

TE Verg Bescheid 2002/11/7 13N-50/02-13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.11.2002

Norm

BVergG 1997 §6 Abs1

BVergG 1997 §11 Abs1 Z1

BVergG 1997 §13 Abs1

BVergG 1997 §113 Abs2

BVergG 1997 §113 Abs3

BVergG 2002 §188 Abs1

BVergG 2002 §188 Abs3

BVergG 2002 §188 Abs5

BVergG 2002 §188 Abs6 Z3

Erstreckungsverordnung 2000 §1

Erstreckungsverordnung 2000 §2

B-VG Art133 Z4

Punkt 4.5 ÖNORM A 2050 (1993)

Punkt 1.3.1 ÖNORM A 2050 (1993)

Punkt 1.8.1 ÖNORM A 2050 (1993)

GewO 1973 §9 Abs1

1. § 1 gültig von 01.03.2000 bis 31.08.2002

1. § 2 gültig von 01.03.2000 bis 31.08.2002

1. B-VG Art. 133 heute

2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013

6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003

8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974

9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946

10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945

11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. GewO 1973 § 9 gültig von 01.07.1993 bis 18.03.1994 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 194/1994

2. GewO 1973 § 9 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.1993 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 10/1991
3. GewO 1973 § 9 gültig von 01.01.1989 bis 31.12.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 399/1988
4. GewO 1973 § 9 gültig von 01.02.1982 bis 31.12.1988 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 619/1981

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 13 Mag. Thomas Gruber wie folgt entschieden:

S p r u c h

I.römisch eins.

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs. 2 BVergG 1997 idF BGBl I Nr.136/2001, betreffend das Vergabeverfahren "Wien 1, Stubenring 1, Regierungsgebäude, Foyeraufstockung – verbesserte Erschließung des Marmorsaals" des Auftraggebers Republik Österreich, Burghauptmannschaft Österreich, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, werden die Anträge der A*** GmbH, vertreten durch RA Dr. X***, vom 23. September 2002 auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers "dass das Angebot der ASt nicht berücksichtigt werden konnte" und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, den Zuschlag an die ARGE B*** und C*** Bau GmbH zu erteilen, gemäß § 113 Abs 2 Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG 1997 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.136 aus 2001,, betreffend das Vergabeverfahren "Wien 1, Stubenring 1, Regierungsgebäude, Foyeraufstockung – verbesserte Erschließung des Marmorsaals" des Auftraggebers Republik Österreich, Burghauptmannschaft Österreich, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, werden die Anträge der A*** GmbH, vertreten durch RA Dr. X***, vom 23. September 2002 auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers "dass das Angebot der ASt nicht berücksichtigt werden konnte" und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, den Zuschlag an die ARGE B*** und C*** Bau GmbH zu erteilen, gemäß Paragraph 113, Absatz 2

BVergG 1997 zurückgewiesen.

II.römisch zwei.

1. 1)Ziffer eins

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs 3 BVergG 1997 idFBGBl I Nr. 136/2001 betreffend das Vergabeverfahren „Wien 1, Stubenring 1, Regierungsgebäude, Foyeraufstockung – verbesserte Erschließung des Marmorsaals“ des Auftraggebers Republik Österreich, Burghauptmannschaft Österreich, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, wird aufgrund des Antrages der A*** GmbH, vertreten durch RA Dr. X***, vom 23. September 2002, ergänzt mit Schreiben vom 16. Oktober 2002, auf Feststellung, dass wegen eines Verstoßes gegen das BVergG oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde, gemäß § 113 Abs 3 BVergG 1997 folgendes festgestellt: Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG 1997 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 136 aus 2001, betreffend das Vergabeverfahren „Wien 1, Stubenring 1, Regierungsgebäude, Foyeraufstockung – verbesserte Erschließung des Marmorsaals“ des Auftraggebers Republik Österreich, Burghauptmannschaft Österreich, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, wird aufgrund des Antrages der A*** GmbH, vertreten durch RA Dr. X***, vom 23. September 2002, ergänzt mit Schreiben vom 16. Oktober 2002, auf Feststellung, dass wegen eines Verstoßes gegen das BVergG oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde, gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG 1997 folgendes festgestellt:

Im Vergabeverfahren „Wien 1, Stubenring 1, Regierungsgebäude, Foyeraufstockung – verbesserte Erschließung des Marmorsaals“ des Auftraggebers Republik Österreich, Burghauptmannschaft Österreich, wurde wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 1997 der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt.

1. 2)Ziffer 2

Der Antrag der Republik Österreich, Burghauptmannschaft Österreich, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17 – 19, 1011 Wien, vom 22. Oktober 2002, es möge gemäß § 113 Abs 3 BVergG 1997 festgestellt werden, dass der übergangene Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, wird gemäß § 113 Abs 3 BVergG 1997 abgewiesen. Der Antrag der Republik Österreich, Burghauptmannschaft Österreich,

vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17 – 19, 1011 Wien, vom 22. Oktober 2002, es möge gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG 1997 festgestellt werden, dass der übergangene Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, wird gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG 1997 abgewiesen.

Begründung:

Die Antragstellerin stellte mit Schreiben vom 23. September 2002 den Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung in dem im Spruch genannten Vergabeverfahren. Weiters stellte die Antragstellerin für den Fall, dass sich herausstellt, dass der Zuschlag bereits erteilt sein sollte, den Antrag ein Verfahren nach Zuschlagserteilung einzuleiten (OZ 1 Seite 15 oben). Mit Schriftsatz vom 16. Oktober 2002 wurde der Antrag ein Verfahren nach Zuschlagserteilung einzuleiten dahingehend ergänzt, dass beantragt wurde festzustellen, dass wegen eines Verstoßes gegen das BVergG oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde vom Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 30. September 2002, GZ N-50/02-04, zurückgewiesen. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass der Zuschlag bereits erteilt worden ist und somit das Bundesvergabeamt für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht mehr zuständig ist.

Mit Schreiben vom 23. September 2002 hat die Antragstellerin beantragt, das Bundesvergabeamt wolle im gegenständlichen Vergabeverfahren

1. a)Litera a
die Entscheidung des Auftraggebers "dass das Angebot der Antragstellerin nicht berücksichtigt werden konnte"
2. b)Litera b
die Zuschlagsentscheidung, den Zuschlag an die ARGE Fa. B*** und C*** Bau GmbH zu erteilen, für nichtig erklären.

