



N/0022-BVA/11/2011-26

## B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, und Dr. Wolfgang Wimmer als Mitglied der Auftraggeberseite sowie DI Josef Robl als Mitglied der Auftragnehmerseite, gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Projektmanagementleistungen für den Neubau des MED CAMPUS GRAZ" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, über den Antrag der A\*\*\*, und B\*\*\*, beide vertreten durch X\*\*\*, vom 28.3.2011, wie folgt entschieden:

## S p r u c h

1. Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge nach Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 312 Abs 2 BVergG die angefochtene Entscheidung der Antragsgegnerin bezüglich des Führens von exklusiven Endverhandlungen mit dem Bieter C\*\*\* für nichtig erklären", wird **zurückgewiesen**.
2. Der Antrag, der Auftraggeberin den Ersatz der Pauschalgebühren im Betrag von Euro XXX gemäß § 318 BVergG aufzuerlegen, wird **abgewiesen**.

## B e g r ü n d u n g

Die Auftraggeberin hat den gegenständlichen Dienstleistungsauftrag "Projektmanagementleistungen für den Neubau des MED CAMPUS GRAZ" im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens im Oberschwellenbereich im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2010/S 238-363822 im Dezember 2010 bekanntgemacht.

Mit E-Mail vom 18.3.2011 wurde die Bietergemeinschaft A\*\*\*-B\*\*\* dahingehend informiert, dass die Auftraggeberin beabsichtige, mit dem Bieter C\*\*\* Ingenieure (in der Folge präsumtiver Bestbieter) gemäß den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen (Teil C Punkt II. 6) exklusive Endverhandlungen zu führen.

Gegen diese sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist gemäß § 2 Z 16 lit a sublit. dd BVergG richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag, in welchem die Antragsteller begründend ausführen, sie hätten sich als Bietergemeinschaft am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt, in der 2. Stufe des Verfahrens ein Erstangebot abgegeben und seien nach dessen Prüfung und im Anschluss an die erste Verhandlungsrunde der Aufforderung zur Legung eines Zweitangebotes (Last and Final Offer) nachgekommen.

Nach den Verfahrensregelungen für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens sollte nach der Abgabe des Last and Final Offer ein Fachgespräch mit allen Personen stattfinden, die im Auftragsfall die folgenden Schlüsselfunktionen ausüben: Projektmanager, Schlüsselfunktion Kostenmanagement, Schlüsselfunktion Terminmanagement sowie Schlüsselfunktion Änderungsmanagement. Die Verfahrensregeln sähen weiters vor, dass im Rahmen des Fachgespräches von einer Bewertungskommission Aufgaben und Fragen gestellt würden, die ausschließlich von den namhaft gemachten Personen der Schlüsselfunktionen beantwortet werden müssten. Diese Aufgaben und Fragen seien für alle Bieter gleich. Die Ausarbeitung und die Antworten der Fragen würden von der Bewertungskommission bewertet werden und würde diese Bewertung im Rahmen der Zuschlagskriterien die wesentliche Grundlage für die Bestbieterermittlung bilden.

Zuschlagskriterien seien einerseits das Honorar und andererseits Qualitätskriterien. Die Bewertung der qualitativen Zuschlagskriterien habe in fünf Teilquoten, nämlich "praktisches Anwendungsbeispiel für die interne Organisation", "Kommunikation mit dem AG und den Nutzern", "Kostenmanagement und Kostenverfolgung", "Terminmanagement und Terminüberwachung" sowie "Änderungsmanagement" zu erfolgen. Die Bewertung dieser qualitativen Zuschlagskriterien habe eine

sachkundige Bewertungskommission durchzuführen, wobei die Beratungen geheim seien und diese ein einstimmiges Bewertungsergebnis anstrebten. Die jeweilige Punktevergabe sowie eine einzige gemeinsame verbale Ergebnisbeurteilung habe durch die Kommission zu erfolgen. Es könnten 0, 3, 6, 8 oder 10 Punkte pro Aufgabenstellung, gesamt somit 50 Punkte, vergeben werden.

