86
GewO 1994 §87
GewO 1994 §93
GewO 1994 §94 Z5
GewO 1994 §345 und
ZTG §21 Abs3

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 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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. GewO 1994 § 29 heute
2. GewO 1994 § 29 gültig ab 01.08.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
3. GewO 1994 § 29 gültig von 19.03.1994 bis 31.07.2002
1. GewO 1994 § 85 heute
2. GewO 1994 § 85 gültig ab 14.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
3. GewO 1994 § 85 gültig von 01.01.2007 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
4. GewO 1994 § 85 gültig von 01.08.2002 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
5. GewO 1994 § 85 gültig von 24.07.2002 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 85 gültig von 19.03.1994 bis 23.07.2002
1. GewO 1994 § 86 heute
2. GewO 1994 § 86 gültig ab 01.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 58/2010
3. GewO 1994 § 86 gültig von 27.02.2008 bis 31.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
4. GewO 1994 § 86 gültig von 19.03.1994 bis 26.02.2008
1. GewO 1994 § 87 heute
2. GewO 1994 § 87 gültig ab 23.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 130/2024
3. GewO 1994 § 87 gültig von 28.01.2019 bis 22.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2018
4. GewO 1994 § 87 gültig von 01.05.2018 bis 27.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
5. GewO 1994 § 87 gültig von 18.07.2017 bis 30.04.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
6. GewO 1994 § 87 gültig von 23.04.2015 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2015
7. GewO 1994 § 87 gültig von 27.03.2015 bis 22.04.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015
8. GewO 1994 § 87 gültig von 01.08.2013 bis 26.03.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 125/2013
9. GewO 1994 § 87 gültig von 29.05.2013 bis 31.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
10. GewO 1994 § 87 gültig von 14.09.2012 bis 28.05.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
11. GewO 1994 § 87 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
12. GewO 1994 § 87 gültig von 17.11.2011 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
13. GewO 1994 § 87 gültig von 01.08.2010 bis 16.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 58/2010
14. GewO 1994 § 87 gültig von 01.07.2010 bis 31.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 29/2010
15. GewO 1994 § 87 gültig von 27.02.2008 bis 30.06.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
16. GewO 1994 § 87 gültig von 15.01.2005 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
17. GewO 1994 § 87 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
18. GewO 1994 § 87 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
19. GewO 1994 § 87 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997
1. GewO 1994 § 93 heute
2. GewO 1994 § 93 gültig ab 22.07.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2020
3. GewO 1994 § 93 gültig von 29.03.2016 bis 21.07.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
4. GewO 1994 § 93 gültig von 27.03.2015 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015
5. GewO 1994 § 93 gültig von 29.05.2013 bis 26.03.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
6. GewO 1994 § 93 gültig von 14.09.2012 bis 28.05.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
7. GewO 1994 § 93 gültig von 27.02.2008 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
8. GewO 1994 § 93 gültig von 19.03.1994 bis 26.02.2008
1. GewO 1994 § 94 heute
2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013

5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
 6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
 7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
 8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
 9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
 10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
 11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
 12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
 15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996
-
1. GewO 1994 § 345 heute
 2. GewO 1994 § 345 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 130/2024
 3. GewO 1994 § 345 gültig von 18.07.2017 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 96/2017
 4. GewO 1994 § 345 gültig von 27.03.2015 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015
 5. GewO 1994 § 345 gültig von 29.05.2013 bis 26.03.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
 6. GewO 1994 § 345 gültig von 27.02.2008 bis 28.05.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
 7. GewO 1994 § 345 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
 8. GewO 1994 § 345 gültig von 30.11.2004 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
 9. GewO 1994 § 345 gültig von 01.08.2002 bis 29.11.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 10. GewO 1994 § 345 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 11. GewO 1994 § 345 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
 12. GewO 1994 § 345 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996
-
1. ZTG § 21 gültig von 01.01.2007 bis 30.06.2019 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 29/2019
 2. ZTG § 21 gültig von 19.11.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2005
 3. ZTG § 21 gültig von 01.06.1994 bis 18.11.2005

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus *** ZT GmbH, *** und *** GesmbH, ***, vertreten durch Dr. Roland Katary, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe der örtlichen Bauaufsicht und Fachbauaufsicht über die Teilprojekte T2-Mutter-Kind- und OP-Zentrum, T2A-Bauprogramm TP2, "SZX Teilneubau Kaiser-Franz-Josef Spital, 1100 Wien, ÖBA03", durch die Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, Generaldirektion - Geschäftsbereich Technik, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE Projektmanagement SZX - Teilneubau KFJ (bestehend aus VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH & Co. KG und VAMED - KMB Krankenhausmanagement und Betriebsführung GmbH), Sterngasse 5, 1230 Wien, vertreten durch Vavrovsky + Herbst Kinsky, Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 22.6.2011 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 5.7.2011 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 18, 19, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 26 Abs. 2, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 69 Z 1, 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 sowie §§ 29, 85, 86, 87, 93, 94 Z 5, 345 GewO 1994 und § 21 Abs. 3 ZTG. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11,

Absatz 2, 18, 19, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, 26, Absatz 2, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 69, Ziffer eins, 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 sowie Paragraphen 29, 85, 86, 87, 93, 94, Ziffer 5, 345, GewO 1994 und Paragraph 21, Absatz 3, ZTG.

Begründung:

Die Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE Projektmanagement SZX Teilneubau KFJ (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich der örtlichen Bauaufsicht und Fachbauaufsicht über näher bezeichnete Teilprojekte im Zuge des Teilneubaus Kaiser-Franz-Josef Spital in 1100 Wien. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach den Kriterien Angebotspreis, gewichtet mit 50 %, Firmenreferenzen (gewichtet mit 10 %), Erfahrung des Projektleiters der ÖBA (gewichtet mit 10 %) und Konzept (gewichtet mit 30 %) erteilt werden. Das Ende der Angebotsfrist war der 18.3.2011. Neben anderen Bewerbern hat sich auch die antragstellende Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligt.

Mit Schreiben vom 22.6.2011, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen, hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung mitgeteilt, wonach beabsichtigt ist, den Zuschlag einer anderen Bietergemeinschaft zu erteilen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 1.7.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Die Antragstellerin geht davon aus, dass sie mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht ist. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre sowohl das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch jenes der weiteren, vor ihr gereihten Bieter, auszuschneiden. Im Wesentlichen macht die Antragstellerin geltend, die Zuschlagsentscheidung sei mangelhaft, weil sie nicht alle Informationen enthalte, die ein Bieter benötige um beurteilen zu können, ob eine Anfechtung derselben sinnvoll sei. Dazu komme, dass die Antragsgegnerin offenbar eine unvollständige Angebotsprüfung zu den Fragen der Vorarbeitenthematik und der Mehrfachbeteiligung von Bietern durchgeführt habe. Diese Problematik hätte ihr bei einer gewissenhaften Prüfung auffallen müssen und letztlich zu einem Ausscheiden sowohl des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch der nachgereihten Bieter führen müssen. Eine Ausscheidung dieser Angebote würde eine andere Bestbieterreihung ergeben, wonach die Antragstellerin selbst den Zuschlag erhalten müsste. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 1.7.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Die Antragstellerin geht davon aus, dass sie mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht ist. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre sowohl das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch jenes der weiteren, vor ihr gereihten Bieter, auszuschneiden. Im Wesentlichen macht die Antragstellerin geltend, die Zuschlagsentscheidung sei mangelhaft, weil sie nicht alle Informationen enthalte, die ein Bieter benötige um beurteilen zu können, ob eine Anfechtung derselben sinnvoll sei. Dazu komme, dass die Antragsgegnerin offenbar eine unvollständige Angebotsprüfung zu den Fragen der Vorarbeitenthematik und der Mehrfachbeteiligung von Bietern durchgeführt habe. Diese Problematik hätte ihr bei einer gewissenhaften Prüfung auffallen müssen und letztlich zu einem Ausscheiden sowohl des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch der nachgereihten Bieter führen müssen. Eine Ausscheidung dieser Angebote würde eine andere Bestbieterreihung ergeben, wonach die Antragstellerin selbst den Zuschlag erhalten müsste.

