

Entscheidende Behörde

Bundesvergabeamt

Entscheidungsdatum

17.11.2011

Geschäftszahl

N/0087-BVA/12/2011-24

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 betreffend die Auftragsvergabe "SKA - RZ Bad Tatzmannsdorf - Generalbauaufsicht und Leistungen gemäß BauKG" des Auftraggebers Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 12. September 2011 wie folgt entschieden:

Spruch

Die Anträge,

"Das Bundesvergabeamt wolle nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

- a) die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 2.9.2011 der B*** bestehend aus C*** mit D*** und mit E***, den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung) für nichtig erklären;
- b) gemäß § 319 BVergG aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 2.626,50 (Beilage./E) für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin binnen 14 Tagen (§ 19a RAO) zu ersetzen ist;"

werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 19 Abs 1 und 319 BVergG 2006; § 21 Abs 3 ZTG 1993; §§ 86 und 345 GewO 1994

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 12. September 2011 die im Spruch ersichtlichen Begehren und brachte vor, dass die Zuschlagsentscheidung zugunsten der präsumtiven Zuschlagsempfänger evident rechtswidrig sei. Diese sei eine rechtswidrig geschlossene Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die an der B*** beteiligten D*** und E*** verfügten über die Befugnis des Ziviltechnikers nach dem ZTG. Die ebenfalls an der B*** beteiligte "C***" (gemeint: offenkundig "C****") verfüge laut Bescheid der Gewerbebehörde der Stadt Graz vom 9.7.2004 über eine Baumeisterbefugnis gemäß § 94 Z 5 GewO 1994. Dass die C*** bei der zuständigen Gewerbebehörde einst um "Einschränkung" ihrer Gewerbebefugnis angesucht habe und dass scheinbar auf Grundlage dieses Ansuchens im Gewereregister der Gewerbewortlaut um die Wortfolge "ausgenommen ausführende Tätigkeit" ergänzt worden sei, sei für die Beurteilung eines Verstoßes gegen "§ 23 Abs 3 ZTG" (gemeint offenkundig: "§ 21 Abs 3 ZTG") nicht von Relevanz. Für die Frage, ob ein Verstoß gegen § 21 Abs 3 ZTG vorliege, sei allein auf den Berechtigungsumfang des der Eintrag zugrunde liegenden gewerberechtlichen Bescheids abzustellen, aus dem sich auch der Umfang der Berechtigung ergebe. Die C*** sei auch weiterhin berechtigt, ausführende Tätigkeiten auszuüben. Dadurch, dass die C*** laut Bescheid der Gewerbebehörde der Stadt Graz über eine "uneingeschränkte" Baumeisterbefugnis verfüge, verstoße der Zusammenschluss der C*** mit der D*** und der E*** gegen § 23 Abs 3 ZTG. Die Antragstellerin wies diesbezüglich auf die jüngste Entscheidung des VKS Wien vom 11.8.2011, VKS - 7081/11, hin.

Mit Eingabe vom 21. September 2011 stellten die präsumtiven Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen gemäß § 324 Abs 3 BVergG. Die C*** verfüge ausschließlich über eine Gewerbeberechtigung "Baumeister gemäß § 94 Z 5 GewO 1994, ausgenommen ausführende Tätigkeiten". Es sei daher evident, dass die C*** nicht zu ausführenden Tätigkeiten berechtigt sei und daher dementsprechend kein Verstoß gegen § 21 Abs 3 ZTG durch die ARGE der präsumtiven Bestbieter gegeben sein könne. Die teilweise Zurücklegung der Gewerbeberechtigung sei mit Eingabe vom 25.8.2010, somit vor Anbotslegung, erfolgt. Am 25.8.2010 sei diese beantragte Änderung des Gewerbewortlautes eingetragen worden und verfüge daher die C*** nunmehr lediglich über eine Gewerbeberechtigung: "Baumeister gemäß § 94 Z 5 GewO 1994, ausgenommen ausführende Tätigkeiten". Die C*** sei in weiterer Folge von der zuständigen Gewerbebehörde hiervon verständigt worden. Bei der antragsgemäßen Einschränkung einer Gewerbeberechtigung durch den Gewerbeberechtigten handle es sich nämlich um ein teilweises Zurücklegen der Gewerbeberechtigung gemäß § 86 Abs 1 GewO 1994. Dem Gesetzeswortlaut nach werde sie mit dem Tag wirksam, an dem die Anzeige über die Zurücklegung bei der Behörde einlange, sofern nicht der Gewerbeinhaber die Zurücklegung für einen späteren Tag anzeige oder an den Eintritt einer Bedingung binde, was gegenständlich nicht der Fall gewesen sei. Es handle sich somit um eine ex lege Einschränkung der Gewerbeberechtigung. Eine weitere Tätigkeit der Behörde, insbesondere die Erlassung eines Bescheides, sei nicht notwendig bzw. auch in keinem Fall erfolgt.