Der Angebotspreis der Antragsteller betrage Euro XXX (exkl. Ust), jener der C\*\*\* Ingenieure Euro XXX (exkl. Ust). Rechnerisch ergebe sich sohin beim Zuschlagskriterium "Honorar" eine Bewertung von 50 Punkten für die Antragsteller sowie 35 Punkte für den präsumtiven Bestbieter. Unzutreffender Weise sei jedoch das Fachgespräch von der Kommission derart bewertet worden, dass die Antragsteller mit lediglich 29 Punkten, der präsumtive Bestbieter hingegen mit 46 Punkten bewertet worden seien:

- ❖ Im Fachgespräch sei zu Punkt Q 1.1 "Anwendungsbeispiel interne Organisation" folgende Frage gestellt worden:

"Die Schlüsselfunktion für das Änderungsmanagement fällt überraschend krankheitsbedingt für einen langen Zeitraum aus. Genau zu diesem Zeitpunkt ist eine Änderung zum Fassadensystem aufgrund von Nachhaltigkeitsaspekten in Bearbeitung. Die Änderungsevidenz des Generalplaners liegt vor. Die Empfehlung des Projektmanagement-Teams ist binnen 5 Tagen vorzulegen.

Wie stellen Sie bereits im Vorfeld durch Ihre interne Organisation sicher, dass ein solcher Ausfall keine negativen Auswirkungen auf den Projektablauf nach sich zieht?

Welche Schritte sind konkret in ihrer internen Organisation vorzunehmen?"

Die Kommission habe den präsumtiven Bestbieter wie folgt bewertet:

"Die Kommission vergibt einstimmig 10 Punkte. Die Aufgabe wurde richtig, kompetent und vollständig sowie besonders praxis- und zielorientiert mit konkretem Bezug auf den MED CAMPUS GRAZ gelöst. Im Speziellen positiv wurde bewertet, dass die Schlüsselfunktion aufgrund ihrer inhaltlichen Überschneidungen von 2 Personen ("Allrounder") ausgeübt werden, um die Ansprechpersonen zum Auftraggeber auf ein vielorientiertes Ausmaß zu reduzieren und um das Wissen über das Projekt bei den Schlüsselpersonen zu verdichten. Gleichzeitig stellt der Bieter durch seine standardisierte interne Aufbau- und Ablauforganisation sicher (z.B. interne wöchentliche Jour-Fix-Termine, 4-8 Augenprinzip), dass bei Ausfall einer Person der Austausch jederzeit, unverzüglich ohne Wissensverlust und ohne negative Auswirkungen auf den Projektablauf erfolgen wird (...)."

In dieser Bewertung lasse die Kommission augenscheinlich die Verfahrensregelungen für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens außer Acht. Dort sei unter Punkt 5. "Fachgespräche für Schlüsselpersonen" zu lesen:

"Nach Abgabe des Last and Final Offer findet das Fachgespräch mit allen Personen statt, die im Auftragsfall die folgenden Schlüsselfunktionen ausüben. Diese sind bereits im Erstangebot zu nennen.

- Projektmanager
- Schlüsselfunktion Kostenmanagement
- Schlüsselfunktion Terminmanagement
- Schlüsselfunktion Änderungsmanagement.

Der Projektmanager kann auch gleichzeitig andere Schlüsselfunktionen übernehmen."

Aus dieser Bestimmung gehe klar und unmissverständlich hervor, dass lediglich der Projektmanager neben seiner eigenen Funktion auch eine andere Schlüsselfunktion übernehmen könne. Die Kommission habe es jedoch gerade positiv bewertet, dass beim Angebot des präsumtiven Bestbieters die Schlüsselfunktionen aufgrund ihrer inhaltlichen Überschneidungen von zwei Personen ("Allrounder") ausgeübt würden. Hieraus ergebe sich, dass jene Person, die neben dem Projektmanager genannt worden sei, ebenfalls 2, wahrscheinlich aber sogar 3 Schlüsselfunktionen ausüben solle. Aus den Formblättern für die Abgabe des Erstangebotes (Teil D) im Zusammenhalt mit Punkt 5 Abs. 8 des Teils C "Verfahrensregelungen für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens" ergebe sich unmissverständlich, dass für jede Schlüsselfunktion maximal eine Person zu nennen gewesen sei sowie normierte Schlüsselpersonen nicht mehr nachträglich geändert werden dürften. Sollte sich im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens herausstellen, dass der präsumtive Bestbieter für die Schlüsselfunktionen mehrere Personen namhaft gemacht hat, bzw. eine Änderung der bereits genannten Schlüsselpersonen beabsichtige, hätte dieser schon im Vorfeld ausgeschieden werden, jedenfalls aber die Bewertung der Aufgabe Q 1 mit Null Punkten erfolgen müsse. Darüber hinaus hätten die Antragsteller in der Aufgabe Q 1.1 statt 6 Punkten jedenfalls 10 Punkte erhalten müssen, da die Kritik der Bewertungskommission, es sei zu wenig Bezug auf das konkrete Projekt des MED CAMPUS GRAZ genommen worden, unzutreffend sei, da die Aufgabenstellung einen diesbezüglich konkreten Bezug nicht beinhalte.