Durch die angefochtene Entscheidung fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung, Fortsetzung und Beendigung des Vergabeverfahrens, dies auch unter Einhaltung der Grundsätze des fairen und lauten Wettbewerbs sowie des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Nichtdiskriminierung, verletzt. Weiters sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf rechtskonforme Prüfung und Beurteilung aller Angebote sowie der Vornahme des Ausscheidens von Angeboten von Mitbewerbern, bei Vorliegen von Ausscheidungsgründen, verletzt. Letztlich sei die Antragstellerin durch die Nichtausscheidung der vor ihr gereihten Angebote in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, würde ihr durch diese Nichtberücksichtigung ein näher bezifferter Schaden durch entgangenen Gewinn drohen. Dazu kämen noch die Kosten der Angebotslegung, der rechtsfreundlichen Vertretung und die von ihr entrichteten Pauschalgebühren.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 5.7.2011 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schreiben vom 11.7.2011 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge und, soweit für die Beurteilung der Rechtssache von Bedeutung, geltend gemacht, der Antragstellerin würde es an der Antragslegitimation wegen mangelnder Befugnis fehlen. Nach § 21 Abs. 3 ZTG sei eine Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Gewerbetreibenden nur zulässig, wenn diese zu ausführenden Tätigkeiten nicht berechtigt sind. Nach dieser Bestimmung dürften Ziviltechnikergesellschaften ausschließlich den Ziviltechnikerberuf ausüben und demnach nicht auch noch andere Zwecke verfolgen. Im Ergebnis dürfen daher vor allem Baumeister und Architekten ihren Beruf nicht in einer gemeinsamen Gesellschaft ausüben. Das Bietergemeinschaftsmitglied *** GmbH (im Folgenden ***) der Antragstellerin verfüge über Gewerbeberechtigungen mit dem Wortlaut "Baumeister gemäß § 94 Z 5 GewO 1994, ausgenommen ausführende Tätigkeiten". § 21 Abs. 3 ZTG stelle ausschließlich auf die abstrakte Berechtigung zur Ausübung einer ausführenden Tätigkeit ab, weshalb die im Gewerbewortlaut ersichtliche Einschränkung unbeachtlich wäre. Solange über diese Einschränkung nicht bescheidmäßig abgesprochen sei bzw. festgestellt wurde, dass die *** keine ausführende Tätigkeit verrichten dürfe, könne die *** die Eintragung im Gewerberegister jederzeit einseitig ändern. Damit verstoße der Zusammenschluss der Antragstellerin, bestehend aus einer Ziviltechnikergesellschaft mit der *** GmbH gegen § 21 Abs. 3 ZTG, weshalb deren Angebot auszuschneiden wäre. Damit fehle es der Antragstellerin aber auch an der Antragslegitimation, welche nicht über die erforderliche Befugnis verfüge. Die übrigen von der Antragstellerin geltend gemachten Anfechtungsgründe wurden von der Antragsgegnerin im Detail bestritten. Mit Schreiben vom 11.7.2011 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge und, soweit für die Beurteilung der Rechtssache von Bedeutung, geltend gemacht, der Antragstellerin würde es an der Antragslegitimation wegen mangelnder Befugnis fehlen. Nach Paragraph 21, Absatz 3, ZTG sei eine Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Gewerbetreibenden nur zulässig, wenn diese zu ausführenden Tätigkeiten nicht berechtigt sind. Nach dieser Bestimmung dürften Ziviltechnikergesellschaften ausschließlich den Ziviltechnikerberuf ausüben und demnach nicht auch noch andere Zwecke verfolgen. Im Ergebnis dürfen daher vor allem Baumeister und Architekten ihren Beruf nicht in einer gemeinsamen Gesellschaft ausüben. Das Bietergemeinschaftsmitglied *** GmbH (im Folgenden ***) der Antragstellerin verfüge über Gewerbeberechtigungen mit dem Wortlaut "Baumeister gemäß Paragraph 94, Ziffer 5, GewO 1994, ausgenommen ausführende Tätigkeiten". Paragraph 21, Absatz 3, ZTG stelle ausschließlich auf die abstrakte Berechtigung zur Ausübung einer ausführenden Tätigkeit ab, weshalb die im Gewerbewortlaut ersichtliche Einschränkung unbeachtlich wäre. Solange über diese Einschränkung nicht bescheidmäßig abgesprochen sei bzw. festgestellt wurde, dass die *** keine ausführende Tätigkeit verrichten dürfe, könne die *** die Eintragung im Gewerberegister jederzeit einseitig ändern. Damit verstoße der Zusammenschluss der Antragstellerin, bestehend aus einer Ziviltechnikergesellschaft mit der *** GmbH gegen Paragraph 21, Absatz 3, ZTG, weshalb deren Angebot auszuschneiden wäre. Damit fehle es der Antragstellerin aber auch an der Antragslegitimation, welche nicht über die erforderliche Befugnis verfüge. Die übrigen von der Antragstellerin geltend gemachten Anfechtungsgründe wurden von der Antragsgegnerin im Detail bestritten.

Mit Schriftsatz vom 11.7.2011 ist die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Bietergemeinschaft als Partei dem Verfahren beigetreten, hat gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und neben Bestreitung der von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten ebenfalls geltend gemacht, dass nach ständiger Judikatur des VwGH einem Antragsteller in einem Vergabekontrollverfahren die Antragslegitimation fehle, wenn er aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden sei. Nun verstoße die Bildung der antragstellenden Bietergemeinschaft gegen § 21 Abs. 3 ZTG, weil dieser sowohl Ziviltechniker als auch zur Ausübung von ausführenden Tätigkeiten berechnete Gewerbetreibende angehören. Die RVP GmbH weise eine Gewerbeberechtigung als Baumeister gemäß § 94 Z 5 GewO 1994 auf, wobei bemerkenswert sei, dass erst kürzlich im Gewerberegister dem Gewerbewortlaut die Wortfolge "ausgenommen ausführende Tätigkeiten" angefügt worden sei. Es sei zu prüfen, ob diese Änderung des Gewerberegisters im betreffenden Bescheid Deckung finde, zumal der einschlägige § 99 GewO keine "Ausklammerung" ausführender Tätigkeiten bei der Gewerbeberechtigung "Baumeister" vorsehe. Liege ein Verstoß gegen das Koalitionsverbot des § 21 Abs. 3 ZTG vor, wäre das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Mit Schriftsatz vom 11.7.2011 ist die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Bietergemeinschaft als Partei dem Verfahren beigetreten, hat gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und neben Bestreitung der von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten ebenfalls geltend gemacht, dass nach ständiger Judikatur des VwGH

einem Antragsteller in einem Vergabekontrollverfahren die Antragslegitimation fehle, wenn er aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden sei. Nun verstoße die Bildung der antragstellenden Bietergemeinschaft gegen Paragraph 21, Absatz 3, ZTG, weil dieser sowohl Ziviltechniker als auch zur Ausübung von ausführenden Tätigkeiten berechnigte Gewerbetreibende angehören. Die RVP GmbH weise eine Gewerbeberechnigung als Baumeister gemäß Paragraph 94, Ziffer 5, GewO 1994 auf, wobei bemerkenswert sei, dass erst kürzlich im Gewerbeverzeichnis dem Gewerbewortlaut die Wortfolge "ausgenommen ausführende Tätigkeiten" angefügt worden sei. Es sei zu prüfen, ob diese Änderung des Gewerbeverzeichnisses im betreffenden Bescheid Deckung finde, zumal der einschlägige Paragraph 99, GewO keine "Ausklammerung" ausführender Tätigkeiten bei der Gewerbeberechnigung "Baumeister" vorsehe. Liege ein Verstoß gegen das Koalitionsverbot des Paragraph 21, Absatz 3, ZTG vor, wäre das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden.