Der Auftraggeber erstattete am 26. September 2011 eine Stellungnahme und führte aus, dass zum Nachweis der Befugnis von der C*** eine Bestätigung der Wirtschaftskammer Steiermark - Landesinnung Bau mit dem Titel "Bestätigung über Gewerbeberechtigung" vom 10.5.2011 vorgelegt worden sei. Darin werde belegt, dass die C***, über die Gewerbeberechtigung "Baumeister gemäß § 94 Z5 GewO 1994, ausgenommen ausführende Tätigkeiten" verfüge. Neben dieser Bescheinigung von der zuständigen Kammer wurde auch ein Firmenbuchauszug mit Gewerberegisterdaten vom 10.5.2011 vorgelegt. Nicht nachvollzogen werden könnten die vom VKS gezogenen Rechtsfolgen, die letztlich darauf hinausliefen, dass die zuständige Gewerbebehörde einer bescheidmäßigen Entscheidungspflicht nicht nachgekommen sei. Demnach wäre - wie der VKS Wien in seiner Entscheidungsconclusio meine - die umfassende Baumeisterbefugnis von C*** nach wie vor aufrecht. Die Vorgangsweise der Behörde erkläre sich aber entgegen der Auffassung des VKS Wien vielmehr dadurch, dass sie das auf eine Einschränkung der Befugnis gerichtete Abänderungsersuchen von C*** korrekterweise als eine Anzeige zur teilweisen Zurücklegung der Gewerbeberechtigung gemäß § 86 GewO gewertet habe, die keine Erledigung mittels Bescheid vorsehe. Die Anzeige über die (teilweise) Zurücklegung der Gewerbeberechtigung sei eine unwiderrufliche Entscheidung. Dies bedeute jedoch, dass die Entscheidung vom Antragsteller - anders als bei der Ruhendmeldung einer Gewerbeberechtigung - einseitig nicht mehr rückgängig gemacht werden könne und somit endgültig sei.

Am 27. Oktober 2011 legte der Auftraggeber in Ergänzung der bisherigen Stellungnahme nachfolgende Urkunden vor:

1. Anfrage des Auftraggebers zur "Einschränkung der Gewerbeberechtigung (konkret: Baumeister)" an das Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend vom 22.9.2011
2. Antwortschreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft, Familie und Jugend betreffend "Baumeistergewerbe, Einschränkungen" vom 7.10.2011

Am 8. November 2011 übermittelte die Antragstellerin eine Stellungnahme und wies einleitend auf das Koalitionsverbot des § 21 Abs 3 ZTG hin. Zur gewerberechtlichen Befugnis der C*** führte sie aus, dass die teilweise Zurücklegung nach den §§ 86 iVm 345 Abs 1 GewO 1994 für die Beurteilung eines Verstoßes gegen § 21 Abs 3 ZTG unbeachtlich sei, da diese unter der Bedingung abgegeben werden könne, dass die Teilzurücklegungsanzeige bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses hinfällig werde. Sie sei daher - so wie man das aus dem Wortlaut des § 86 Abs 2 GewO vermeinen könnte - nicht unwiderruflich. In jüngster Zeit habe sich - wider die gesetzlichen Rahmenbestimmungen - die Praxis gebildet, dass Baumeister ihre Eintragung im Gewereregister vorübergehend dahingehend einschränken ließen, dass diese keine ausführenden Tätigkeiten erbringen würden. Ein Baumeister könnte aber die Eintragung im Gewereregister jederzeit ändern lassen. Es obläge somit dem Baumeister, die in § 21 Abs 3 ZTG normierte Rechtswidrigkeit einseitig zu umgehen. Weiters könnte die C*** jederzeit ihre umfassende Baumeisterbefugnis nach § 95 Abs 1 GewO bei der zuständigen Gewerbebehörde anmelden und damit "wiederaufleben" lassen. Selbst dann, wenn die C*** in der Praxis keinerlei ausführende Tätigkeiten ausüben würde, wäre dies im vorliegenden Falle nicht von Relevanz. Wie das BVA zu einer solchen Ausgangssituation bereits festgehalten habe, würde es sich dabei nur um eine rein subjektive Entscheidung der C*** handeln, ausschließlich planerische Arbeiten durchzuführen. Dies hindere die C*** jedoch nicht, jederzeit von dem ihr durch die Gewerbeordnung eingeräumten Recht, auch ausführende Tätigkeiten durchzuführen, Gebrauch zu machen.