Die Antragstellerin begründet ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass die Burghauptmannschaft Österreich als Auftraggeberin Baumeisterarbeiten für die Foyeraufstockung – verbesserte Erschließung des Marmorsaals ausgeschrieben habe, die Antragstellerin als preisliche Zweitbieterin Bestbieterin sei, weil die preislich vorgereihte ARGE B*** Bau GmbH / C*** Bau GmbH wegen mangelnder Befugnis auszuschneiden gewesen wäre. Dem ARGE Genossen C*** Bau GmbH habe es zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung an der Befugnis zur Ausübung des Baumeistergewerbes gemangelt, der Auftraggeber sei der rechtsirrigen Auffassung, dass für die Prüfung der Befugnis nicht der Zeitpunkt der Angebotseröffnung sondern der Zeitpunkt der Zuschlagserteilung maßgeblich sei. Angefochten werde die Zuschlagsentscheidung und (darin enthalten) die Entscheidung das Angebot der Antragstellerin nicht zu berücksichtigen.

Die Antragstellerin habe mitgeboten, ihr Angebot sei preislich an zweiter Stelle gereiht, sie sei befugt, leistungsfähig und zuverlässig, sodass ihr Interesse im Sinne der ständigen Rechtssprechung bescheinigt sei. Durch den beabsichtigten Vergabeverstoß entgehe der Antragstellerin der Auftrag. Der Schaden werde mit mindestens Euro 270.000 beziffert.

Weiters sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Ausscheidung von Angeboten, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen verletzt. Der 30 %ige Preisvorsprung der ARGE B*** und C*** Bau GmbH sei nur durch eine spekulative Preisgestaltung erklärbar.

Weiters werden umfangreiche juristische Überlegungen zur Interpretation von § 188 BVergG 2002 vorgebracht. Weiters werden umfangreiche juristische Überlegungen zur Interpretation von Paragraph 188, BVergG 2002 vorgebracht.

Die Auftraggeberin hat dazu in ihrer Stellungnahme vom 26. September 2002 im Wesentlichen vorgebracht, dass die Burghauptmannschaft Österreich namens der Republik Österreich beim gegenständlichen Bauvorhaben unter anderem das nunmehr verfahrensgegenständliche Gewerk "Baumeisterarbeiten" im offenen Verfahren ausgeschrieben habe. Das gesamte Bauvorhaben bestehe aus mehreren Gewerken (insgesamt 13 Lose). Der geschätzte Auftragswert ohne UST für das gesamte Bauvorhaben betrage Euro 4.062.411,42 der geschätzte Auftragswert ohne UST für die nunmehr verfahrensgegenständliche Ausschreibung des Gewerkes "Baumeisterarbeiten" betrage Euro 944.746,84. Der Zuschlag sei an den ermittelten Bestbieter, nämlich die ARGE B***

- Bau GmbH/C*** Bau GmbH mit Zuschlagsschreiben vom 4. September 2002 erteilt worden. Die Auftragssumme betrage Euro 699.637 exkl. UST. Den übrigen Mitbieterinnen, so auch der nunmehrigen Antragstellerin, sei mit Absageschreiben der Auftraggeberin vom 4. September 2002 mitgeteilt worden, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne. Die Auftraggeberin habe von der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung abgesehen, da eine Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung im Anwendungsbereich der Erstreckungsverordnung nicht erforderlich sei. Der Zuschlag sei rechtsgültig erfolgt, ein Nachprüfungsantrag vor Zuschlagserteilung daher unzulässig. Zulässig sei nur ein Nachprüfungsantrag auf Feststellung, ob gegen die Bestimmungen des BVergG 1997 verstoßen worden sei. Auch ein solcher würde im gegenständlichen Fall abzuweisen sein. Es sei unrichtig und unzutreffend, dass das Angebot der ARGE aus dem Grund auszuschneiden gewesen wäre, weil einer der ARGE Partner zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht die Befugnis zur Erbringung der gesamten ausgeschriebenen Leistung (Baumeistergewerbe) hatte. Es sei selbst dann, wenn der betreffende ARGE Partner, nämlich die C*** Bau GmbH die Befugnis "Baumeistergewerbe" erst zum Zeitpunkt des Zuschlages vorgelegt hätte, dieser Umstand im gegenständlichen Fall irrelevant gewesen. Dies deshalb, weil gemäß § 15 Ziff.7 BVergG 1997 eine Arbeitsgemeinschaft ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer sei, die sich.....dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten. Durch die Verwendung der Wortfolge "gleicher oder verschiedener Fachrichtungen" gehe der Gesetzgeber unzweifelhaft davon aus, dass nicht jeder der Unternehmer die Befugnis über die gesamte ausgeschriebene Leistung haben müsse. Denn ein Unternehmer einer bestimmten Fachrichtung habe in der Regel nur die Befugnis "seiner" Fachrichtung. Entscheidend sei daher, dass in Summe die Befugnis für die ausgeschriebene Leistung vorliege, sei es, dass die verschiedenen Fachrichtungen bzw. die verschiedenen Befugnisse der Unternehmer in ihrer Gesamtheit die ausgeschriebene Leistung abdecken, also jeder Unternehmer die Befugnis für seine Fachrichtung habe und somit zumindest hinsichtlich eines Teiles der ausgeschriebenen Gesamtleistung "befugt" sei, weshalb letztendlich, wenn alle Befugnisse berücksichtigt würden, die ausgeschriebene Gesamtleistung durch mehrere Befugnisse unterschiedlicher Unternehmer "abgedeckt" sei, oder dass zumindest ein Unternehmer die Befugnisse über die gesamte ausgeschriebene Leistung habe. Der Auftraggeber sei so hin bloß verpflichtet zu prüfen, ob in Summe die Befugnisse für die ausgeschriebene Gesamtleistung vorliegen würden. Im Firmenbuch sei bezüglich der C*** Bau GmbH das Deichgräber- und Baumeistergewerbe eingetragen. Im Gewerbeverzeichnis jedoch sei nur vermerkt "Deichgräber, eingeschränkt im Standort auf die Ausübung des Bürobetriebes". Es sei jedoch zu berücksichtigen, dass der ARGE Partner B*** Bau GmbH zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die Gewerbeberechtigung des Baumeistergewerbes, sohin die Befugnis über die gesamte ausgeschriebene Leistung verfügt habe. Ein Ausscheiden des Angebotes der ARGE aus dem Grunde der mangelnden Befugnis wäre sohin gesetzwidrig gewesen. Somit habe die Prüfung der Angebote zu dem Ergebnis geführt, dass das Angebot der ARGE B*** Bau GmbH/C*** Bau GmbH das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gewesen sei und kein Grund zur Ausscheidung dieses Angebotes vorgelegen sei, weshalb die ARGE zu Recht den Zuschlag erhalten hätte. Die Auftraggeberin hat dazu in ihrer Stellungnahme vom 26. September 2002 im Wesentlichen vorgebracht, dass die Burghauptmannschaft Österreich namens der Republik Österreich beim gegenständlichen Bauvorhaben unter anderem das nunmehr verfahrensgegenständliche Gewerk "Baumeisterarbeiten" im offenen Verfahren ausgeschreiben habe. Das gesamte Bauvorhaben bestehe aus mehreren Gewerken (insgesamt 13 Lose). Der geschätzte Auftragswert ohne UST für das gesamte Bauvorhaben betrage Euro 4.062.411,42 der geschätzte Auftragswert ohne UST für die nunmehr verfahrensgegenständliche Ausschreibung des Gewerkes "Baumeisterarbeiten" betrage Euro 944.746,84. Der Zuschlag sei an den ermittelten Bestbieter, nämlich die ARGE B*** - Bau GmbH/C*** Bau GmbH mit Zuschlagsschreiben vom 4. September 2002 erteilt worden. Die Auftragssumme betrage Euro 699.637 exkl. UST. Den übrigen Mitbieterinnen, so auch der nunmehrigen Antragstellerin, sei mit Absageschreiben der Auftraggeberin vom 4. September 2002 mitgeteilt worden, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne. Die Auftraggeberin habe von der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung abgesehen, da eine Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung im Anwendungsbereich der Erstreckungsverordnung nicht erforderlich sei. Der Zuschlag sei rechtsgültig erfolgt, ein Nachprüfungsantrag vor Zuschlagserteilung daher unzulässig. Zulässig sei nur ein Nachprüfungsantrag auf Feststellung, ob gegen die Bestimmungen des BVergG 1997 verstoßen worden sei. Auch ein solcher würde im gegenständlichen Fall abzuweisen sein. Es sei unrichtig und unzutreffend, dass das Angebot der ARGE aus dem Grund auszuschneiden gewesen wäre, weil einer der ARGE Partner zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht die Befugnis zur Erbringung der gesamten ausgeschriebenen Leistung (Baumeistergewerbe) hatte. Es sei selbst dann, wenn der betreffende ARGE Partner,