Zu diesem Vorbringen sowohl der Antragsgegnerin als auch der Teilnahmeberechtigten hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 21. Juli 2011 Stellung genommen und zunächst die Ansicht vertreten, dass deren Vorbringen zur Antragslegitimation unzulässig wäre, da die Antragslegitimation in einem Nachprüfungsverfahren nur aufgrund der Aktenlage des Vergabeverfahrens geprüft werden dürfe. Im Übrigen bestreite sie, dass ein Ausscheidungsgrund vorliege, weil das Mitglied der Bietergemeinschaft *** GmbH kein Gewerbetreibender im Sinne des § 21 Abs. 3 ZTG wäre. Die *** GmbH verfüge zwar über eine Gewerbeberechnigung als Baumeister nach § 94 Z 5 GewO 1994. Der Berechnigungsumfang sei jedoch ausdrücklich dahingehend eingeschränkt worden, dass ausführende Tätigkeiten nicht davon beinhaltet sind. Die *** GmbH habe "den zur Erbringung ausführender Leistungen berechnigenden Teil der Gewerbeberechnigung, der Eingabe vom 25. August 2010 zurückgelegt. Demnach ist die *** GmbH nicht zur Erbringung von ausführenden Tätigkeiten berechnigt". Die Bietergemeinschaft der Antragstellerin verstoße somit nicht gegen § 21 Abs. 3 ZTG, weshalb ihr jedenfalls Antragslegitimation zukomme.

Zu diesem Vorbringen sowohl der Antragsgegnerin als auch der Teilnahmeberechtigten hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 21. Juli 2011 Stellung genommen und zunächst die Ansicht vertreten, dass deren Vorbringen zur Antragslegitimation unzulässig wäre, da die Antragslegitimation in einem Nachprüfungsverfahren nur aufgrund der Aktenlage des Vergabeverfahrens geprüft werden dürfe. Im Übrigen bestreite sie, dass ein Ausscheidungsgrund vorliege, weil das Mitglied der Bietergemeinschaft *** GmbH kein Gewerbetreibender im Sinne des Paragraph 21, Absatz 3, ZTG wäre. Die *** GmbH verfüge zwar über eine Gewerbeberechnigung als Baumeister nach Paragraph 94, Ziffer 5, GewO 1994. Der Berechnigungsumfang sei jedoch ausdrücklich dahingehend eingeschränkt worden, dass ausführende Tätigkeiten nicht davon beinhaltet sind. Die *** GmbH habe "den zur Erbringung ausführender Leistungen berechnigenden Teil der Gewerbeberechnigung, der Eingabe vom 25. August 2010 zurückgelegt. Demnach ist die *** GmbH nicht zur Erbringung von ausführenden Tätigkeiten berechnigt". Die Bietergemeinschaft der Antragstellerin verstoße somit nicht gegen Paragraph 21, Absatz 3, ZTG, weshalb ihr jedenfalls Antragslegitimation zukomme.

Dazu hat die Teilnahmeberechnigte mit Schriftsatz vom 27.7.2011 ergänzend vorgebracht, wenn die Antragstellerin vorbringe, die *** GmbH hätte die Gewerbeberechnigung teilweise zurückgelegt sei zunächst fraglich, inwiefern eine derartige teilweise Zurücklegung in § 86 GewO Deckung finde. Unabhängig davon bleibe der ursprüngliche (Bewilligungs-) Bescheid gemäß § 340 Abs. 2 GewO jedoch unverändert. Nach Ansicht der Teilnahmeberechtigten ist eine Zurücklegung einer Gewerbeberechnigung nur zur Gänze möglich. Auch aus der Bestimmung des § 99 Abs. 3 und 5 GewO ergebe sich nicht, dass eine Einschränkung der Baumeisterberechnigung auf ausschließliche Planungstätigkeiten zulässig sei.

Dazu hat die Teilnahmeberechnigte mit Schriftsatz vom 27.7.2011 ergänzend vorgebracht, wenn die Antragstellerin vorbringe, die *** GmbH hätte die Gewerbeberechnigung teilweise zurückgelegt sei zunächst fraglich, inwiefern eine derartige teilweise Zurücklegung in Paragraph 86, GewO Deckung finde. Unabhängig davon bleibe der ursprüngliche (Bewilligungs-) Bescheid gemäß Paragraph 340, Absatz 2, GewO jedoch unverändert. Nach Ansicht der Teilnahmeberechtigten ist eine Zurücklegung einer Gewerbeberechnigung nur zur Gänze möglich. Auch aus der Bestimmung des Paragraph 99, Absatz 3 und 5 GewO ergebe sich nicht, dass eine Einschränkung der Baumeisterberechnigung auf ausschließliche Planungstätigkeiten zulässig sei.

Auch die Antragsgegnerin hat in ihrem Schriftsatz vom 28.7.2011 einen ähnlichen Rechtsstandpunkt vertreten und abermals ausgeführt, für die Frage des Zusammenschlusses zwischen Ziviltechnikern und Gewerbetreibenden sei ausschließlich relevant, ob der Gewerbetreibende zu ausführenden Tätigkeiten abstrakt berechnigt sei. Der Umfang der einem Gewerbetreibenden erteilten Gewerbeberechnigung richte sich allein nach dem Spruch des entsprechenden Bewilligungsbescheides. Nur dem Spruch komme rechtliche Geltung (Verbindlichkeit) zu. Eine Meldung an das

Gewerberegister zum Umfang der Gewerbeausübung vermöge den normativen Inhalt und damit die abstrakte Berechtigung des Bescheidadressaten nicht zu verändern. Die Meldung an das Gewerberegister könne vielmehr jederzeit einseitig zurückgenommen werden. Solange im Spruch des an die *** GmbH gerichteten gewerberechtlichen Bewilligungsbescheides nicht ausgeführt wird, dass dieses Mitglied der Bietergemeinschaft zu keinen ausführenden Tätigkeiten berechtigt ist, verstoße der Zusammenschluss der Antragstellerin gegen geltendes Recht und fehle es dieser an der Antragslegitimation für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren.

Diesen Ausführungen ist die Antragstellerin im Schriftsatz vom 9.8.2011 entgegen

getreten und hat zur Antragslegitimation abermals ausgeführt, dass "die

Antragstellerin weder abstrakt noch konkret ... zu ausführenden Tätigkeiten iSd § 21

Abs. 3 ZTG berechtigt ist. Es ist auch nicht zutreffend, dass die Antragstellerin über

die Befugnis "Baumeister" verfügt ... sondern gerade nur über die eingeschränkte

Befugnis "Baumeister, ausgenommen ausführende Tätigkeiten".

Abschließend führt die Antragstellerin aus, dass "unabhängig von jeglichen

gewerberechtlichen Diskursen ... daher festzuhalten (ist), dass die zuständige

Gewerbebehörde der *** GmbH eine aus dem offenen Gewerberegister ersichtliche Befugnis zuerkannt hat, die mit § 21 Abs. 3 ZTG kompatibel ist. Daran ist der Auftraggeber (und sind die anderen Bieter) gebunden" Gewerbebehörde der *** GmbH eine aus dem offenen Gewerberegister ersichtliche Befugnis zuerkannt hat, die mit Paragraph 21, Absatz 3, ZTG kompatibel ist. Daran ist der Auftraggeber (und sind die anderen Bieter) gebunden".