- ❖ Im Fachgespräch sei zu Punkt Q 2 "Kostenmanagement und Kostenverfolgung" folgende Aufgabe gestellt worden:

"Das Projekt hat einen verbindlich einzuhaltenden Kostendeckel. Nehmen Sie an, nach Vorlage der Ausschreibungsergebnisse der Hauptgewerke gibt es eine Kostenüberschreitung um 15 %. Beschreiben Sie die Vorgangsweise, um das Projekt wieder im vorgegebenen Budget fortzuführen. Wie kann das leicht nachvollziehbar dargestellt werden?"

Hierbei habe die Kommission kritisiert, dass die Antragsteller einen Widerruf der Ausschreibung nicht einmal in Betracht zögen, "was nach Vorliegen der Ausschreibungsergebnisse und bei einer derartigen Kostenüberschreitung vergaberechtlich sachlich gerechtfertigt ist".

Diese Ansicht sei jedoch unzutreffend, da der Sachverhalt der Ausgangsfrage keine Merkmale erkennen lasse, die einen zwingenden bzw. fakultativen Widerrufsgrund indiziere. Ebenso hätte ein Widerruf eine erhebliche zeitliche Verzögerung zur Folge. Den Antragstellern wären zu dieser Frage somit ebenfalls 10 Punkte zuzuerkennen gewesen.

❖ Im Fachgespräch sei zu Punkt Q 3 "Terminmanagement und Terminüberwachung" folgendes Beispiel vorgelegt worden:

"Der Auftragnehmer D\*\*\* fällt nach Erbringung etwa der Hälfte seiner Leistung in Konkurs. Wie gehen Sie mit den damit verbundenen terminlichen Auswirkungen um?"

Die Kommission habe kritisiert, dass die Antragsteller die unbedingt erforderliche Bestandsaufnahme nicht genannt hätten und Kompensationsmaßnahmen sowie Umstrukturierungen in den Arbeitsabläufen fehlen würden. Dabei verkenne die Kommission, dass gerade beim Gewerk der D\*\*\* Professionisten mit eigenen Systemen arbeiten, die miteinander nicht kompatibel seien. Gerade die Software sei so spezifisch, dass ein "Umsatteln" von den Produkten des Anbieters auf jene eines anderen Anbieters praktisch nicht durchführbar sei. Ein Ersatzauftragnehmer könne auf den bisherigen Leistungen nicht aufbauen, Kompensationsmaßnahmen und Umstrukturierungen seien nicht möglich. Gerade dies hätten die Antragsteller angeführt. Die Kommission hätte den Antragstellern bei dieser Aufgabe somit jedenfalls 8 Punkte gewähren müssen.

❖ Im Fachgespräch sei zu Punkt Q 4 "Änderungsmanagement" folgende Aufgabe gestellt worden:

"Der Entwurf zur Ausarbeitungsphase tritt Herr Univ.-Prof. X, der nicht Nutzer-Vertreter ist, mit dem Wunsch an das Projektmanagement heran, einen gleichen Aufzug für sein Institut zu berücksichtigen. Wie gehen Sie als Projektmanager mit diesem Änderungswunsch um? Welche Konsequenzen für das Gesamtprojekt sind damit verbunden?"

Die Kommission begründe den Punkteabzug damit, dass die Antragsteller die möglichen Auswirkungen des konkreten Nutzerwunsches (z.B. Flächen, Versorgung, Kosten, Termine, Behörden) nicht erörtert hätten. Von der den Bietern eingeräumten Möglichkeit, Informationen auch mittels Powerpoint-Präsentation zu transportieren, hätten die Antragsteller jedoch Gebrauch gemacht, den Ablauf bei Änderungen mit Grafiken und Text dargestellt und auf die Konsequenzen für Kosten und Termine mehrfach hingewiesen. Der Vorhalt, die Antragsteller hätten sich mit Auswirkungen von Nutzerwünschen nicht auseinandergesetzt, sei somit unzutreffend.

Insgesamt ergebe sich somit, dass einerseits der präsumtive Bestbieter ausgeschieden hätte werden müssen, in eventu gerade bei der Bewertung zu Frage Q 1 keine Punkte erhalten hätte dürfen und andererseits die Antragsteller wesentlich besser zu bewerten gewesen wären.