nämlich die C*** Bau GmbH die Befugnis "Baumeistergewerbe" erst zum Zeitpunkt des Zuschlages vorgelegt hätte, dieser Umstand im gegenständlichen Fall irrelevant gewesen. Dies deshalb, weil gemäß Paragraph 15, Ziff.7 BVergG 1997 eine Arbeitsgemeinschaft ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer sei, die sich.....dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten. Durch die Verwendung der Wortfolge "gleicher oder verschiedener Fachrichtungen" gehe der Gesetzgeber unzweifelhaft davon aus, dass nicht jeder der Unternehmer die Befugnis über die gesamte ausgeschriebene Leistung haben müsse. Denn ein Unternehmer einer bestimmten Fachrichtung habe in der Regel nur die Befugnis "seiner" Fachrichtung. Entscheidend sei daher, dass in Summe die Befugnis für die ausgeschriebene Leistung vorliege, sei es, dass die verschiedenen Fachrichtungen bzw. die verschiedenen Befugnisse der Unternehmer in ihrer Gesamtheit die ausgeschriebene Leistung abdecken, also jeder Unternehmer die Befugnis für seine Fachrichtung habe und somit zumindest hinsichtlich eines Teiles der ausgeschriebenen Gesamtleistung "befugt" sei, weshalb letztendlich, wenn alle Befugnisse berücksichtigt würden, die ausgeschriebene Gesamtleistung durch mehrere Befugnisse unterschiedlicher Unternehmer "abgedeckt" sei, oder dass zumindest ein Unternehmer die Befugnisse über die gesamte ausgeschriebene Leistung habe. Der Auftraggeber sei so hin bloß verpflichtet zu prüfen, ob in Summe die Befugnisse für die ausgeschriebene Gesamtleistung vorliegen würden. Im Firmenbuch sei bezüglich der C*** Bau GmbH das Deichgräber- und Baumeistergewerbe eingetragen. Im Gewerbeverzeichnis jedoch sei nur vermerkt "Deichgräber, eingeschränkt im Standort auf die Ausübung des Bürobetriebes". Es sei jedoch zu berücksichtigen, dass der ARGE Partner B*** Bau GmbH zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die Gewerbeberechtigung des Baumeistergewerbes, sohin die Befugnis über die gesamte ausgeschriebene Leistung verfügt habe. Ein Ausscheiden des Angebotes der ARGE aus dem Grunde der mangelnden Befugnis wäre sohin gesetzwidrig gewesen. Somit habe die Prüfung der Angebote zu dem Ergebnis geführt, dass das Angebot der ARGE B*** Bau GmbH/C*** Bau GmbH das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gewesen sei und kein Grund zur Ausscheidung dieses Angebotes vorgelegen sei, weshalb die ARGE zu Recht den Zuschlag erhalten hätte.

Weiters brachte die Auftraggeberin mit Schriftsatz vom 27. September 2002 ergänzend im Wesentlichen vor, dass das Schreiben der Burghauptmannschaft Österreich als Empfänger "nur" die Firma B*** Bau GmbH angegeben habe, die Zuschlagserteilung jedoch beiden Unternehmen, die in concreto die ARGE bilden, wie der firmenmäßigen Bezeichnung entnommen werden kann, zugekommen sei.