In der mündlichen Verhandlung vom 11.8.2011 hat die Antragsgegnerin ergänzend und erstmals ausgeführt, dass beim Angebot der Antragstellerin ein weiterer Ausscheidungsgrund darin gelegen wäre, dass - wie eine nunmehrige Bewertung der Angebote ergeben habe - die von ihr vorgelegten Referenzen nicht ausreichend wären. Dabei handle es sich um einen nicht verbesserungsfähigen Mangel. Beim Referenznachweis Simmering handle es sich nicht um den Nachweis der Fachbauaufsicht TGA im Krankenhaussektor sondern um die Projektsteuerung beim Geriatriezentrum Simmering. Dabei handle es sich nicht um eine Fachbauaufsicht sondern nur um die Leistungen der Projektsteuerung, Ausschreibung und Tragwerksplanung (Protokoll Seite 5/6).

Nachdem sowohl die Antragsgegnerin als auch die Teilnahmberechtigte vorgebracht haben, der Antragstellerin würde es wegen eines Verstoßes gegen § 21 Abs. 3 ZTG an der Antragslegitimation fehlen, hat der Senat das Nachprüfungsverfahren zunächst auf die Frage der Antragslegitimation eingeschränkt. Die Prüfung dieser Frage hat, wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung noch auszuführen sein wird, zum Ergebnis geführt, dass die Anträge der Antragstellerin wegen mangelnder Antragslegitimation abzuweisen waren, ohne dass sonst die von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten näher zu prüfen gewesen wären. Nachdem sowohl die Antragsgegnerin als auch die Teilnahmberechtigte vorgebracht haben, der Antragstellerin würde es wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 21, Absatz 3, ZTG an der Antragslegitimation fehlen, hat der Senat das Nachprüfungsverfahren zunächst auf die Frage der Antragslegitimation eingeschränkt. Die Prüfung dieser Frage hat, wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung noch auszuführen sein wird, zum Ergebnis geführt, dass die Anträge der Antragstellerin wegen mangelnder Antragslegitimation abzuweisen waren, ohne dass sonst die von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten näher zu prüfen gewesen wären.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 11.8.2011 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Auftraggeberin ist die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund. Die Antragsgegnerin ist unstrittig öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages. Diese Leistungen, nämlich örtliche Bauaufsicht und Fachbauaufsicht, sollen im Zuge des Teilneubaues Kaiser-Franz-Josef Spital in Wien 10 erbracht werden. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 18.3.2011. Neben anderen Bewerbern hat sich auch die

antragstellende Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligt. Auftraggeberin ist die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund. Die Antragsgegnerin ist unstrittig öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages. Diese Leistungen, nämlich örtliche Bauaufsicht und Fachbauaufsicht, sollen im Zuge des Teilneubaues Kaiser-Franz-Josef Spital in Wien 10 erbracht werden. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 18.3.2011. Neben anderen Bewerbern hat sich auch die antragstellende Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligt.

Die für das Nachprüfungsverfahren maßgeblichen Vergabebestimmungen werden nachstehend wie folgt wiedergegeben:

Nach dem Angebotsformblatt Punkt 13 hat die Bietergemeinschaft unter anderem eine Verpflichtungserklärung zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft abzugeben (Beilage 06 zu Punkt 13).

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit hatten die Bieter unter anderem als Mindestanforderung Referenznachweise von jeweils drei Projekten in folgenden Fachbereichen zu erbringen:

"Örtliche Bauaufsicht Baugröße 20 Mio. Euro Baukosten Fachbauaufsicht TGA im Krankenhaussektor größer als 10 Mio. Euro Baukosten Fachbauaufsicht MT größer als 10 Mio. Euro Baukosten (Beilage zu Punkt 13.08.01 der Ausschreibungsunterlagen)."

Die antragstellende Bietergemeinschaft besteht aus einer Ziviltechniker GmbH deren Befugnis unstrittig ist.

Das zweite Mitglied der Bietergemeinschaft *** verfügt laut Eintragung im Gewerberegister des Magistrates der Stadt Graz, Register 601, Gewerberegister Nr. 046998 ab 9.7.2004 über eine Gewerbeberechtigung mit dem Gewerbewortlaut "Baumeister gemäß § 94 Z 5 GewO 1994". Ab 25.8.2010 wurde eine Änderung des Gewerbewortlautes eingetragen, dieser lautet nunmehr wie folgt: "Baumeister gemäß § 94 Z 5 GewO 1994, ausgenommen ausführende Tätigkeiten" (Gewerberegistrauszug mit historischen Daten vom 10.8.2011). Das zweite Mitglied der Bietergemeinschaft *** verfügt laut Eintragung im Gewerberegister des Magistrates der Stadt Graz, Register 601, Gewerberegister Nr. 046998 ab 9.7.2004 über eine Gewerbeberechtigung mit dem Gewerbewortlaut "Baumeister gemäß Paragraph 94, Ziffer 5, GewO 1994". Ab 25.8.2010 wurde eine Änderung des Gewerbewortlautes eingetragen, dieser lautet nunmehr wie folgt: "Baumeister gemäß Paragraph 94, Ziffer 5, GewO 1994, ausgenommen ausführende Tätigkeiten" (Gewerberegistrauszug mit historischen Daten vom 10.8.2011).

Dieser Eintragung liegt folgendes Ersuchen der *** vom 25.8.2010 zugrunde:

"Referat Gewerbeverfahren

Schmiedgasse 26

8011 Graz

Graz, 25.08.2010

Abänderung der Befugnis

Mitteilung der Standortverlegung

Zusendung aktueller Gewerbeauszug

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir ersuchen Sie betreffend unserer aktuellen Gewerberegistrierung, siehe beigefügtes pdf (Auszug aus dem Gewerberegister vom 23.06.2010), um folgende

Abänderungen:

Befugnis:

Derzeit haben wir aktuell eine umfassende Baumeisterbefugnis gemäß § 94 Z. 5 GewO 1994. Derzeit haben wir aktuell eine umfassende Baumeisterbefugnis gemäß Paragraph 94, Ziffer 5, GewO 1994.

Wir ersuchen Sie, diese auf Baumeisterbefugnis für planende und beratende Tätigkeiten einzuschränken.

Standortverlegung:

Unsere neue Adresse ist ***.

Wir ersuchen Sie um Zusendung eines aktualisierten Auszugs aus dem Gewerbeverzeichnis.

Mit bestem Dank im Voraus verbleiben wir"

Ein Bescheid, wonach das Mitglied der Bietergemeinschaft *** zu ausführenden Tätigkeiten nicht berechtigt ist, wurde von der Antragstellerin nicht vorgelegt, ein derartiger Bescheid ist auch im Zentralen Gewerbeverzeichnis nicht ersichtlich.

Die Antragstellerin hat mit ihren Referenzen auch eine Referenzbestätigung vorgelegt, wobei es sich um den Nachweis der Projektsteuerung TGA beim Geriatriezentrum Simmering handelt. Mit dieser, mit dem Angebot vorgelegten Referenz werden nur die Leistungen Projektsteuerung, Ausschreibung und Tragwerksplanung bestätigt, nicht aber eine fachspezifische Bauaufsicht. Dazu hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 11.8.2011 eine textlich anders lautende Referenzbestätigung vorgelegt, wonach es sich bei den von ihr erbrachten Leistungen um die Projektsteuerung, örtliche Bauaufsicht inklusive MT (Medizintechnik) und Baustellenkoordination, Prüfingenieur, Tragwerksplanung und Ausschreibung gehandelt hat (Protokoll Seite 6).