Im Zusammenhang mit ihrer Angebotslegung seien den Antragstellern bereits Kosten entstanden, welche bei rechtswidriger Zuschlagserteilung an einen Mitbewerber frustriert wären. Weiters drohe ein Schaden in Gestalt des entgehenden angemessenen Gewinns sowie der anfallenden, nicht verminderten kalkulierten Geschäftsgemeinkosten. Das gegenständliche Vergabeverfahren stelle überdies ein wichtiges Referenzprojekt dar, welches für künftige Ausschreibungen genutzt werden könnte. Die Antragsteller erachteten sich in ihren Rechten auf Durchführung eines fairen und transparenten Vergabeverfahrens, auf Ausscheidungen eines unzulässigen Angebotes und auf Durchführung einer ausschreibungskonformen Bestbieterermittlung verletzt.

Mit Schriftsatz vom 30.03.2011 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und führte in diesem sowie in einem Schriftsatz vom 31.3.2011 aus, dass die im Rubrum ausgewiesenen Antragsteller nicht ident mit der Bieterin des zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, nämlich der Bietergemeinschaft A\*\*\* -

B\*\*\*, seien, weshalb der Antrag auf Nichtigklärung einer sonstigen Festlegung ab- bzw. zurückzuweisen sei.

In zwei weiteren Stellungnahmen vom 04.04.2011 sowie vom 19.05.2011 führte die Auftraggeberin aus, die Antragslegitimation der Antragstellerin werde bestritten, da Arbeitsgemeinschaften zwischen Ziviltechnikern und Gewerbetreibenden nach dem Ziviltechnikerengesetz unzulässig seien. Nach herrschender Rechtsprechung führe ein Zusammenschluss solcher Unternehmen zum Ausscheiden eines Angebotes. Im gegenständlichen Vergabeverfahren habe sich die Bietergemeinschaft "A\*\*\*-B\*\*\*", bestehend aus der A\*\*\* sowie der B\*\*\* am Vergabeverfahren beteiligt. Die A\*\*\* verfüge über die Ziviltechnikerbefugnis "Bauingenieurwesen und Wirtschaftsingenieurwesen im Maschinenbau" gemäß Ziviltechnikerengesetz. Die B\*\*\* besitze die gewerberechtliche Befugnis "Baumeister, Brunnenmeister gemäß § 94 Z 5 GewO, eingeschränkt auf Baumeister". Eine Beschränkung der Gewerbeberechtigung, wonach auch ausführende Tätigkeiten vom Befugnisumfang ausgenommen seien, liege nicht vor. Entsprechend den Verfahrensbestimmungen (Teil A 8) bestehe für Bietergemeinschaften die Verpflichtung, im Auftragsfall eine Arbeitsgemeinschaft zu bilden. Bereits mit der Unterfertigung des Teilnahmeantrages hätte die Antragstellerin diese Erklärung abgegeben und sich zur solidarischen Leistungserbringung im Auftragsfall verpflichtet (vgl. Teil B, Formblatt 1). Im weiteren Verfahrensverlauf seien diese Erklärungen mit der Unterfertigung des Erstangebotes (vgl. Teil D, Formblatt 1) und des Last and Final Offer (vgl. Teil G, Formblatt 1) wiederholt worden. Schließlich hätte die Antragstellerin gemäß den Vertragsbestimmungen Teil E Pkt.13 mit der Abgabe der Angebote die Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der beauftragten Leistungen, sowie dafür, dass diese den vertraglichen Festlegungen sowie den einschlägigen gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen entsprechen, übernommen.

Die Ziviltechnikerbefugnis des Gesellschafters E\*\*\* sei nicht relevant, da nicht E\*\*\* Mitglied der Bietergemeinschaft sei, sondern die A\*\*\*. Darüber hinaus habe die B\*\*\* in ihrer Stellungnahme behauptet, seit Beginn ihrer gewerblichen Tätigkeit ausschließlich als Baukonsulent tätig zu sein und niemals eine ausführende Tätigkeit ausgeübt zu haben. Damit habe sie eine unrichtige Erklärung abgegeben. Auf ihrer

Homepage werbe die B\*\*\* nämlich als Generalunternehmer mit schlüsselfertiger Errichtung Planen und Realisierung aus einer Hand.

Mit ihrer Unterschrift auf dem Unterschriftenblatt habe die Antragstellerin die Verpflichtung gemäß Teil E Pkt. 13 der präkludierten Ausschreibung übernommen, wonach sie sich ua. verpflichtet den einschlägigen gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen zu entsprechen.