Mit Schriftsatz vom 16. Oktober 2002 hat die Antragstellerin ihr Vorbringen im Wesentlichen dahingehend ergänzt, dass sie vorbrachte, dass bei richtiger vergaberechtlicher Bewertung und Ermittlung der Gesamtsumme der Baukosten der Schwellenwert von Euro 5 Mio. überschritten sei, somit die Zuständigkeit des Senates gegeben sei und § 53a BVergG 1997 gelte, sodass selbst unter Anwendung der "alten" Bestimmungen des BVergG 1997 ein rechtswirksamer Zuschlag (noch) nicht zustande gekommen sei. Mit Schriftsatz vom 16. Oktober 2002 hat die Antragstellerin ihr Vorbringen im Wesentlichen dahingehend ergänzt, dass sie vorbrachte, dass bei richtiger vergaberechtlicher Bewertung und Ermittlung der Gesamtsumme der Baukosten der Schwellenwert von Euro 5 Mio. überschritten sei, somit die Zuständigkeit des Senates gegeben sei und Paragraph 53 a, BVergG 1997 gelte, sodass selbst unter Anwendung der "alten" Bestimmungen des BVergG 1997 ein rechtswirksamer Zuschlag (noch) nicht zustande gekommen sei.

Weiters sei ein Vergabeverstoß darin zu sehen, dass als Empfänger des Zuschlages "nur" die Firma B*** Bau GmbH genannt wurde. Der Vergabeverstoß bestehe darin, dass dieses Unternehmen überhaupt kein Angebot erstattet habe und daher keinesfalls beauftragt werden könne. Das Angebot sei lediglich von der (bei Eröffnung nicht ausreichend befugten) ARGE C*** Bau GmbH und B*** Bau GmbH erstattet worden.

Die Zuschlagsentscheidung sei noch nicht ordnungsgemäß zugestellt worden, sodass die Stillhaltefrist nach wie vor nicht begonnen habe. Die Kenntnis, die sich der Bieter sonst verschafft habe, etwa auch durch Verfahrensschritte, reiche gerade nicht aus, jene Verfahrenshandlung herzustellen, die den Fristbeginn auslöse.

In der mündlichen Verhandlung vom 22. Oktober 2002 wurde von der Auftraggeberin gemäß § 113 Abs 3 BVergG 1997 der Antrag gestellt, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Der Vertreter der Burghauptmannschaft Österreich, Ing. Fuchs, hat bei der mündlichen Verhandlung angegeben, dass aufgrund des Referatsbogens der Burghauptmannschaft Österreich, Zl. 490.002/77-9/02 vom 4. September 2002 entsprechend dem Gegenstand "Zuschlagserteilung für Baumeisterarbeiten Fa. ARGE B*** Bau GmbH/C*** Bau GmbH" ersichtlich sei, dass im

Zuschlagsschreiben vom 4. September 2002 aufgrund eines EDV-Fehlers als Adressat des Zuschlagsschreibens nur die B***-Bau GmbH genannt werde und die C*** Bau GmbH irrtümlicher Weise nicht hinzugefügt worden sei. Ing. Fuchs hat weiters angegeben, dass der Wille der Burghauptmannschaft Österreich dahin gegangen sei, den Zuschlag der Bietergemeinschaft B***-Bau GmbH und C*** Bau GmbH zu erteilen. Der Vertreter der C*** Bau GmbH, Ing. D***, hat bei der mündlichen Verhandlung angegeben, dass die C*** Bau GmbH zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung die Befugnis zur Deichgräberei und Vermietung von Fahrzeugen gehabt habe. Bezüglich des weiteren Vorbringens in der mündlichen Verhandlung vom 22. Oktober 2002 wird auf die Verhandlungsschrift (Ordnungszahl 11) verwiesen. In der mündlichen Verhandlung vom 22. Oktober 2002 wurde von der Auftraggeberin gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG 1997 der Antrag gestellt, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Der Vertreter der Burghauptmannschaft Österreich, Ing. Fuchs, hat bei der mündlichen Verhandlung angegeben, dass aufgrund des Referatsbogens der Burghauptmannschaft Österreich, Zl. 490.002/77-9/02 vom 4. September 2002 entsprechend dem Gegenstand "Zuschlagserteilung für Baumeisterarbeiten Fa. ARGE B*** Bau GesmbH/C*** Bau GesmbH" ersichtlich sei, dass im Zuschlagsschreiben vom 4. September 2002 aufgrund eines EDV-Fehlers als Adressat des Zuschlagsschreibens nur die B***-Bau GmbH genannt werde und die C*** Bau GmbH irrtümlicher Weise nicht hinzugefügt worden sei. Ing. Fuchs hat weiters angegeben, dass der Wille der Burghauptmannschaft Österreich dahin gegangen sei, den Zuschlag der Bietergemeinschaft B***-Bau GmbH und C*** Bau GmbH zu erteilen. Der Vertreter der C*** Bau GmbH, Ing. D***, hat bei der mündlichen Verhandlung angegeben, dass die C*** Bau GmbH zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung die Befugnis zur Deichgräberei und Vermietung von Fahrzeugen gehabt habe. Bezüglich des weiteren Vorbringens in der mündlichen Verhandlung vom 22. Oktober 2002 wird auf die Verhandlungsschrift (Ordnungszahl 11) verwiesen.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

Die Auftraggeberin hat die gegenständlichen Baumeisterarbeiten im Wege eines offenen Verfahrens ausgeschrieben. Die von der ARGE Architekten E*** & F*** mit Schreiben vom 19. März 2002 geschätzten Kosten ohne Ust des gegenständlichen Loses "Baumeister" betragen demnach Euro 944.746,84, die geschätzten Kosten ohne Ust des gesamten Bauauftrages betragen demnach Euro 4.062.411,42. Die von der ARGE Architekten E*** & F*** gemachten diesbezüglichen Angaben sind schlüssig und nachvollziehbar, während die gegenteiligen Behauptungen der Antragstellerin nicht auf gleicher fachlicher Ebene vorgebracht wurden und daher unbeachtlich waren. Die Angebotseröffnung fand am 30. Juli 2002 statt. Die Angebotssummen (ohne Ust) setzen sich wie folgt zusammen:

1. 1) Ziffer eins
Bietergemeinschaft B*** Bau GmbH/C*** Bau GmbH:
Euro 699.637,-
2. 2) Ziffer 2
A*** GmbH: Euro 904.038,11
3. 3) Ziffer 3
G*** Euro 978.953,55
4. 4) Ziffer 4
H*** GmbH: Euro 1.134.950,54

Mit "Vergabevorschlag" vom 29. August 2002 der ARGE Architekten E*** & F*** wurde eine Prüfung der Angebote und schließlich eine Empfehlung, der ARGE B*** Bau GmbH/C*** Bau GmbH den Auftrag zu erteilen, beurkundet.