Mit Schriftsatz vom 10. November 2011 führten die präsumtiven Zuschlagsempfänger ergänzend aus, dass die Antragstellerin zwischenzeitig - nach Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages - eine entsprechende Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof eingebracht habe, in welcher von ihr die Argumente

der mitbeteiligten Partei völlig gleichlautend übernommen und vorgetragen würden. Bei einer Aufrechterhaltung des gegenständlichen Antrages sei evident, dass dieser von der Antragstellerin wider besseres Wissen und lediglich mutwillig aufrecht erhalten würde. Insbesondere sei auch eine, wie von der Antragstellerin als "möglich" dargestellte "Umgehung" für die Beurteilung nicht relevant. Wäre dem so, müssten grundsätzlich auch Arbeitsgemeinschaften bzw. Gesellschaften bürgerlichen Rechts zwischen z.B. ziviltechnischen Gesellschaften und "Zivilingenieuren" selbst untersagt sein, da auch in diesem Fall exakt dieselbe Möglichkeit einer Interessenskollision und eine entsprechende "Umgehung" bestünde.

Am 15. November 2011 fand vor dem BVA eine mündliche Verhandlung statt. Zum Schriftsatz der mitbeteiligten Partei vom 10. November 2011 verwies die Antragstellerin auf ihren Stellungnahme vom 8. November 2011, insbesondere auf die Ausführungen im Bescheid des BVA vom 31.5.2011, N/0022-BVA/11/2011-26. Zur Urkundenvorlage der mitbeteiligten Partei brachte die Antragstellerin vor, dass die Beschwerde gegen den Bescheid des VKS Wien vom 11.8.2011, VKS-7081/11, unstrittig eingebracht worden sei. Die mitbeteiligte Partei brachte vor, dass es in der Vergangenheit zahlreiche Kooperationen zwischen der C*** und der Antragstellerin gegeben habe und zudem noch ein laufendes Projekt (als BIEGE) anhängig sei.

Aufgrund der vorliegenden Unterlagen, Stellungnahmen der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber hat die gegenständlichen Leistungen im Wege eines offenen Verfahrens am 12.5.2011 EU-weit bekannt gemacht. Die Angebotsöffnung erfolgte am 28.6.2011. Am 2.9.2011 teilte der Auftraggeber den Bietern mit, dass beabsichtigt ist, den Zuschlag an die B***, bestehend aus C*** mit D*** und mit E***, zu erteilen.

Am 25.8.2010 ersuchte die C*** ihre umfassende Baumeisterbefugnis gemäß § 94 Z 5 GewO 1994, auf Baumeisterbefugnis für planende und beratende Tätigkeiten einzuschränken. Am 26.8.2010 (irrtümlich datiert mit "16.11.2009") teilte die Stadt Graz der C*** mit, dass die Eintragung mit Wirkung vom 25.8.2010 wie folgt geändert wurde:

"Baumeister, ausgenommen ausführende Tätigkeiten"

Dem Auszug aus dem Gewerberegister (Registerstand vom 27.8.2010) ist nachfolgendes zu entnehmen:

GewerbeinhaberIn: C***

Gewerbewortlaut:

"Baumeister gemäß § 94 Z. 5 GewO 1994, ausgenommen ausführende Tätigkeiten"

Der vom Auftraggeber dem BVA am 4. Oktober 2011 vorgelegte Auszug aus dem Gewerberegister (Registerstand: 15.9.2011) lautet wie folgt:

GewerbeinhaberIn: C***

Gewerbewortlaut: "Baumeister gemäß § 94 Z 5 GewO 1994, ausgenommen ausführende Tätigkeiten"