Die Zuschlagsentscheidung vom 22.6.2011 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Ihr Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zur Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 1.7.2011 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vornehmlich aufgrund des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie der amtswegig eingeholten, Auskunft aus dem Zentralen Gewerbeverzeichnis. Danach war festzustellen, dass der *** mit Wirksamkeit vom 9.7.2004 die Gewerbeberechtigung mit dem Gewerbewortlaut "Baumeister gemäß § 94 Z 5 GewO 1994" verliehen wurde. Weiters war festzustellen, dass auf Grundlage des Ersuchens der *** vom 25.8.2010 mit Wirksamkeit vom gleichen Tage der Gewerbewortlaut auf "Baumeister gemäß § 94 Z 5 GewO 1994, ausgenommen ausführende Tätigkeiten" eingetragen wurde. Dass dieser Eintragung ein Bescheid im Sinne des § 29 GewO zugrunde liegt bzw. dass ein Bescheid mit diesem Gewerbewortlaut der *** GmbH zugestellt worden wäre, wurde weder behauptet noch konnte dieser Umstand festgestellt werden. Da sich der Senat vorweg aufgrund des Vorbringens sowohl der Antragsgegnerin als auch der Teilnahmeberechtigten mit der Frage der Antragslegitimation der Antragstellerin befasst hat, konnten Feststellungen zu den sonst geltend gemachten Rechtswidrigkeiten unterbleiben. Die von der Antragstellerin vorgelegten Auskünfte der WKO Steiermark vom 10.5.2011 sowie die Auskunft der Wirtschaftskammer Österreich - Geschäftsstelle Bau vom 18.7.2011, werden im Zuge der rechtlichen Beurteilung behandelt. Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vornehmlich aufgrund des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie der amtswegig eingeholten, Auskunft aus dem Zentralen Gewerbeverzeichnis. Danach war festzustellen, dass der *** mit Wirksamkeit vom 9.7.2004 die Gewerbeberechtigung mit dem Gewerbewortlaut "Baumeister gemäß Paragraph 94, Ziffer 5, GewO 1994" verliehen wurde. Weiters war festzustellen, dass auf Grundlage des Ersuchens der *** vom 25.8.2010 mit Wirksamkeit vom gleichen Tage der Gewerbewortlaut auf "Baumeister gemäß Paragraph 94, Ziffer 5, GewO 1994, ausgenommen ausführende Tätigkeiten" eingetragen wurde. Dass dieser Eintragung ein Bescheid im Sinne des Paragraph 29, GewO zugrunde liegt bzw. dass ein Bescheid mit diesem Gewerbewortlaut der *** GmbH zugestellt worden wäre, wurde weder behauptet noch konnte dieser Umstand festgestellt werden. Da sich der Senat vorweg aufgrund des Vorbringens sowohl der Antragsgegnerin als auch der Teilnahmeberechtigten mit der Frage der Antragslegitimation der Antragstellerin befasst hat, konnten Feststellungen zu den sonst geltend gemachten Rechtswidrigkeiten unterbleiben. Die von der Antragstellerin vorgelegten Auskünfte der WKO Steiermark vom 10.5.2011 sowie die Auskunft der Wirtschaftskammer Österreich - Geschäftsstelle Bau vom 18.7.2011, werden im Zuge der rechtlichen Beurteilung behandelt.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt über eine vergebende Stelle ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich der örtlichen Bauaufsicht und Fachbauaufsicht im Zuge des Teilneubaues Kaiser-Franz-Josef Spital in Wien 10. Die Kundmachung des Verfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Unter anderem hat sich auch die antragstellende Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im

Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt über eine vergebende Stelle ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich der örtlichen Bauaufsicht und Fachbauaufsicht im Zuge des Teilneubaues Kaiser-Franz-Josef Spital in Wien 10. Die Kundmachung des Verfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Unter anderem hat sich auch die antragstellende Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeiten begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten ebenso ausreichend dargelegt wie den ihr drohenden Schaden. Die Antragstellerin ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die im § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich wurden entrichtet. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeiten begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten ebenso ausreichend dargelegt wie den ihr drohenden Schaden. Die Antragstellerin ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die im Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich wurden entrichtet. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die angefochtene Entscheidung ist der Antragstellerin am 22.6.2011 im Faxwege zugegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der selben ist am 1.7.2011 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007, in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die angefochtene Entscheidung ist der Antragstellerin am 22.6.2011 im Faxwege zugegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der selben ist am 1.7.2011 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007, in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Der Antrag ist im Ergebnis jedoch nicht berechtigt.

Wie bereits mehrfach erwähnt, hat sich der Senat zunächst auf die Frage beschränkt, ob das Angebot der Antragstellerin wegen eines Verstoßes der Bietergemeinschaft gegen die Bestimmung des § 21 Abs. 3 ZTG - wie von Antragsgegnerin und Teilnahmberechtigten vorgebracht - auszuschneiden gewesen wäre oder nicht. Wie bereits mehrfach erwähnt, hat sich der Senat zunächst auf die Frage beschränkt, ob das Angebot der Antragstellerin wegen eines Verstoßes der Bietergemeinschaft gegen die Bestimmung des Paragraph 21, Absatz 3, ZTG - wie von Antragsgegnerin und Teilnahmberechtigten vorgebracht - auszuschneiden gewesen wäre oder nicht.

Dazu hat die Antragstellerin zunächst vorgebracht, dieses Vorbringen der beiden Parteien wäre nicht zulässig, weil nach ständiger Rechtsprechung des Höchstgerichtes "die Antragslegitimation in einem Nachprüfungsverfahren nur aufgrund der Aktenlage des Vergabeverfahrens geprüft werden" darf.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin hält sich der Senat durchaus für berechtigt und befugt, die Antragslegitimation der Antragstellerin von Amts wegen zu prüfen. Dabei hat die Vergabekontrollbehörde bei der Prüfung der Zulässigkeit des Antrages im Sinne der Officialmaxime und des Grundsatzes der materiellen Wahrheit

einen von ihr erkannten Ausschlussgrund aufzugreifen, auch wenn dieser Grund vom Auftraggeber nicht herangezogen worden ist (VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095; VwGH 27.5.2009, 2008/04/0041). Die Prüfung anhand der Aktenlage wurde durch Einsicht in das öffentliche Zentrale Gewerbeverzeichnis ergänzt.

Auszugehen ist nach den Feststellungen davon, dass die Antragstellerin als Bietergemeinschaft von zwei Mitgliedern auftritt, wobei das erste Mitglied über eine Ziviltechnikerbefugnis nach dem ZTG verfügt, während das zweite Mitglied im Zeitpunkt der Angebotsabgabe über die Gewerbeberechtigung eines "Baumeisters gemäß § 94 Z 5 GewO 1994, ausgenommen ausführende Tätigkeiten" verfügte. Weiters ist zu berücksichtigen, dass ursprünglich eingetragen war die Gewerbeberechtigung mit dem Gewerbewortlaut "Baumeister gemäß § 94 Z 5 GewO 1994", die Einschränkung erst sechs Jahre später über Antrag der *** vorgenommen wurde. Auszugehen ist nach den Feststellungen davon, dass die Antragstellerin als Bietergemeinschaft von zwei Mitgliedern auftritt, wobei das erste Mitglied über eine Ziviltechnikerbefugnis nach dem ZTG verfügt, während das zweite Mitglied im Zeitpunkt der Angebotsabgabe über die Gewerbeberechtigung eines "Baumeisters gemäß Paragraph 94, Ziffer 5, GewO 1994, ausgenommen ausführende Tätigkeiten" verfügte. Weiters ist zu berücksichtigen, dass ursprünglich eingetragen war die Gewerbeberechtigung mit dem Gewerbewortlaut "Baumeister gemäß Paragraph 94, Ziffer 5, GewO 1994", die Einschränkung erst sechs Jahre später über Antrag der *** vorgenommen wurde.

Nach § 21 Abs. 3 ZTG ist für Ziviltechniker die Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Gewerbetreibenden nur zulässig, wenn diese zu ausführenden Tätigkeiten nicht berechtigt sind. Nach Paragraph 21, Absatz 3, ZTG ist für Ziviltechniker die Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Gewerbetreibenden nur zulässig, wenn diese zu ausführenden Tätigkeiten nicht berechtigt sind.