Gemäß § 188 Abs. 1 BVergG 2002 gilt das BVergG 2002 für die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nicht. Das BVergG 1997 tritt jedoch gemäß § 188 Abs. 6 Z 3 BVergG 2002 zugleich mit dem Inkrafttreten des BVergG 2002 außer Kraft. Da insoweit keine Einschränkung normiert ist, hieße das, dass für die am 1. September 2002 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren weder das BVergG 2002 noch auch (infolge des mit 1. September 2002 normierten ausnahmslosen Außerkrafttretens) das BVergG 1997 gelte. Gemäß Paragraph 188, Absatz eins, BVergG 2002 gilt das BVergG 2002 für die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nicht. Das BVergG 1997 tritt jedoch gemäß Paragraph 188, Absatz 6, Ziffer 3, BVergG 2002 zugleich mit dem Inkrafttreten des BVergG 2002 außer Kraft. Da insoweit keine Einschränkung normiert ist, hieße das, dass für die am 1. September 2002 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren weder das BVergG 2002 noch auch (infolge des mit 1. September 2002 normierten ausnahmslosen Außerkrafttretens) das BVergG 1997 gelte.

Ein derartiges Ergebnis kann dem Gesetzgeber vernünftigerweise nicht unterstellt werden. § 188 Abs. 6 Z 3 BVergG 2002 ist daher in Verbindung mit dem Abs. 1 leg cit dahin auszulegen, dass für die am Stichtag bereits eingeleiteten Vergabeverfahren das BVergG 1997 weiterhin zu gelten hat. Diese Weitergeltung betrifft die materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften des BVergG 1997. Ob diese Weitergeltung zwingend dahin zu deuten ist, dass auch die organisationsrechtlichen Bestimmungen des BVergG 1997, mithin die Vorschriften über die Einrichtung des Bundesvergabeamtes als einer gemäß Art. 133 Z 4 B-VG eingerichteten Behörde weiter gelten, ist hingegen im Lichte der Bestimmungen des § 188 Abs 5 BVergG 2002 – welche die Bestellung des Vorsitzenden, des stellvertretenden Vorsitzenden sowie der senatsvorsitzenden Richter gemäß BVergG 1997 ausdrücklich ausnimmt – sowie im Lichte der Bestimmungen des § 188 Abs 3 BVergG 2002 zu verneinen. Hinsichtlich der Organisationsbestimmungen für das Bundesvergabeamt ist daher das Bundesvergabegesetz 2002 anzuwenden. Ein derartiges Ergebnis kann dem Gesetzgeber vernünftigerweise nicht unterstellt werden. Paragraph 188, Absatz 6, Ziffer 3, BVergG 2002 ist daher in Verbindung mit dem Absatz eins, leg cit dahin auszulegen, dass für die am Stichtag bereits eingeleiteten Vergabeverfahren das BVergG 1997 weiterhin zu gelten hat. Diese Weitergeltung betrifft die materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften des BVergG 1997. Ob diese Weitergeltung zwingend dahin zu deuten ist, dass auch die organisationsrechtlichen Bestimmungen des BVergG 1997, mithin die Vorschriften über die Einrichtung des Bundesvergabeamtes als einer gemäß Artikel 133, Ziffer 4, B-VG eingerichteten Behörde weiter gelten, ist hingegen im Lichte der Bestimmungen des Paragraph 188, Absatz 5, BVergG 2002 – welche die Bestellung des Vorsitzenden, des stellvertretenden Vorsitzenden sowie der senatsvorsitzenden Richter gemäß BVergG 1997 ausdrücklich ausnimmt – sowie im Lichte der Bestimmungen des Paragraph 188, Absatz 3, BVergG 2002 zu verneinen. Hinsichtlich der Organisationsbestimmungen für das Bundesvergabeamt ist daher das Bundesvergabegesetz 2002 anzuwenden.

Im gegenständlichen Fall wurde das Vergabeverfahren vor dem 1. September 2002 eingeleitet und der Antrag auf Durchführung des Nachprüfungsverfahrens sowie Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach dem 1. September 2002 gestellt. Es sind somit im Sinne der obigen Ausführungen die organisationsrechtlichen Bestimmungen des BVergG 2002 und grundsätzlich die materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen des BVergG 1997 anzuwenden.

Gem. § 6 Abs 1 BVergG 1997 beträgt der Schwellenwert bei Bauaufträgen Euro 5 Millionen. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Bauvorhabens liegt somit unterhalb der Schwellenwerte von § 6 Abs 1 BVergG 1997. Gemäß § 1 der Erstreckungsverordnung 2000, BGBl II Nr. 35/2000, wird jedoch das erste, zweite und vierte Hauptstück des vierten Teiles des BVergG 1997 für öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 11 Abs 1 Z 1 bis 3 BVergG 1997 im Bereich der Bauleistungen des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten auch unterhalb der im § 6 BVergG 1997 festgelegten Schwellenwerte für bindend erklärt. Die Auftraggeberin in der gegenständlichen Sache ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 11 Abs 1 Z 1 BVergG 1997. Da der im § 2 der Erstreckungsverordnung genannte Auftragswert von ATS 7 Millionen ohne UST bei dem gegenständlichen Auftragsverfahren überschritten ist, ist das Bundesvergabeamt somit in der Sache zuständig. Der Auftraggeber hatte in diesem Fall gemäß § 13 Abs 1 BVergG 1997 die Bestimmungen der ÖNORM A 2050 vom 1. Jänner 1993 anzuwenden. Gem. Paragraph 6, Absatz eins, BVergG 1997 beträgt der Schwellenwert bei Bauaufträgen Euro 5 Millionen. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Bauvorhabens liegt somit unterhalb der Schwellenwerte von Paragraph 6, Absatz eins, BVergG 1997. Gemäß Paragraph eins, der Erstreckungsverordnung 2000, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 35 aus 2000,, wird jedoch das erste, zweite und vierte Hauptstück des vierten Teiles des BVergG 1997 für öffentliche Auftraggeber im Sinne des Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer eins bis 3 BVergG 1997 im Bereich der Bauleistungen des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten auch unterhalb der im Paragraph 6, BVergG 1997 festgelegten Schwellenwerte für bindend erklärt. Die Auftraggeberin in der gegenständlichen Sache ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 1997. Da der im Paragraph 2, der Erstreckungsverordnung genannte Auftragswert von ATS 7 Millionen ohne UST bei dem gegenständlichen Auftragsverfahren überschritten ist, ist das Bundesvergabeamt somit in der Sache zuständig. Der Auftraggeber hatte in diesem Fall gemäß Paragraph 13, Absatz eins, BVergG 1997 die Bestimmungen der ÖNORM A 2050 vom 1. Jänner 1993 anzuwenden.