Aufgrund ihrer Zusammensetzung könne die Antragstellerin dieser Verpflichtung jedoch nicht entsprechen, da § 21 Abs 3 ZTG ausdrücklich festlege, dass die Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechtes mit Gewerbetreibenden nur zulässig ist, wenn diese zu ausführenden Tätigkeiten nicht berechtigt sind.

Entsprechend der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sei daher das Angebot der Bietergemeinschaft A\*\*\*-B\*\*\* gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden. Auch wenn die Auftraggeberin bislang von einem formalen Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin Abstand genommen habe, würde das Angebot nicht allein deshalb zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden könne.

Mit Schriftsatz vom 05.04.2011 erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen und führte aus, aufgrund der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehle der Antragstellerin die Antragslegitimation, da sie aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden wäre. In diesem Zusammenhang verwies die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf § 21 Abs 3 ZTG, wonach Ziviltechnikern die Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechtes mit Gewerbetreibenden nur gestattet ist, wenn diese zu ausführenden Tätigkeiten nicht berechtigt sind. Ein Verstoß gegen diese Bestimmung stelle einen elementaren Verstoß gegen das Berufsrecht dar, der letztlich den Bestand eines abgeschlossenen Vertrages gefährde bzw. den Wegfall der Versicherungsbedeckung auf Seiten des Ziviltechnikers zur Folge habe. Dem zu Folge sei die Antragstellerin auszuscheiden.

Die A\*\*\* verfüge über die Befugnisse "Ingenieurkonsulent für Wirtschaftsingenieurwesen im Maschinenbau" und "Ingenieurkonsulent für

Bauingenieurwesen". Die B\*\*\* verfüge über eine Gewerbeberechtigung als Baumeister gemäß § 94 Z 5 GewO. Damit sei von der Bildung einer Bietergemeinschaft, die § 21 Abs 3 ZTG widerspreche, auszugehen. Der Antrag sei dem zu Folge zurückzuweisen.

In einer weiteren Stellungnahme vom 11.04.2011 führte die Antragstellerin zur Frage der Antragslegitimation aus, die B\*\*\* übe ihre Tätigkeit seit 2003 unter anderem im Rahmen des reglementierten Gewerbes "Baumeister, Brunnenmeister gemäß § 94 Z 5 GewO 1994, eingeschränkt auf Baumeister" aus. Die B\*\*\* sei seit Beginn ihrer gewerblichen Tätigkeit ausschließlich als Baukonsulent tätig und übe keine ausführenden Bautätigkeiten aus. Darüber hinaus verfüge der Geschäftsführer der B\*\*\*, F\*\*\*, seit Jahren über eine Befugnis als Zivilingenieur für Bauwesen. Die B\*\*\* verfüge darüber hinaus seit ihrer Firmengründung über eine Haftpflichtversicherung, die auf Tätigkeiten "planender Baumeister" eingeschränkt sei. § 21 Abs 3 ZTG habe zum Ziel, eine Trennung zwischen Planung und Ausführung zu schaffen. Diesem Ziel werde im gegenständlichen Fall voll Rechnung getragen. Es sei auch zu beachten, dass die Gewerbeordnung selbst sogar von einer Verbindung von Planung und Ausführung ausgehe und ihr eine dem § 21 Abs 3 ZTG vergleichbare Regelung fremd sei. So seien planende Baumeister berechtigt, sich im Rahmen einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft mit ausführungsberechtigten Unternehmen zusammen zu schließen, ohne einen Ausschluss aus einem Vergabeverfahren befürchten zu müssen.

Die A\*\*\* GmbH verfüge über eine Berechtigung als Ingenieurkonsulent für Bauwesen. Diese Berechtigung beruhe auf der Befugnis von E\*\*\* als Zivilingenieur für Bauwesen nach dem Ziviltechnikergesetz. In diesem Zusammenhang werde auf § 5 Abs 3 sowie § 40 ZTG verwiesen. Diese Regelungen zeigten, dass selbst der Gesetzgeber des Ziviltechnikergesetzes 1994 eine Durchbrechung des Prinzips der Trennung von Planung und Ausführung hinnehme. Die A\*\*\* sei sowohl zur Planung als auch zur Ausführung von Hochbauten berechtigt. Ginge man von einer Rechtsverletzung gegen § 21 Abs 3 ZTG aus, hätte dies zur Folge, dass sowohl die A\*\*\* als auch die B\*\*\* als zur Planung und Ausführung berechtigtes Unternehmen im Rahmen des Vergabeverfahrens bieten könnten. Auch wären Konstellationen

zulässig, in denen die A\*\*\* als Subunternehmerin der B\*\*\* auftrete und umgekehrt. Lediglich der Zusammenschluss im Rahmen einer Bietergemeinschaft wäre verboten. Eine solche Rechtsauffassung wäre gleichheits- und sohin verfassungswidrig.