Nach den Ausschreibungsbedingungen Punkt 13.06 haben sich die Mitglieder der Bietergemeinschaft verpflichtet im Auftragsfall eine Arbeitsgemeinschaft zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen zu bilden. Beim Zusammenschluss zu einer ARGE handelt es sich unstrittig um die Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die einen gemeinsamen wirtschaftlichen Zweck (Erwerbszweck) verfolgt (vgl. Rummel, ABGB3, RZ 17 zu § 1175). Da die BIEGE im Falle der Zuschlagserteilung eine ARGE zu gründen hat, gelten für sie im Hinblick auf die zu erbringenden Berufsbefugnisse die gleichen Voraussetzungen wie für die ARGE (vgl. VfGH 21.6.2004, B 531/02). Nach Lehre und Rechtsprechung darf der gemeinsame Zweck einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, damit auch einer ARGE, nicht rechtswidrig sein, also weder gegen gesetzliche Gebote noch gegen die guten Sitten verstoßen. Bei dieser Beurteilung ist auf den konkreten Betriebsgegenstand der Gesellschaft bürgerlichen Rechts abzustellen. Die gemeinsame Ausübung freier Berufe ist vielfach bestimmten Rechtsformen vorbehalten, sodass dafür eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht in Betracht kommt. Dies gilt etwa für Wirtschaftstreuhand (§ 66 WTBG), für Ziviltechniker (§ 21 ZTG) oder für Gruppenpraxen von Ärzten (§ 52a Abs. 1 und 3 ÄrzteG (Rummel, ABGB3, RZ 19 zu § 1175). Da sich die Antragstellerin mit der Abgabe ihres Angebotes dazu verpflichtet hat, im Falle der Auftragserteilung eine ARGE zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen zu bilden, kann sie aufgrund ihrer Zusammensetzung dieser Verpflichtung ohne Verstoß gegen geltende Gesetze nicht entsprechen. Nach den Ausschreibungsbedingungen Punkt 13.06 haben sich die Mitglieder der Bietergemeinschaft verpflichtet im Auftragsfall eine Arbeitsgemeinschaft zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen zu bilden. Beim Zusammenschluss zu einer ARGE handelt es sich unstrittig um die Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die einen gemeinsamen wirtschaftlichen Zweck (Erwerbszweck) verfolgt (vergleiche Rummel, ABGB3, RZ 17 zu Paragraph 1175,). Da die BIEGE im Falle der Zuschlagserteilung eine ARGE zu gründen hat, gelten für sie im Hinblick auf die zu erbringenden Berufsbefugnisse die gleichen Voraussetzungen wie für die ARGE (vergleiche VfGH 21.6.2004, B 531/02). Nach Lehre und Rechtsprechung darf der gemeinsame Zweck einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, damit auch einer ARGE, nicht rechtswidrig sein, also weder gegen gesetzliche Gebote noch gegen die guten Sitten verstoßen. Bei dieser Beurteilung ist auf den konkreten Betriebsgegenstand der Gesellschaft bürgerlichen Rechts abzustellen. Die gemeinsame Ausübung freier Berufe ist vielfach bestimmten Rechtsformen vorbehalten, sodass dafür eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht in Betracht kommt. Dies gilt etwa für Wirtschaftstreuhand (Paragraph 66, WTBG), für Ziviltechniker (Paragraph 21, ZTG) oder für Gruppenpraxen von Ärzten (Paragraph 52 a, Absatz eins und 3 ÄrzteG (Rummel, ABGB3, RZ 19 zu Paragraph 1175,). Da sich die Antragstellerin mit der Abgabe ihres Angebotes dazu verpflichtet hat, im Falle der Auftragserteilung eine ARGE zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen zu bilden, kann sie aufgrund ihrer Zusammensetzung dieser Verpflichtung ohne Verstoß gegen geltende Gesetze nicht entsprechen.

Es ist nun zu prüfen, ob ein Zusammenschluss mit dem Mitglied der Bietergemeinschaft *** aufgrund dessen

Gewerbeberechtigung einen Verstoß gegen § 21 Abs. 3 ZTG bildet. Dazu hat die Antragstellerin zunächst im Wesentlichen dahingehend argumentiert, die *** GmbH habe "den zur Erbringung ausführender Leistungen berechtigenden Teil der Gewerbeberechtigung, mit Eingabe vom 25. August 2010 zurückgelegt. Demnach ist die *** GmbH nicht zur Erbringung von ausführenden Tätigkeiten berechtigt.". Es liege eine (teilweise) Zurücklegung der Gewerbeberechtigung iSd § 85 Z 7, 86 Abs. 1 GewO 1994 vor, welche die Gewerbeberechtigung beendet und dementsprechend im Gewerberegister ersichtlich gemacht wurde. Es ist nun zu prüfen, ob ein Zusammenschluss mit dem Mitglied der Bietergemeinschaft *** aufgrund dessen Gewerbeberechtigung einen Verstoß gegen Paragraph 21, Absatz 3, ZTG bildet. Dazu hat die Antragstellerin zunächst im Wesentlichen dahingehend argumentiert, die *** GmbH habe "den zur Erbringung ausführender Leistungen berechtigenden Teil der Gewerbeberechtigung, mit Eingabe vom 25. August 2010 zurückgelegt. Demnach ist die *** GmbH nicht zur Erbringung von ausführenden Tätigkeiten berechtigt.". Es liege eine (teilweise) Zurücklegung der Gewerbeberechtigung iSd Paragraph 85, Ziffer 7, 86, Absatz eins, GewO 1994 vor, welche die Gewerbeberechtigung beendet und dementsprechend im Gewerberegister ersichtlich gemacht wurde.