Gemäß § 113 Abs 2 BVergG 1997 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle des Auftraggebers. Gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG

1997 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle des Auftraggebers.

Es war daher zu prüfen, ob der Zuschlag bereits rechtsgültig erteilt worden ist. Auf Grund des Angebotsschreibens der B*** Bau GmbH und der C*** Bau GmbH ergibt sich, dass die beiden Firmen als Bietergemeinschaft auftreten und im Falle der Zuschlagserteilung eine Arbeitsgemeinschaft bilden wollen.

Mit Schreiben der Republik Österreich, Burghauptmannschaft Österreich, vom 4. September 2002, gerichtet an die "Firma B***- Bau GmbH", wurde folgendes mitgeteilt: "Die Republik Österreich, vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, überträgt Ihnen die Durchführung der im Betreff genannten Leistungen unter Zugrundelegung aller in Betracht kommenden ÖNORMEN und Ihres Angebotes vom 25. Juli 2002 über (inklusive MwSt) Euro 839.564,40." Im Zusammenhang mit diesem Schreiben wurde ein Referatsboten zur Zl. 490.002/77-9/02 angelegt. Auf diesem Referatsbogen ist als Gegenstand genannt: "Wien 1., Stubenring 1; Regierungsgebäude; Foyeraufstockung – verbesserte Erschließung des Marmorsaaes Zuschlagserteilung für Baumeisterarbeiten, Firma ARGE B***-Bau GmbH/C*** Bau GmbH."

Aufgrund der Tatsache, dass das oben zitierte Angebot vom 25. Juli 2002 nicht alleine von der Firma B*** Bau GmbH gemacht wurde sondern als Bietergemeinschaft gemeinsam mit der Firma C*** Bau GmbH, aufgrund der Tatsache, dass die B*** Bau GmbH und die C*** Bau GmbH mit ihrem Gegenbrief vom 16. September 2002 den Erhalt des Zuschlagsschreibens bestätigt haben, aufgrund der Tatsache, dass der Gegenstand des oben genannten Referatsbogens lautet: „Zuschlagserteilung für Baumeisterarbeiten Fa. ARGE B***-Bau GmbH/C*** Bau GmbH“ sowie aufgrund der Tatsache, dass ein Mitarbeiter der Auftraggeberin nämlich Ing. Fuchs, welcher den oben genannten Referatsbogen ebenfalls abgezeichnet hat, bei der mündlichen Verhandlung am 22. Oktober 2002 angegeben hat, dass der Wille der Burghauptmannschaft Österreich dahin gegangen ist, den Zuschlag der Bietergemeinschaft B***-Bau GmbH und C*** Bau GmbH zu erteilen und die alleinige Nennung der B***-Bau GmbH und das Fehlen der C*** Bau GmbH als Adressat irrtümlicher Weise geschehen ist, ist davon auszugehen, dass die Burghauptmannschaft Österreich das Zuschlagsschreiben lediglich irrtümlich nur an die B*** Bau GmbH statt an die Bietergemeinschaft B*** Bau GmbH und C*** Bau GmbH gerichtet hat. Dieses Ergebnis wird insbesondere auch dadurch gestützt, dass der Vergabevorschlag vom 29. August 2002 der ARGE Architekten E*** & F*** dahingehend lautet, der ARGE B*** Bau GmbH und C*** Bau GmbH den Zuschlag zu erteilen. Es ist somit kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum die Burghauptmannschaft Österreich nur der B*** Bau GmbH den Auftrag hätte erteilen wollen. Vielmehr ist das Zuschlagsschreiben vom 4. September 2002 dahingehend zu interpretieren, dass gewollt war der Bietergemeinschaft B*** Bau GmbH und C*** Bau GmbH den Zuschlag zu erteilen. Es ist somit davon auszugehen, dass mit Schreiben vom 4. September 2002 die Auftraggeberin der Bietergemeinschaft B***-Bau GmbH und C*** Bau GmbH den Zuschlag rechtsgültig erteilt hat, da im Sinne des § 861 ABGB mit diesem genannten Schreiben der Vertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande gekommen ist. Aufgrund der Tatsache, dass das oben zitierte Angebot vom 25. Juli 2002 nicht alleine von der Firma B*** Bau GmbH gemacht wurde sondern als Bietergemeinschaft gemeinsam mit der Firma C*** Bau GmbH, aufgrund der Tatsache, dass die B*** Bau GmbH und die C*** Bau GmbH mit ihrem Gegenbrief vom 16. September 2002 den Erhalt des Zuschlagsschreibens bestätigt haben, aufgrund der Tatsache, dass der Gegenstand des oben genannten Referatsbogens lautet: „Zuschlagserteilung für Baumeisterarbeiten Fa. ARGE B***-Bau GmbH/C*** Bau GmbH“ sowie aufgrund der Tatsache, dass ein Mitarbeiter der Auftraggeberin nämlich Ing. Fuchs, welcher den oben genannten Referatsbogen ebenfalls abgezeichnet hat, bei der mündlichen Verhandlung am 22. Oktober 2002 angegeben hat, dass der Wille der Burghauptmannschaft Österreich dahin gegangen ist, den Zuschlag der Bietergemeinschaft B***-Bau GmbH und C*** Bau GmbH zu erteilen und die alleinige Nennung der B***-Bau GmbH und das Fehlen der C*** Bau GmbH als Adressat irrtümlicher Weise geschehen ist, ist davon auszugehen, dass die Burghauptmannschaft Österreich das Zuschlagsschreiben lediglich irrtümlich nur an die B*** Bau GmbH statt an die Bietergemeinschaft B*** Bau GmbH und C*** Bau GmbH gerichtet hat. Dieses Ergebnis wird insbesondere auch dadurch gestützt, dass der Vergabevorschlag vom 29. August 2002 der ARGE Architekten E*** & F*** dahingehend lautet, der ARGE B*** Bau GmbH und C*** Bau GmbH den Zuschlag zu erteilen. Es ist somit kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum die Burghauptmannschaft Österreich nur der B*** Bau GmbH den Auftrag hätte erteilen wollen. Vielmehr ist das Zuschlagsschreiben vom 4. September 2002 dahingehend zu interpretieren, dass gewollt war der Bietergemeinschaft B*** Bau GmbH und C*** Bau GmbH den Zuschlag zu

