



GZ: N/0114-BVA/12/2011-EV7

Betreff: Vergabeverfahren „Errichtung und Vermietung der ÖBB-Konzernzentrale“;
einstweilige Verfügung

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senates 12, Dr. Michael Etlinger, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „Errichtung und Vermietung der ÖBB-Konzernzentrale“ des Auftraggebers ÖBB-Holding AG, Wienerbergstraße 11, 1100 Wien, vertreten durch X***, eingeleitet über Antrag der "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" bestehend aus: 1. A***, und 2. B***, vertreten durch Y***, 1010 Wien, vom 11. November 2011 wie folgt entschieden:

S p r u c h

Der Antrag, *das Bundesvergabeamt möge für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens dem Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren "Errichtung und Vermietung der ÖBB-Konzernzentrale" untersagen, das Vergabeverfahren fortzusetzen, insbesondere die anderen Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufzufordern bzw. die Angebote zu öffnen, wird **a b g e w i e s e n**.*

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1 BVergG 2006

B e g r ü n d u n g

Die **Antragstellerin** stellte am 11. November 2011 das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit dem Antrag, die Entscheidung des Auftraggebers, die

Antragstellerin nicht zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zuzulassen, für nichtig zu erklären.

Einleitend führte sie aus, dass es sich bei der Antragstellerin um einen Zusammenschluss zweier Unternehmer, der A*** und der B***, zu einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mit der Bezeichnung "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" handle. Diese besitze gemäß § 20 Abs 2 BVergG Parteifähigkeit.

Mit Fax vom 2.11.2011 sei die Antragstellerin von der Nicht-Zulassung ihres Teilnahmeantrages in Kenntnis gesetzt worden. Begründend sei ausgeführt worden, dass der Teilnahmeantrag im Namen einer rechtlich nicht existenten Gesellschaft eingereicht worden sei und dieser somit die gemäß § 2 Z 12 iVm Z 37 BVergG erforderliche Rechtsträgereigenschaft fehle. Darüber hinaus fehle es der Antragstellerin an der technischen Leistungsfähigkeit, weil die in den Formblättern 5 bis 7 namhaft gemachten Referenzprojekte von Gesellschaften erbracht worden seien, welche keine Verpflichtungserklärungen abgegeben hätten.

Die A*** und die B*** hätten sich zur gemeinsamen Abgabe eines Teilnahmeantrages sowie im Falle der Zuschlagserteilung der gemeinsamen Ausführung des Auftrages zu einer Projektgesellschaft, nämlich einer ARGE mit der Bezeichnung "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" zusammengeschlossen. Die ARGE habe somit als Bewerberin und nicht als Bewerbergemeinschaft im Vergabeverfahren teilgenommen. Im Gegensatz zu der in § 2 Z 14 BVergG 2006 definierten Bietergemeinschaft (bzw. Bewerbergemeinschaft), welche eine Vorstufe zur ARGE darstelle, könne die ARGE sowohl Angebote legen als auch Aufträge ausführen. Darüber hinaus enthalte die Legaldefinition der ARGE das Element der Solidarhaftung, weshalb es keiner zusätzlichen Erklärung der Gesellschaft der ARGE - im Gegensatz zu einer Bewerber/Bietergesellschaft - bedürfe.

Die Bewerbungsunterlagen würden nur zwischen der Teilnahme von Bewerbern und Bewerbergemeinschaften differenzieren und ausschließlich für diese beiden Teilnehmer Formblätter vorsehen. Da die Antragstellerin jedoch als ARGE zu qualifizieren sei und auch nach außen hin als solche auftrete, habe sie - mangels eines Hinweises auf die hierfür erforderlichen Formblätter in den Bewerbungsunterlagen - sämtliche Formblätter für Bewerber im Rahmen der ARGE "Projektgesellschaft N.N. in Gründung" ausgefüllt und mit dem Teilnahmeantrag

abgegeben. Darüber hinaus seien, wenn erforderlich, Formblätter von beiden Gesellschaftern der ARGE ausgefüllt und rechtsgültig unterfertigt worden. Die Antragstellerin sei daher keinesfalls als eine rechtlich nicht existente Gesellschaft zu qualifizieren. Vielmehr sei sie eine ARGE (GesbR gemäß § 1175 ABGB), deren Rechtsträger die beiden juristischen Personen A*** und B*** seien.

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

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

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

Niemand könne gleichzeitig Einzelunternehmen und ARGE sein; niemand könne gleichzeitig Bewerber und Dritter (Subunternehmer) sein.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei gemäß § 328 Abs 1 BVergG schon deshalb zurückzuweisen, weil der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG offensichtlich fehlen würden.

Im Rahmen des Provisorialverfahrens wurde nachfolgender entscheidungserheblicher **Sachverhalt** festgestellt:

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

In Punkt 1.5 der Bewerbungsunterlagen zum Verhandlungsverfahren findet sich insbesondere nachfolgende Bestimmung:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Unter Punkt 1 des Teilnahmeantrages ist die Projektgesellschaft N.N. in Gründung als Bewerber genannt. In diesem Sinne wurde auch Formblatt 1 ausgefüllt. Das

Formblatt 2 (Angaben zum Bewerber) wurde jedoch von der A*** und von der B*** ausgefüllt, als ob diese beiden Gesellschaften als Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft auftreten würden. Wir ersuchen um Aufklärung.

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

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

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

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

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

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

Der vorliegende Antrag ist **rechtlich** wie folgt zu beurteilen:

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Die Legaldefinitionen des § 2 BVergG lauten auszugsweise:

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

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

Z 12: **Bewerber** ist ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmern, der sich an einem Vergabeverfahren beteiligen will und dies durch einen

Teilnahmeantrag oder eine Anforderung bzw. das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen bekundet hat.

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

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

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

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

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

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

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

Teilnahmeantrag hinsichtlich der Frage, wer tatsächlich als Bewerber in Erscheinung treten soll, unklar bzw widersprüchlich sind. Nach Ansicht des zuständigen Senatsvorsitzenden erfolgte die Ausscheidung der Antragstellerin daher zu Recht.

Aufgrund obiger Ausführungen ist die Erlassung einer einstweiligen Verfügung kein geeignetes und erforderliches Mittel, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (in concreto: Nicht-Zulassung zur Teilnahme) unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern. Die Interessenabwägung hat daher aufgrund der mangelnden Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages zugunsten des Auftraggebers auszufallen; folglich war der Antrag gemäß § 329 Abs 1 letzter Satz BVergG abzuweisen.

Wien, am. 21. November 2011
Der Vorsitzende des Senates 12
Dr. Michael Etlinger