Mit Schreiben vom 25.8.2010 hat die *** die zuständige Gewerbebehörde ersucht, ihre "umfassende Baumeisterbefugnis gemäß § 94 Z 5 GewO 1994 "auf Baumeisterbefugnis für planende und beratende Tätigkeiten einzuschränken". Nach Ansicht des Senates kann dieses Schreiben nur dahingehend verstanden werden, dass die *** ihre Baumeisterbefugnis nicht auch nur teilweise zurücklegen sondern teilweise ruhend stellen wollte, indem sie in Hinkunft nur planende und beratende Tätigkeiten ausüben werde, nicht jedoch ausführende Tätigkeiten. Die Gewerbeordnung 1994 kennt in § 85 die Endigung und das Ruhen einer Gewerbeberechtigung, in § 86 die Zurücklegung einer Gewerbeberechtigung und in § 87 die Entziehung der Gewerbeberechtigung. Eine teilweise Zurücklegung einer Gewerbeberechtigung ist auch im § 86 GewO 1994 nicht ausdrücklich geregelt. Regelungen, die eine "Einschränkung" der Berechtigung ermöglichen, sind dem Gesetz gleichfalls nicht zu entnehmen. Selbst wenn man mit der Antragstellerin davon ausgehen wollte, dass eine teilweise Zurücklegung der Gewerbeberechtigung zulässig ist, wäre für sie nichts gewonnen, weil die Zurücklegung nach § 345 Abs. 1 GewO mittels Anzeige der Gewerbebehörde mitzuteilen ist, die in weiterer Folge eine Eintragung im Gewerberegister vorzunehmen hat. Diese Vorgangsweise wurde von der zuständigen Gewerbebehörde offenbar aufgrund des Schreibens der *** vom 25.8.2010 durchgeführt, indem im Gewerberegister der Gewerbewortlaut um die Wortfolge "ausgenommen ausführende Tätigkeiten" ergänzt wurde. Unstrittig steht fest, dass dieses Ersuchen der *** um "Einschränkung" von der Gewerbebehörde bescheidmässig nicht erledigt worden ist und diese Meldung an das Gewerberegister jederzeit einseitig von der *** zurückgenommen werden kann. Mit Schreiben vom 25.8.2010 hat die *** die zuständige Gewerbebehörde ersucht, ihre "umfassende Baumeisterbefugnis gemäß Paragraph 94, Ziffer 5, GewO 1994 "auf Baumeisterbefugnis für planende und beratende Tätigkeiten einzuschränken". Nach Ansicht des Senates kann dieses Schreiben nur dahingehend verstanden werden, dass die *** ihre Baumeisterbefugnis nicht auch nur teilweise zurücklegen sondern teilweise ruhend stellen wollte, indem sie in Hinkunft nur planende und beratende Tätigkeiten ausüben werde, nicht jedoch ausführende Tätigkeiten. Die Gewerbeordnung 1994 kennt in Paragraph 85, die Endigung und das Ruhen einer Gewerbeberechtigung, in Paragraph 86, die Zurücklegung einer Gewerbeberechtigung und in Paragraph 87, die Entziehung der Gewerbeberechtigung. Eine teilweise Zurücklegung einer Gewerbeberechtigung ist auch im Paragraph 86, GewO 1994 nicht ausdrücklich geregelt. Regelungen, die eine "Einschränkung" der Berechtigung ermöglichen, sind dem Gesetz gleichfalls nicht zu entnehmen. Selbst wenn man mit der Antragstellerin davon ausgehen wollte, dass eine teilweise Zurücklegung der Gewerbeberechtigung zulässig ist, wäre für sie nichts gewonnen, weil die Zurücklegung nach Paragraph 345, Absatz eins, GewO mittels Anzeige der Gewerbebehörde mitzuteilen ist, die in weiterer Folge eine Eintragung im Gewerberegister vorzunehmen hat. Diese Vorgangsweise wurde von der zuständigen Gewerbebehörde offenbar aufgrund des Schreibens der *** vom 25.8.2010 durchgeführt, indem im Gewerberegister der Gewerbewortlaut um die Wortfolge "ausgenommen ausführende Tätigkeiten" ergänzt wurde. Unstrittig steht fest, dass dieses Ersuchen der *** um "Einschränkung" von der Gewerbebehörde bescheidmässig nicht erledigt worden ist und diese Meldung an das Gewerberegister jederzeit einseitig von der *** zurückgenommen werden kann.

Die von der *** begehrte "Einschränkung" ihrer umfassenden Baumeisterbefugnis unterliegt auch nicht den Bestimmungen über das Anzeigeverfahren im Sinne des § 345 GewO 1994. Weder die Voraussetzungen des Abs. 4 noch jene des Abs. 8 leg. cit. sind gegenständlich gegeben. Da die zuständige Gewerbebehörde über die von der *** GmbH beantragte "Einschränkung" nicht bescheidmässig entschieden hat, ist davon auszugehen, dass der ursprünglich

erlassene Bescheid der Gewerbebehörde vom 9.7.2004, der die Grundlage für die Verleihung der Gewerbeberechtigung Baumeister gemäß § 94 Z 5 GewO 1994 abgibt, weiterhin uneingeschränkt besteht. Dabei ist darauf abzustellen, dass nach diesem Bescheid die *** GmbH zu ausführenden Tätigkeiten berechtigt ist, unabhängig davon, ob sie diese derzeit oder in Zukunft konkret ausführen wird. Abzustellen ist allein auf den Berechtigungsumfang des der Eintragung zugrunde liegenden gewerberechtlichen Bescheides, aus dem sich auch der Umfang der Berechtigung ergibt (§ 29 GewO 1994). Durch die Ergänzung des Gewerbewortlautes mit Wirksamkeit vom 25.8.2010 ist eine Änderung im Berechtigungsumfang des der Eintragung zugrunde liegenden Bescheides nicht eingetreten. Die *** ist auch weiterhin berechtigt, ausführende Tätigkeiten - trotz des einschränkenden Beisatzes im Gewerbewortlaut - auszuüben; ein Verstoß gegen gewerberechtliche Vorschriften, etwa Überschreitung ihrer Befugnis, wäre im Falle der Verrichtung ausführender Tätigkeiten nicht gegeben. Die von der *** begehrte "Einschränkung" ihrer umfassenden Baumeisterbefugnis unterliegt auch nicht den Bestimmungen über das Anzeigeverfahren im Sinne des Paragraph 345, GewO 1994. Weder die Voraussetzungen des Absatz 4, noch jene des Absatz 8, leg. cit. sind gegenständlich gegeben. Da die zuständige Gewerbebehörde über die von der *** GmbH beantragte "Einschränkung" nicht bescheidmäßig entschieden hat, ist davon auszugehen, dass der ursprünglich erlassene Bescheid der Gewerbebehörde vom 9.7.2004, der die Grundlage für die Verleihung der Gewerbeberechtigung Baumeister gemäß Paragraph 94, Ziffer 5, GewO 1994 abgibt, weiterhin uneingeschränkt besteht. Dabei ist darauf abzustellen, dass nach diesem Bescheid die *** GmbH zu ausführenden Tätigkeiten berechtigt ist, unabhängig davon, ob sie diese derzeit oder in Zukunft konkret ausführen wird. Abzustellen ist allein auf den Berechtigungsumfang des der Eintragung zugrunde liegenden gewerberechtlichen Bescheides, aus dem sich auch der Umfang der Berechtigung ergibt (Paragraph 29, GewO 1994). Durch die Ergänzung des Gewerbewortlautes mit Wirksamkeit vom 25.8.2010 ist eine Änderung im Berechtigungsumfang des der Eintragung zugrunde liegenden Bescheides nicht eingetreten. Die *** ist auch weiterhin berechtigt, ausführende Tätigkeiten - trotz des einschränkenden Beisatzes im Gewerbewortlaut - auszuüben; ein Verstoß gegen gewerberechtliche Vorschriften, etwa Überschreitung ihrer Befugnis, wäre im Falle der Verrichtung ausführender Tätigkeiten nicht gegeben.

Zutreffend verweist daher die Antragsgegnerin darauf, dass allein maßgebend ist, ob der Spruch des gewerberechtlichen Bewilligungsbescheides die Baumeisterberechtigung der *** GmbH auf planende Tätigkeiten einschränkt bzw. ausführende Tätigkeiten verbietet. Da der bloßen Anzeige der "Einschränkung" einer Gewerbeberechtigung nur deklarative Bedeutung zukommt, die Eintragung im Gewerbeverzeichnis nicht bedeutet, dass der Umfang der Berechtigung damit bescheidmäßig eingeschränkt wird, ist davon auszugehen, dass die *** GmbH weiterhin über die Berechtigung zu ausführenden Tätigkeiten verfügt.

Wollte man das Schreiben der *** GmbH vom 25.8.2010 hingegen als Anzeige des (teilweise?) Ruhens des Gewerbes werten, würde dies nichts daran ändern, dass die *** GmbH auch während des angezeigten Ruhens im Besitz ihrer Gewerbeberechtigung bleibt. Ruhen bedeutet dabei eine längere Nichtausübung einer Gewerbeberechtigung, welche Absicht lediglich der zuständigen Landeskammer anzuzeigen ist. Nach § 93 GewO 1994 ist die Wiederaufnahme ebenfalls nur anzeigepflichtig, ihr kommt deklarativer Charakter nicht zu (Grabler/Stolzlechner/Wendl Gewerbeordnung² RZ 2 und 5 zu § 93). Ein Gewerbetreibender, der während des angezeigten Ruhens seiner Gewerbeausübung dennoch gewerbliche Tätigkeiten durchführt, macht sich keiner unbefugten Gewerbeausübung schuldig, es kann ihm lediglich die Unterlassung der Anzeige der Wiederaufnahme vorgeworfen werden. Wollte man das Schreiben der *** GmbH vom 25.8.2010 hingegen als Anzeige des (teilweise?) Ruhens des Gewerbes werten, würde dies nichts daran ändern, dass die *** GmbH auch während des angezeigten Ruhens im Besitz ihrer Gewerbeberechtigung bleibt. Ruhen bedeutet dabei eine längere Nichtausübung einer Gewerbeberechtigung, welche Absicht lediglich der zuständigen Landeskammer anzuzeigen ist. Nach Paragraph 93, GewO 1994 ist die Wiederaufnahme ebenfalls nur anzeigepflichtig, ihr kommt deklarativer Charakter nicht zu (Grabler/Stolzlechner/Wendl Gewerbeordnung² RZ 2 und 5 zu Paragraph 93,). Ein Gewerbetreibender, der während des angezeigten Ruhens seiner Gewerbeausübung dennoch gewerbliche Tätigkeiten durchführt, macht sich keiner unbefugten Gewerbeausübung schuldig, es kann ihm lediglich die Unterlassung der Anzeige der Wiederaufnahme vorgeworfen werden.