erteilen. Es ist somit davon auszugehen, dass mit Schreiben vom 4. September 2002 die Auftraggeberin der Bietergemeinschaft B***-Bau GmbH und C*** Bau GmbH den Zuschlag rechtsgültig erteilt hat, da im Sinne des Paragraph 861, ABGB mit diesem genannten Schreiben der Vertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande gekommen ist.

Da somit der Zuschlag im gegenständlichen Verfahren bereits erteilt worden ist, das Bundesvergabeamt – wie oben bereits dargelegt – gemäß § 113 Abs 2 BVergG 1997 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle jedoch nur bis zur Zuschlagserteilung zuständig ist, war der Antrag gemäß Spruchpunkt I. als unzulässig zurückzuweisen. Da somit der Zuschlag im gegenständlichen Verfahren bereits erteilt worden ist, das Bundesvergabeamt – wie oben bereits dargelegt – gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG 1997 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle jedoch nur bis zur Zuschlagserteilung zuständig ist, war der Antrag gemäß Spruchpunkt römisch eins. als unzulässig zurückzuweisen.

Gemäß § 113 Abs 3 BVergG 1997 ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zuständig festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG 1997 ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zuständig festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde.

Punkt 1.3.1 der ÖNORM A 2050 vom 1. Jänner 1993 lautet:

"Aufträge über Leistungen sind nach einem in dieser ÖNORM vorgesehenen Verfahren, entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte – diese Voraussetzung muss jedenfalls zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein –, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen, auch der Marktlage entsprechenden Preisen zu vergeben."

Punkt 1.8.1 der ÖNORM A 2050 vom 1. Jänner 1993 lautet:

"Zum Nachweis der Befugnis können verlangt werden:

(1) Nachweis der Gewerbeberechtigung oder Befugnisverleihung; allenfalls auch

(2) Auszug aus dem Firmenbuch (vormals Handelsregister)."

Es war somit zu prüfen, ob die Bietergemeinschaft B*** Bau GmbH und C*** Bau GmbH zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung, somit am 30. Juli 2002 ein befugter Unternehmer waren. Die erforderliche Befugnis für die gegenständliche Vergabe ist die Befugnis zur Ausübung des Baumeistergewerbes, was auch von keiner der Parteien bestritten wurde. Dem vorgelegten Gewerbeschein der Bezirkshauptmannschaft Eisenstadt Umgebung GZ 12/03/1501/4, Gewerberegister Nr. J*** vom 7. Oktober 1994 ist zu entnehmen, dass die C*** Bau GmbH mit Sitz in Großhöflein berechtigt ist, das Gewerbe des Deichgräbers, eingeschränkt im Standort auf die Ausübung des Bürobetriebes, auszuüben. Dies wurde auch vom Geschäftsführer der C*** Bau GmbH in der mündlichen Verhandlung vom 22. Oktober 2002 bestätigt.

Dies ergibt sich auch aus einem dem Akt beiliegenden Gewerberegistrauszug vom 22. Oktober 2002, wo ebenfalls als Gewerbeart angeführt ist „Deichgräber, eingeschränkt im Standort auf die Ausübung des Bürobetriebes“. Als Rechtswirksamkeit ist im Gewerberegister angemerkt: "vom 13.6.1994 bis:.....". Daher ist davon auszugehen, dass die C*** Bau GmbH am 30. Juli 2002 befugt war, das Gewerbe des Deichgräbers, eingeschränkt im Standort auf die Ausübung des Bürobetriebes auszuüben. Die diesbezügliche Eintragung im Firmenbuch, welche von der Auftraggeberin am 22. Oktober 2002 vorgelegt wurde, besagt als Geschäftszweig das "Deichgräber- und Baumeistergewerbe". Dies ist angesichts der Aussage des Geschäftsführers der C*** Bau GmbH sowie des Gewerberegisters und des vorgelegten Gewerbescheines der BH Eisenstadt Umgebung unrichtig. Der Zeuge F*** hat in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass er die Frage der Befugnis anhand des Firmenbuches überprüft habe. Dies ist zwar grundsätzlich eine Punkt 1.8.1 der oben genannten ÖNORM entsprechende Vorgangsweise, die für die Frage eines etwaigen Verschuldens im Sinne des § 122 Abs 1 BVergG 1997 möglicherweise eine Rolle spielen könnte. Ob dies ein Fall, der in der Literatur als nicht sehr wahrscheinlich gelingender Entlastungsbeweis mangels Sorgfaltsverletzung beschrieben ist (Rummel, ÖZW 1999,1,IV.C), sein könnte, kann in diesem Verfahren dahingestellt bleiben. Die Tatsache der mangelnden Befugnis ist jedenfalls gegeben. Dies ergibt sich auch aus einem dem Akt beiliegenden Gewerberegistrauszug vom 22. Oktober 2002, wo ebenfalls als Gewerbeart angeführt ist „Deichgräber,