Am 22. September 2011 stellte der Auftraggeber dem Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend, Sektion I/Abteilung 7 Gewerbeamt, nachfolgende Fragen:

- Ist die Einschränkung der Gewerbeberechtigung für Baumeister auf planende und beratende Tätigkeiten im Rahmen der Gewerbeordnung zulässig?
- Ist die Ausnahme der Befugnis zur Vornahme ausführender Tätigkeiten für Baumeister im Rahmen der Gewerbeordnung zulässig?
- Handelt es sich bei der Einschränkung einer bereits vorliegenden Gewerbeberechtigung um eine teilweise Zurücklegung iSd § 86 GewO?
- Unterliegt eine Einschränkung einer bereits vorliegenden Gewerbeberechtigung dem Anzeigeverfahren gemäß § 345 GewO?
- Entscheidet die zuständige Gewerbebehörde über die Einschränkung einer bereits vorliegenden Gewerbeberechtigung mittels Bescheid oder lediglich durch Eintragung in das Gewerbeamt?

Am 7. Oktober 2011 teilte das Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend, Sektion I/5a, dem Auftraggeber zum Betreff "Baumeistergewerbe, Einschränkungen, Anfrage" folgendes mit:

Die Einschränkung der Gewerbeberechtigung für das Baumeistergewerbe auf planende und beratende Tätigkeiten bzw. die Ausnahme der Berechtigung zur Vornahme ausführender Tätigkeiten dieses Gewerbes im Rahmen eines solchen Gewerbes ist nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 als zulässig anzusehen.

Bei einer Einschränkung einer bereits bestehenden Gewerbeberechtigung für das Baumeistergewerbe handelt es sich um eine Teilzurücklegungserklärung gemäß § 86 GewO 1994. Die teilweise Zurücklegung der Gewerbeberechtigung ist gemäß § 345 Abs. 1 GewO 1994 der nach dem Standort des Gewerbes zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde anzuzeigen.

Wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, hat die Behörde gemäß § 345 Abs. 4 GewO 1994 die sich aus der Anzeige ergebende Eintragung in das Gewerbeverzeichnis vorzunehmen und den Ersteller der Anzeige von der Eintragung zu verständigen.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Pensionsversicherungsanstalt (PVA). Die PVA ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG, Anhang III. Der geschätzte Gesamtauftragswert

beläuft sich auf Euro 1.100.000,-- (ohne USt),

sodass es sich um eine Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß § 12 Abs 1 Z 2 BVergG handelt.

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

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

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antrag den formalen

Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG genügt. Ein Grund

für die Unzulässigkeit nach § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Zu Spruchpunkt a)

Gemäß § 21 Abs 3 ZTG ist die Bildung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts zwischen Ziviltechnikern und Gewerbetreibenden nur zulässig, wenn letztere zu ausführenden Tätigkeiten nicht berechtigt sind. Die Antragstellerin verneint, dass dadurch, dass die C*** laut Bescheid der Gewerbebehörde der Stadt Graz über eine "uneingeschränkte" Baumeisterbefugnis verfüge, der Zusammenschluss der C*** mit der D*** und der E*** gegen "§ 23 Abs 3 ZTG" (gemeint offenkundig: "§ 21 Abs 3 ZTG") verstoße. Aus den Ausführungen im Bescheid des VKS Wien 11.8.2011, VKS-7081/11, sowie den seitens des Auftraggebers und den präsumtiven Zuschlagsempfängern vorgelegten Unterlagen (an deren Echtheit das BVA keine Zweifel hegt) geht jedoch hervor, dass die C*** am 25.8.2010 ihre umfassende Baumeisterbefugnis gemäß § 94 Z 5 GewO 1994 auf die Baumeisterbefugnis für "planende und beratende Tätigkeiten" eingeschränkt hat. Gemäß § 345 Abs 4 GewO 1994 hat die Stadt Graz am 26.8.2010 die Eintragung in das Gewerbeverzeichnis vorgenommen und die C*** von dieser Eintragung verständigt (zur Zulässigkeit dieser Vorgangsweise vgl. auch die Stellungnahme der zuständigen Abteilung des BMWFJ vom 7. Oktober 2011). Die C*** ist somit seit dem 25.8.2010 nicht mehr berechtigt, ausführende Tätigkeiten auszuüben (vgl. dazu § 86 Abs 1 und 2 GewO 1994).