Auch den Auskünften der Wirtschaftskammer Steiermark sowie der Wirtschaftskammer Österreich - Geschäftsstelle Bau, kann eine andere rechtliche Beurteilung nicht entnommen werden. In der Auskunft der Wirtschaftskammer Österreich - Geschäftsstelle Bau wird ausgeführt, "dass aus dem Umstand, dass Gewerbetreibende, die zur Ausübung des Baumeistergewerbes, eingeschränkt auf die Ausführung von Bauten berechtigt sind, keine Bezeichnung

verwenden dürfen, die den Eindruck erwecken könnte, dass sie zur Planung von Bauten berechtigt sind". Diese Bestimmung regelt nach Ansicht des Senates lediglich den Gewerbewortlaut, unter dem ein Gewerbetreibender auftritt, rechtfertigt aber nicht den Umkehrschluss, dass auch eine Einschränkung auf alle Tätigkeiten ausgenommen Ausführung zulässig sein soll. In beiden Auskünften wird jedoch nicht der Standpunkt vertreten, dass der Beifügung "ausgenommen ausführende Tätigkeiten" Bescheidcharakter zukommt oder hierüber ein Bescheid von der Gewerbebehörde auszustellen ist, in der der Umfang der Gewerbeberechtigung neu festgelegt wird.

Da im Zeitpunkt der Angebotseröffnung ein gewerberechtlicher Bewilligungsbescheid nicht vorgelegen ist, wonach die *** GmbH eine Gewerbeberechtigung zum "Baumeister gemäß § 94 Z 5 GewO 1994, ausgenommen ausführende Tätigkeiten" besitzt, ist von der ursprünglich mit Bescheid der Gewerbebehörde vom 9.7.2004 festgelegten Gewerbeberechtigung weiterhin auszugehen. Die Einschränkung, die zwar im Gewerberegister angemerkt wurde, ist somit zur Lösung der gegenständlichen Rechtsfrage nicht weiter zu beachten. Da im Zeitpunkt der Angebotseröffnung ein gewerberechtlicher Bewilligungsbescheid nicht vorgelegen ist, wonach die *** GmbH eine Gewerbeberechtigung zum "Baumeister gemäß Paragraph 94, Ziffer 5, GewO 1994, ausgenommen ausführende Tätigkeiten" besitzt, ist von der ursprünglich mit Bescheid der Gewerbebehörde vom 9.7.2004 festgelegten Gewerbeberechtigung weiterhin auszugehen. Die Einschränkung, die zwar im Gewerberegister angemerkt wurde, ist somit zur Lösung der gegenständlichen Rechtsfrage nicht weiter zu beachten.

Da somit durch die Zusammensetzung der Antragstellerin ein Verstoß gegen § 21 Abs. 3 ZTG vorliegt und die Antragstellerin damit die festgelegten Mindestanforderungen nicht erfüllt, wäre ihr Angebot von der Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung auszuschneiden gewesen (§ 29 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006). Dass die Antragsgegnerin das Angebot nicht ausgeschieden hat, macht ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes oder sonst mangelhaftes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, das im Vergabeverfahren bleiben könnte. Es ist daher ohne Bedeutung, ob die Antragstellerin von der Auftraggeberin formal ausgeschieden wurde oder bloß auszuschneiden gewesen wäre. Auch wenn ein Bieter, obwohl die Voraussetzungen dafür gegeben waren, formell nicht ausgeschieden wurde, ist dessen Antragslegitimation von den Vergabekontrollbehörden gemäß ständiger Spruchpraxis auch des Höchstgerichtes von Amts wegen zu prüfen (vgl. VwGH 26.7.2007, 2003/04/0074; VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039, VKS Wien 16.12.2010, VKS - 12598/10 u.a.). Im Nachprüfungsverfahren hat sich ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin aus den oben dargelegten Gründen auszuschneiden gewesen wäre, weshalb dieser Ausschlussgrund vom Senat im Zuge der Prüfung der Antragslegitimation aufzugreifen war. Im Hinblick darauf, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre, kommt ihr Angebot für die Zuschlagsentscheidung von vornherein nicht in Betracht. Dies bedeutet, dass die Antragstellerin, deren Angebot auszuschneiden gewesen wäre, durch Rechtswidrigkeiten, die das weitere Verfahren betreffen, nicht in ihren Rechten verletzt sein kann, weshalb die Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 WVRG 2007 nicht vorliegen (vgl. VwGH 23.5.2007, 2005/04/0103 und die dort zitierte Judikatur). Da somit durch die Zusammensetzung der Antragstellerin ein Verstoß gegen Paragraph 21, Absatz 3, ZTG vorliegt und die Antragstellerin damit die festgelegten Mindestanforderungen nicht erfüllt, wäre ihr Angebot von der Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung auszuschneiden gewesen (Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006). Dass die Antragsgegnerin das Angebot nicht ausgeschieden hat, macht ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes oder sonst mangelhaftes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, das im Vergabeverfahren bleiben könnte. Es ist daher ohne Bedeutung, ob die Antragstellerin von der Auftraggeberin formal ausgeschieden wurde oder bloß auszuschneiden gewesen wäre. Auch wenn ein Bieter, obwohl die Voraussetzungen dafür gegeben waren, formell nicht ausgeschieden wurde, ist dessen Antragslegitimation von den Vergabekontrollbehörden gemäß ständiger Spruchpraxis auch des Höchstgerichtes von Amts wegen zu prüfen (vergleiche VwGH 26.7.2007, 2003/04/0074; VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039, VKS Wien 16.12.2010, VKS - 12598/10 u.a.). Im Nachprüfungsverfahren hat sich ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin aus den oben dargelegten Gründen auszuschneiden gewesen wäre, weshalb dieser Ausschlussgrund vom Senat im Zuge der Prüfung der Antragslegitimation aufzugreifen war. Im Hinblick darauf, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre, kommt ihr Angebot für die Zuschlagsentscheidung von vornherein nicht in Betracht. Dies bedeutet, dass die Antragstellerin, deren Angebot auszuschneiden gewesen wäre, durch Rechtswidrigkeiten, die das weitere Verfahren betreffen, nicht in ihren Rechten verletzt sein kann, weshalb die Voraussetzungen des Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 nicht vorliegen (vergleiche VwGH 23.5.2007, 2005/04/0103 und die dort zitierte Judikatur).

Aus diesen Gründen war wie im Spruche zu entscheiden und der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abzuweisen. Aufgrund dieses Ergebnisses hat sich eine Prüfung der behaupteten Rechtswidrigkeiten erübrigt.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 5.7.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 5.7.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

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

Schlagworte

Nichtigerklärung Zuschlagsentscheidung; Abweisung; mangelnde Antragslegitimation; Verstoß gegen § 21 Abs. 3 ZTG;

Zuletzt aktualisiert am

27.01.2012

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