eingeschränkt im Standort auf die Ausübung des Bürobetriebes". Als Rechtswirksamkeit ist im Gewerbeverzeichnis angemerkt: "vom 13.6.1994 bis:.....". Daher ist davon auszugehen, dass die C*** Bau GmbH am 30. Juli 2002 befugt war, das Gewerbe des Deichgräbers, eingeschränkt im Standort auf die Ausübung des Bürobetriebes auszuüben. Die diesbezügliche Eintragung im Firmenbuch, welche von der Auftraggeberin am 22. Oktober 2002 vorgelegt wurde, besagt als Geschäftszweig das "Deichgräber- und Baumeistergewerbe". Dies ist angesichts der Aussage des Geschäftsführers der C*** Bau GmbH sowie des Gewerbeverzeichnisses und des vorgelegten Gewerbescheines der BH Eisenstadt Umgebung unrichtig. Der Zeuge F*** hat in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass er die Frage der Befugnis anhand des Firmenbuches überprüft habe. Dies ist zwar grundsätzlich eine Punkt 1.8.1 der oben genannten ÖNORM entsprechende Vorgangsweise, die für die Frage eines etwaigen Verschuldens im Sinne des Paragraph 122, Absatz eins, BVergG 1997 möglicherweise eine Rolle spielen könnte. Ob dies ein Fall, der in der Literatur als nicht sehr wahrscheinlich gelingender Entlastungsbeweis mangels Sorgfaltsverletzung beschrieben ist (Rummel, ÖZW 1999,1,römisch vier.C), sein könnte, kann in diesem Verfahren dahingestellt bleiben. Die Tatsache der mangelnden Befugnis ist jedenfalls gegeben.

Punkt 4.5 der ÖNORM A 2050 vom 1. Jänner 1993 lautet:

"Vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag hat die vergebende Stelle auf Grund des Ergebnisses der Prüfung gemäß 4.3 jene Angebote auszuschneiden, die nicht zu berücksichtigen sind.

Auszuschneiden sind:

4.5.1 Angebote von Bieter, bei welchen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technischen Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist (1.8);"

Aus den Punkten 1.3.1 i.V.m. 4.5 der ÖNORM A 2050 vom 1. Jänner 1993 ergibt sich somit, dass Angebote von Bieter, bei welchen die Befugnis zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht gegeben ist, auszuschneiden sind. Aus den Punkten 1.3.1 in Verbindung mit 4.5 der ÖNORM A 2050 vom 1. Jänner 1993 ergibt sich somit, dass Angebote von Bieter, bei welchen die Befugnis zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht gegeben ist, auszuschneiden sind.

Die B*** Bau GmbH und die C*** Bau GmbH haben ihr Angebot als Bietergemeinschaft abgegeben. Eine Bietergemeinschaft ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzusehen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits mehrfach dargetan hat (vgl zB die Erkenntnisse vom 11. April 1980, Zl. 2161/78 und vom 24. Jänner 1989, Zl 88/04/0101), können Gesellschaften bürgerlichen Rechts nicht als juristische Personen im Sinne des § 9 Abs. 1 GewO 1973 angesehen werden und sind auch keine Personengesellschaften des Handelsrechtes. Sie können daher auch nicht Träger einer Gewerbeberechtigung sein. Bei einer gemeinsamen Tätigkeit von mehreren Gesellschaftern einer derartigen Gesellschaft bedarf daher – unabhängig davon, wer im Rahmen dieser Gesellschaft die Leistung selbst tatsächlich erbringt – jeder Gesellschafter einer eigenen Gewerbeberechtigung. Gleichzeitig kann – zufolge des Mangels der Gewerbeberechtigungsfähigkeit – eine Gewerbeausübung in Bezug auf eine derartige Gesellschaft nicht dieser, sondern nur unmittelbar ihren Mitgliedern zugerechnet werden (VwGH vom 22. November 1994, Zl. 93/04/0107). Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits mehrfach dargetan hat vergleiche zB die Erkenntnisse vom 11. April 1980, Zl. 2161/78 und vom 24. Jänner 1989, Zl 88/04/0101), können Gesellschaften bürgerlichen Rechts nicht als juristische Personen im Sinne des Paragraph 9, Absatz eins, GewO 1973 angesehen werden und sind auch keine Personengesellschaften des Handelsrechtes. Sie können daher auch nicht Träger einer Gewerbeberechtigung sein. Bei einer gemeinsamen Tätigkeit von mehreren Gesellschaftern einer derartigen Gesellschaft bedarf daher – unabhängig davon, wer im Rahmen dieser Gesellschaft die Leistung selbst tatsächlich erbringt – jeder Gesellschafter einer eigenen Gewerbeberechtigung. Gleichzeitig kann – zufolge des Mangels der Gewerbeberechtigungsfähigkeit – eine Gewerbeausübung in Bezug auf eine derartige Gesellschaft nicht dieser, sondern nur unmittelbar ihren Mitgliedern zugerechnet werden (VwGH vom 22. November 1994, Zl. 93/04/0107).

Da, wie oben bereits festgestellt die C*** Bau GmbH zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht über die Berechtigung zur Ausübung des Baumeistergewerbes verfügt hat, auf Grund der oben zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts aber jeder Gesellschafter einer eigenen Gewerbeberechtigung bedarf, hat es der C*** Bau GmbH an der entsprechenden Befugnis zum entscheidenden Zeitpunkt, nämlich dem der Angebotseröffnung gemangelt. Das Angebot wäre daher gemäß Punkt 4.5 der ÖNORM A 2050 vom 1. Jänner 1993 auszuschneiden gewesen. Da dies nicht geschehen ist, sondern vielmehr der Zuschlag an die

Bietergemeinschaft B*** Bau GmbH und C*** Bau GmbH erteilt worden ist, ist damit vom Auftraggeber Republik Österreich, Burghauptmannschaft Österreich, gegen das BVergG 1997 verstoßen worden.

Aufgrund dieses Ergebnisses erübrigt es sich, auf das weitere Vorbringen der Antragstellerin einzugehen.

Die Auftraggeberin hat bei der mündlichen Verhandlung am 22. Oktober 2002 den Antrag gemäß § 113 Abs. 3 BVergG 1997 gestellt, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnung keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Dieser Antrag wurde nicht weiter ausgeführt oder begründet. Insbesondere wurden keine Gründe angeführt, warum der übergangene Bieter keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, und sind solche auch nicht ersichtlich. Die Auftraggeberin hat bei der mündlichen Verhandlung am 22. Oktober 2002 den Antrag gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG 1997 gestellt, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnung keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Dieser Antrag wurde nicht weiter ausgeführt oder begründet. Insbesondere wurden keine Gründe angeführt, warum der übergangene Bieter keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, und sind solche auch nicht ersichtlich.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Bietergemeinschaften, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Gewerbeberechtigung;

Dokumentnummer

VERGT_20021107_13N_50_02_13_00

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