Soweit der VKS Wien in der Entscheidung vom 11.8.2011, VKS- 7081/11 verneint, dass das Ersuchen der C*** um "Einschränkung" von der Gewerbebehörde bescheidmäßig zu erledigen gewesen wäre, verkennt dieser, dass nach dem klaren Wortlaut des § 345 GewO 1994 eine bescheidmäßige Erledigung nur dann (zwingend) zu erfolgen hat, wenn die jeweils geforderten gesetzlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind (vgl. Abs 5 leg cit.); warum diese beim Ersuchen der C*** nicht gegeben sein hätten sollen, blieb vom VKS Wien unbeantwortet. Soweit der VKS Wien das Schreiben der C*** vom 25.8.2010 als "teilweise Ruhendstellung" der

Baumeisterbefugnis zu werten versucht, scheidet diese Qualifikation schon am Wortlaut des Schreibens (siehe dazu insbesondere den Betreff "Abänderung der Befugnis"). Auch die Ausführungen des VKS Wien, wonach eine teilweise Zurücklegung einer Gewerbeberechtigung im § 86 GewO 1994 nicht ausdrücklich geregelt ist und daher (offenbar) unzulässig sein soll, vermögen nicht zu überzeugen. Abgesehen davon, dass der VKS Wien keine plausible Begründung für diese Annahme liefert, führt die Antragstellerin in ihrer Bescheidbeschwerde zutreffend aus, dass eine solche Sichtweise schon kraft eines Größenschlusses falsch wäre: Wenn die gesamte Gewerbeberechtigung durch Rücklegung enden kann, dann kann auch ein bloßer Teil zurückgelegt werden, weil dem keine gesetzliche Zielsetzung entgegensteht (siehe die Urkundenvorlage der präsumtiven Zuschlagsempfänger; Beschwerde an den VwGH vom 19. Oktober 2011 gegen den Bescheid VKS Wien vom 11.8.2011, VKS-7081/11, Rz 1.1.11.).

Soweit die Antragstellerin vermeint, dass eine Teilzurücklegungsanzeige nach § 86 Abs 1 GewO 1994 unter einer Bedingung abgegeben werden könne, verkennt sie den Wortlaut der zitierten Bestimmung. Eine Zurücklegung (bzw. Teilzurücklegung) nach § 86 Abs 1 GewO 1994 ist unwiderruflich (siehe dazu auch Grabler/Stolzlechner/Wendl, Gewerbeordnung³ [2011] § 86 Rz 9]). Die Teilzurücklegung der C*** vom 25.8.2010 wurde ausdrücklich nicht unter einer Bedingung abgegeben, womit aber § 86 Abs 2 zweiter Satz GewO 1994 gar nicht zum Tragen kommen kann. Soweit die Antragstellerin ausführt, dass das BVA zu solch einer (der gegenständlichen offenbar vergleichbaren) "Ausgangssituation" bereits festgehalten habe, dass es sich bei der Entscheidung der C***, ausschließlich planerische Arbeiten durchzuführen, um eine rein subjektive handeln würde, verkennt sie, dass der Entscheidung des BVA vom 31.5.2011, N/0022-BVA/11/2011-26, ein anderer Sachverhalt zu Grunde gelegen ist. Während das (damalige antragstellende) Mitglied der Bietergemeinschaft über eine Gewerbeberechtigung "Baumeister, Brunnenmeister, gemäß § 94 Z 5 GewO 1994, eingeschränkt auf Baumeister" verfügte und das BVA aussprach, dass allein darauf abzustellen ist, welche Berechtigungen § 99 GewO 1994 dem jeweiligen Gewerbeinhaber einräumt und nicht darauf, in welcher Form der Gewerbeinhaber das Gewerbe letztlich tatsächlich ausübt, untersagt der (aktuelle) Gewerbewortlaut der C*** dieser GmbH ausdrücklich "ausführende Tätigkeiten" vorzunehmen.

Da die C*** somit zu ausführenden Tätigkeiten nicht berechtigt ist, liegt gegenständlich auch kein Verstoß gegen den § 21 Abs 3 ZTG vor (folglich auch keiner gegen § 19 Abs 1 BVergG), womit aber dem Nachprüfungsantrag schon aus diesem Grunde keine Berechtigung zukommt.

Zu Spruchpunkt b)

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

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