In der mündlichen Verhandlung vom 24.05.2011 wurde die Antragstellerin B\*\*\* dazu befragt, dass auf ihrer Homepage, entgegen ihrem Vorbringen in den Schriftsätzen, damit geworben werde, dass sie als Generalunternehmerin sowohl planend als auch ausführend tätig werde. Der Vertreter der B\*\*\*, F\*\*\*, führte dazu aus, dass die B\*\*\* ausschließlich im Dienstleistungssektor tätig und eine ausführende Tätigkeit als Generalunternehmer noch nie durchgeführt worden sei. Eine Tätigkeit als Generalunternehmer werde nur im Rahmen eines Netzwerkes entfaltet. Darüber hinaus sei die B\*\*\* nur als planender Baumeister im Rahmen der Haftpflichtversicherung erfasst. Die Versicherung sei auf "planender Baumeister" eingeschränkt. Durch eine entsprechende Bestätigung der Wirtschaftskammer werde dies auch nach außen transportiert, da eine Einschränkung der Gewerbeberechtigung auf "planender Baumeister" nicht möglich sei.

Der Antragstellerin wurde durch die Senatsvorsitzende vorgehalten, dass gemäß § 21 Abs 3 Ziviltechnikergesetz die Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Gewerbetreibenden nur zulässig ist, wenn diese zu ausführenden Tätigkeiten nicht berechtigt ist.

Der Antragstellervertreter verwies zu diesem Vorhalt auf die Ausführungen in seinen Schriftsätzen insbesondere OZ 1 und OZ 18.

#### **Das Bundesvergabeamt hat erwogen:**

Bei der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 7.4.2010, N/0012-BVA/12/2010-16 u.v.a.). Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, der nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll.

### **Zu Spruchpunkt 1.:**

Gemäß § 21 Abs 3 ZTG ist die Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechtes mit Gewerbetreibenden nur zulässig, wenn diese zu ausführenden Tätigkeiten nicht berechtigt sind. Eine solche Gesellschaft unterliegt nicht den Bestimmungen des zweiten Abschnittes dieses Bundesgesetzes.

Gemäß § 99 Abs 1 GewO 1994 ist der Baumeister (§ 94 Z 5) berechtigt, Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten zu planen und zu berechnen, Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten zu leiten, Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten nach Maßgabe des Absatz 2 auch auszuführen und Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten abzuberechnen.

Wie aus den Regelungen der Gewerbeordnung betreffend die Ausübungsrechte von Baumeistern eindeutig hervorgeht, sind diese berechtigt, sowohl Planungsarbeiten als auch ausführende Tätigkeiten durchzuführen. Die B\*\*\* verfügt laut Auszug aus dem zentralen Gewerberegister über die Gewerbeberechtigung "Baumeister, Brunnenmeister gemäß § 94 Z 5 GewO 1994, eingeschränkt auf Baumeister". Wenn die Antragstellerin vorbringt, die B\*\*\* sei seit Beginn ihrer gewerblichen Tätigkeit ausschließlich als Baukonsultent tätig und übe keine ausführenden Bautätigkeiten aus, sowie dass der Geschäftsführer der B\*\*\*, F\*\*\*, seit Jahren eine Befugnis als Zivilingenieur für Bauwesen habe, ist ihr zu entgegnen, dass die Gewerbeberechtigung der B\*\*\* als Baumeister sowohl die Möglichkeit planender als auch ausführender Tätigkeiten eröffnet. Dass die B\*\*\* - wie von der Antragstellerin behauptet - in der Praxis keinerlei ausführende Tätigkeiten ausübt, ist im vorliegenden Fall nicht von Relevanz. Es handelt sich dabei lediglich um eine Entscheidung der B\*\*\*, nur planerische Arbeiten durchzuführen, hindert die B\*\*\* jedoch nicht, jederzeit von dem ihr durch die Gewerbeordnung eingeräumten Recht, auch ausführende Tätigkeiten durchzuführen, Gebrauch zu machen.

