

# Bietergemeinschaften im Vergabeverfahren

## Kurzinformation

Wenn eine Bietergemeinschaft die Absicht hat, sich an einer Ausschreibung zu beteiligen, muss nicht jedes Mitglied für sich gesondert über die geforderte Gewerbeberechtigung verfügen.

### Wichtig:

Denn aufgrund eines Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes (VfGH) vom 21.06.2004, GZ: B531/02-8 hat sich die Rechtslage insofern geändert, als es im Vergabeverfahren ausreicht, dass jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft lediglich die gewerberechtliche Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen hat.

Bisher traten in der Praxis immer wieder Probleme auf, ob die Befugnisse der einzelnen Gesellschafter „zusammengerechnet“ werden dürfen, oder ob jeder einzelne Gesellschafter über die zur Ausführung des gesamten Auftrages erforderliche Befugnis im vollen Umfang verfügen muss.

## VfGH-Erkenntnis schafft Klarheit

Wenn eine Gesamtleistung ausgeschrieben wird, die unterschiedliche Befugnisse in verschiedenen Fachrichtungen erfordert, so ist vom öffentlichen Auftraggeber lediglich darauf zu achten, dass jedes Mitglied der Bietergemeinschaft die gewerberechtliche Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil in geeigneter Form nachweist.

Ursache für diese Entscheidung des VfGH war die Rechtsansicht des Bundesvergabebeamten, wonach Bietergemeinschaften als Gesellschaften bürgerlichen Rechts keine juristischen Personen wären. Eine Gewerbeausübung wäre daher unmittelbar ihren Mitgliedern zuzurechnen. Jeder Gesellschafter benötige daher für jede gewerbliche Tätigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine eigene Gewerbeberechtigung.

## Bisherige Rechtsprechung des BVA

Das BVA schließt daraus, dass sämtliche Mitglieder über die Gewerbeberechtigung für alle angebotenen Leistungen – und nicht nur für ihren Leistungsteil – verfügen müssen.

Laut VfGH verkennt aber ein solches undifferenziertes Rechtsverständnis den Sinn und Zweck der Einrichtung einer Bietergemeinschaft im Vergaberecht:

## Bieter- und Arbeitsgemeinschaft

Eine Bietergemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zwecke der Einreichung eines gemeinsamen Angebots in einem Vergabeverfahren. Indem das BVergG – in Entsprechung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben – Bietergemeinschaften die Einreichung von Angeboten in einem Vergabeverfahren ermöglicht, ohne sie zu verpflichten, hiezu eine bestimmte Rechtsform anzunehmen, wird auch Gesellschaften bürgerlichen Rechts eine Beteiligung am Vergabeverfahren ermöglicht. Die Gesellschafter haben lediglich die Erklärung abzugeben, dass sie im Auftragsfall die Leistung als Arbeitsgemeinschaft erbringen würden.

Unter einer solchen **Arbeitsgemeinschaft** wiederum versteht das BVergG einen 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.

Dass Bietergemeinschaften in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Fall der Zuschlagserteilung zwecks Erbringung der beauftragten Leistung jedenfalls eine Arbeitsgemeinschaft zu gründen haben (die Arbeitsgemeinschaft damit aus der Bietergemeinschaft entsteht), ergibt sich aus dem Bundesvergabegesetz. Im Ergebnis müssen daher für Bietergemeinschaften dieselben Voraussetzungen im Hinblick auf die zu erbringenden Berufsbefugnisse gelten wie für Arbeitsgemeinschaften.

## Unterschied homogene – heterogene Leistung

Es erscheint daher dem VfGH eine differenzierte Sichtweise anhand der ausgeschriebenen Leistung geboten:

### Wichtig!

Ist die Leistung homogen, auf eine bestimmte Unternehmergruppe beschränkt und nicht nach Spartenleistungen zu trennen, so haben im Falle der Angebotslegung durch eine Bietergemeinschaft alle Mitglieder die entsprechende Befugnis nachzuweisen haben.

Ist aber – zulässigerweise – eine Gesamtleistung ausgeschrieben, die unterschiedliche Befugnisse in verschiedenen Fachrichtungen erfordert, ist lediglich darauf abzustellen, dass **jedes Mitglied** der Bietergemeinschaft die gewerberechtliche Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen hat.

## Resümee

Bei heterogenen Gesamtleistungen spricht nach der vorliegenden Entscheidung des VfGH nichts dagegen, dass die einzelnen Berufsbefugnisse innerhalb der Bietergemeinschaft addiert werden, der Nachweis also kumulativ gelegt werden kann. Anderes dürfte nur für homogene Leistungen gelten.

## Das Bundesvergabegesetz 2018 regelt im § 80 Abs 4:

Im Falle der Angebotslegung durch eine Arbeitsgemeinschaft oder eine Bietergemeinschaft hat jedes Mitglied die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen.

Um allfällige Unklarheiten zu vermeiden, die aus der Frage resultieren können, wann von unterschiedlichen Befugnissen in verschiedenen Fachrichtungen auszugehen ist, soll nunmehr klargestellt werden, dass es darauf ankommt, dass jedes Mitglied die Befugnis für den Leistungsteil nachweisen kann, den es konkret erbringen wird.

Bei einem heterogenen Leistungsgegenstand ist das nicht gleichbedeutend mit der Befugnis für die Erbringung des Gesamtauftrages. Ist hingegen der Leistungsgegenstand derart homogen, dass für alle Teilleistungen dieselbe Befugnis notwendig ist, dann muss jedes Mitglied dieselbe Befugnis nachweisen können.

Daraus folgt, dass es darauf ankommt dass

- jedes Mitglied die Befugnis für den Leistungsteil nachzuweisen hat, den es konkret erbringen wird.
- Bei einem heterogenen (= unterschiedlichen) Leistungsgegenstand beschränkt sich daher der Nachweis für das einzelne Mitglied nur auf den ihm konkret zufallenden Leistungsteil und ist daher nicht gleichbedeutend mit der Befugnis für die Erbringung des Gesamtauftrages.
- Ist hingegen der Leistungsgegenstand derart homogen („gleichartig“), dass für sämtliche Teilleistungen dieselbe Befugnis notwendig ist, dann muss jedes Mitglied diese Befugnis auch gesondert nachweisen können.

Stand: 21.12.2021