§ 21 Abs 3 ZTG hat, wie auch die Antragstellerin richtig ausführt, zum Ziel, eine Trennung zwischen Planung und Ausführung zu schaffen. Eine derartige Trennung

zwischen Planung und Ausführung ist jedoch im Fall des Vorliegens einer Gewerbeberechtigung lautend auf "Baumeister" nicht gewährleistet, da das Gesetz dem Baumeister sowohl planende als auch ausführende Tätigkeiten erlaubt. Bei der Beurteilung der Frage, ob im gegenständlichen Fall ein Verstoß gegen § 21 Abs 3 ZTG vorliegt, ist allein darauf abzustellen, welche Berechtigungen § 99 GewO 1994 dem jeweiligen Gewerbeinhaber einräumt und nicht darauf, in welcher Form der Gewerbeinhaber das Gewerbe letztlich tatsächlich ausübt, zumal die B\*\*\* aufgrund ihrer aufrechten Baumeisterbefugnis jederzeit auch in ausführende Tätigkeiten einsteigen kann.

Im vorliegenden Fall wirbt die B\*\*\* auf ihrer Homepage auch wie folgt:

" generalunternehmer

**Professionelle Generalunternehmerschaft. Schlüsselfertige Errichtung.**

Wir bieten Ihnen als ihr Generalunternehmer Planung und Realisierung aus einer Hand an und garantieren Kosten und Termine. Unser erfahrenes Bauprojektmanagement-Team steht Ihnen motiviert für alle Leistungen zur Verfügung und unterstützt Sie, ihre Ideen preiswert umzusetzen. **Wir bieten Ihnen Pauschalpreisgarantien.**

Durch unsere Netzwerkpartner steht Ihnen eine vollumfängliche Leistung eines eingespielten Teams zur Verfügung.

**Schlüsselfertiges und für den Auftraggeber stressfreies Bauen.**

**B\*\*\* generalunternehmer."**

Wie aus dieser Eigendarstellung des Tätigkeitsumfanges der B\*\*\* unzweifelhaft hervorkommt, ist dieses Unternehmen auch nicht, wie in den Schriftsätzen dargelegt, ausschließlich planerisch tätig, sondern sehr wohl - wie es ja auch der Gewerbeberechtigung als Baumeister entspricht - bauausführend aktiv.

Der Vertreter der B\*\*\*, F\*\*\*, erklärte zwar dazu in der mündlichen Verhandlung, dass sein Unternehmen nur als Dienstleister und "planender Baumeister" und nicht als Generalunternehmer tätig sei. Auch die Haftpflichtversicherung der B\*\*\* sei auf "planender Baumeister" eingeschränkt. Diese Einschränkungen sind der zitierten

Homepage jedoch weder so zu entnehmen noch würde dies an der rechtlichen Beurteilung des gegenständlichen Sachverhaltes etwas ändern.

Weiters führte F\*\*\* jedoch aus, dass eine Einschränkung der Gewerbeberechtigung auf "planender Baumeister" nicht möglich sei und bestätigte damit selbst ausdrücklich, dass die Gewerbeberechtigung als Baumeister im Sinne der Gewerbeordnung keine Einschränkung auf rein planende Tätigkeiten vorsieht und die B\*\*\* daher auch jederzeit berechtigt ist, ausführende Tätigkeiten durchzuführen. Bei der rechtlichen Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes ist daher auch ausschließlich darauf abzustellen, welche Befugnisse einem Unternehmen aufgrund der gesetzlichen Grundlagen, diesfalls der Gewerbeordnung, eingeräumt werden und nicht darauf, in welchem Rahmen das einzelne Unternehmen tatsächlich tätig wird.

Da es sich bei der A\*\*\* unbestritten um eine dem Ziviltechnikergesetz unterliegende Gesellschaft handelt, ist damit der Tatbestand des § 21 Abs 3 ZTG, der ausdrücklich die Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwischen Ziviltechnikern und Gewerbetreibenden nur zulässt, wenn letztere zu ausführenden Tätigkeiten nicht berechtigt sind, erfüllt. Der Baumeister ist gemäß § 99 GewO 1994 eindeutig zu ausführenden Tätigkeiten berechtigt und eine Einschränkung der Befugnis auf "planender Baumeister" ist gesetzlich nicht möglich. Es handelt sich somit bei der Antragstellerin um eine mit § 21 Abs 3 ZTG in Widerspruch stehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Solche Gesellschaften haben einen berufsrechtlich verbotenen Zweck und verstoßen gegen das Ziviltechnikergesetz. Die Bietergemeinschaft als Teilnehmerin im Vergabeverfahren hat - schon durch ihre Bildung - berufsrechtliche Vorschriften der österreichischen Rechtsordnung verletzt (vgl. VwGH vom 30.7.2004, GZ. 2002/04/0011).

Für die Antragstellerin ist jedoch auch mit ihrem Vorbringen nichts zu gewinnen, dass im Falle des dem Verwaltungsgerichtshofurteil zugrunde liegenden Sachverhaltes der Antragsteller nach den Mindestanforderungen zum Teilnahmeantrag die Erklärung abgegeben habe, dass die Einhaltung sämtlicher einschlägiger Vorschriften und Auflagen entsprechend der österreichischen Rechtslage garantiert werde. Zum Einen handelt es sich im vorliegenden Fall um

einen österreichischen Auftraggeber und bei der Antragstellerin um eine Bietergemeinschaft, an welcher zwei österreichische Gesellschaften mit beschränkter Haftung beteiligt sind. Der gegenständliche Auftrag ist ebenfalls in Österreich zu erfüllen. Bereits allein aus dieser Konstellation ergibt sich, dass im vorliegenden Fall selbstverständlich österreichisches Recht zur Anwendung zu kommen hat, zumal auch die Ausschreibung keine anders lautenden Vereinbarungen beinhaltet. Zum Anderen legt Pkt.13.1 in Teil E der Ausschreibung ausdrücklich fest, dass der Auftragnehmer für die Richtigkeit und Vollständigkeit der beauftragten Leistungen haftet, sowie auch dafür, dass diese den vertraglichen Festlegungen, den einschlägigen gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen (einschließlich Vorschriften von Ver- und Entsorgungsunternehmungen und der Feuerwehr), den anerkannten Regeln der Technik und der Baukunst entsprechen. Es gelten daher sowohl das Ziviltechnikergesetz als auch die Gewerbeordnung 1994.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in ständiger Judikatur ausgesprochen, dass die Nachprüfungsbehörde verpflichtet ist, bei Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages einen von ihr auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausschließungsgrund heranzuziehen (vgl. VwGH 27.05.2009, 2008/04/0041 mwN). Der Verwaltungsgerichtshof hat weiters wiederholt ausgesprochen, dass ein Bieter, dem es nicht gelingt, auf Grund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, nicht schutzwürdig ist und daher nicht geltend machen kann, dass auch andere bzw. alle anderen Bieter auszuschneiden gewesen wären (VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240). Der Verwaltungsgerichtshof hat darüber hinaus mehrfach dargelegt, dass für einen Bieter, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, kein Schaden dadurch entsteht, dass dieser Bieter am weiteren Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann (vgl. zB. VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200). In den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntnis wurde nicht nur auf die Vorjudikatur verwiesen, sondern auch darauf, dass diese Rechtsansicht nicht zuletzt mit den Ausführungen des Generalanwaltes in den Schlussanträgen in der Rechtssache C-249/01 im Einklang steht, nach denen ein Bieter den Zuschlag nicht erhalten könne, der selbst gegen die

Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat (VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232).

Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist – wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat – die Antragslegitimation iSv § 320 Abs. 1 BVergG 2006 zu verneinen (vgl. VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17). Der Antragstellerin wurde im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 24.05.2011 Gelegenheit gegeben, zu der Frage Stellung zu nehmen, dass die B\*\*\* als "Baumeister" sowohl zu planenden als auch zu ausführenden Tätigkeiten berechtigt ist und die antragstellende Bietergemeinschaft damit gegen § 21 Abs 3 ZTG verstößt. Damit wurde der Antragstellerin die Möglichkeit gegeben auch zur Stichhaltigkeit des vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidungsgrundes, Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Der Vertreter der Antragstellerin hielt sein im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens erstattetes Vorbringen aufrecht und verwies auf seine Schriftsätze OZ 1 und OZ 18.

Wie sich aus den oben wiedergegebenen gesetzlichen Regelungen sowie der in diesem Zusammenhang ergangenen Judikatur unzweifelhaft ergibt, wäre die Antragstellerin bereits aufgrund der Bildung einer Bietergemeinschaft, die gegen die Bestimmungen des § 21 Abs 3 ZTG verstößt, auszuschneiden gewesen. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **Zu Spruchpunkt 2.:**

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

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG).

Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt 1 ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde zurückgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Wien, am 31. Mai 2011

Die Vorsitzende des Senates 11:

Mag. Angela Schidlof