

TE Lvwg Erkenntnis 2014/6/5 VGW- 123/077/23937/2014, VGW- 123/077/23976/2014, VGW- 123/077/23977/2014

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.06.2014

Entscheidungsdatum

05.06.2014

Index

20/01 Allgemein bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)

97 Öffentliches Auftragswesen

E3L E06301000

Norm

ABGB §1157

ABGB §1205

BVergG 2006 §2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §13

BVergG 2006 §14

BVergG 2006 §20

32004L0018 Vergabe-RL öffentliche Bauaufträge Art 9

1. ABGB § 1157 heute
2. ABGB § 1157 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916
1. ABGB § 1205 heute
2. ABGB § 1205 gültig ab 01.01.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2015
3. ABGB § 1205 gültig von 01.01.2015 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2014
4. ABGB § 1205 gültig von 01.01.1812 bis 31.12.2014
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Anmerkung

VwGH v. 20.4.2016, Ro 2014/04/0071

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.in Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.a Mandl über die Feststellungsanträge der L. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, betreffend die Direktvergaben Glaser- und Baumeisterarbeiten, 1) P.-gasse - Auftragskennzahl ... und W.-straße - Auftragskennzahl ..., 2) R.-weg - Auftragskennzahl ... und 3) R.-Gasse - Auftragskennzahl ..., der W., vertreten durch Rechtsanwälte OG, zu Recht erkannt:

I.römisch eins.

Der Feststellungsantrag, dass hinsichtlich der o.a. Aufträge die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Die Eventualanträge, in eventuelle jeweils festzustellen, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, sowie, in eventuelle jeweils festzustellen, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis bzw. dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, werden abgewiesen. Die Eventualanträge, in eventuelle jeweils festzustellen, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den Paragraphen 131, bzw. 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, sowie, in eventuelle jeweils festzustellen, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis bzw. dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, werden abgewiesen.

III.römisch drei.

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

IV.römisch vier.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 2 Abs. 4, 7 Abs. 3 Z 3, 13, 15, 16 und 33 Abs. 1 Z 1 bis 3 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014), §§ 2 Z 11 und Z 16 lit. a sublit. nn, 3 Abs. 1 Z 1, 4, 13, 14, 22 und 41 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006). Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, 2, Absatz 4, 7, Absatz 3, Ziffer 3, 13, 15, 16 und 33 Absatz eins,

Ziffer eins bis 3 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014), Paragraphen 2, Ziffer 11 und Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 4, 13, 14, 22 und 41 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006).

Entscheidungsgründe

Die von der W. als Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten bestehen aus folgenden vier jeweils als „Direktvergabe“ bezeichneten Beschaffungsvorgängen:

1. Direktvergabe P.-gasse, Auftragskennzahl ..., Auftragnehmer ARGE S. – We. GmbH.

Auftragsgegenstand: Verputzarbeiten nach Elektriker und Installateur durchführen, Entfernen aller PVC-Beläge und Untergrund instand setzen.

Auftragssumme: 4800 Euro

Arbeitsbeginn: 4.2.2014

Leistungsfrist: 5 Arbeitstage in Etappen dem Arbeitsfortschritt entsprechend

Vergabegrundlage: Ab 1.5.2012 Direktvergabe, Basis abgelaufener Vertrag.

Die Leistung wurde von der We. GmbH in der Zeit vom 4.2.2014 bis 10.2.2014 erbracht und dem Auftraggeber mit netto 3.562,74 Euro in Rechnung gestellt.

2. Direktvergabe W.-straße, Auftragskennzahl ..., Auftragnehmer S. - We. GmbH (vom Antragsgegner mit Schreiben vom 19.5.2014 richtiggestellt auf ARGE W...).

Auftragsgegenstand: Baumeister-/Vermauerungs-/Verputzarbeiten durchführen, Badezimmerfliesen entfernen, Verputzarbeiten durchführen.

Auftragssumme: 3600 Euro

Arbeitsbeginn: 17.2.2014

Leistungsfrist: 5 Arbeitstage, in Etappen

Vergabegrundlage: Rahmenvertrag

Die Leistung wurde von der We. GmbH in der Zeit vom 11.2.2014 bis 21.2.2014 erbracht und dem Auftraggeber mit netto 3.091,36 Euro in Rechnung gestellt.

3. Direktvergabe R.-weg, Auftragskennzahl ..., Auftragnehmer H. GmbH

Auftragsgegenstand: Glaser – Glasbruch, Stiege 3 zwischen 1. Stock und Erdgeschoß, bei der Terrasse beim Zugang zur gelben Türe.

Auftragssumme: 500 Euro

Arbeitsbeginn: 10.3.2014

Leistungsfrist: 1 Arbeitstag

Die Leistung wurde von der H. GmbH am 10.3.2014 erbracht und dem Auftraggeber mit netto 151,75 Euro in Rechnung gestellt.

4. Direktvergabe R.-Gasse, Auftragskennzahl ..., Auftragnehmer K. GmbH

Auftragsgegenstand: Glasinnentüren/Fenster verglasen.

Auftragssumme: 700 Euro

Arbeitsbeginn: 7.3.2014 (im Vergabeakt mit 7.4.2014 offenbar verschrieben)

Leistungsfrist: 1 Arbeitstag

Die Leistung wurde von der K. GmbH am 7.3.2014 erbracht und dem Auftraggeber mit netto 277,50 Euro in Rechnung gestellt.

Gegen diese vier Direktvergaben richtet sich der Feststellungsantrag der Antragstellerin vom 28.3.2014. In diesem bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, W. habe früher sowohl für Baumeisterarbeiten als auch für

Glaserarbeiten jeweils einen in Gebietslose gegliederten Rahmenvertrag gehabt, in dem derartige Baumeisterarbeiten bzw. Glaserarbeiten zusammengefasst waren und aus denen Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten dieser Art jeweils abgerufen wurden. Die Rahmenverträge hätten durch Zeitablauf geendet. W. sei verpflichtet, gleichartige Baumeisterarbeiten bzw. gleichartige Glaserarbeiten zusammenzurechnen und öffentlich auszuschreiben. Durch die verpflichtende Zusammenrechnung ergebe sich jedenfalls ein Auftragswert im Oberschwellenbereich und sei daher eine EU-weite Ausschreibung derartiger Leistungen erforderlich. Die einzelnen Aufträge seien rechtlich als Lose zu werten und würden alle diese Lose Teil eines Bauvorhabens sein. Es sei nicht notwendig, dass die einzelnen Aufträge das gleiche Bauwerk betreffen. Der Begriff des Bauvorhabens umfasse insoweit sämtliche Wohnhausanlagen von W..

Mit dieser Begründung beantragte die Antragstellerin,

1. jeweils festzustellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war;
2. in eventu jeweils festzustellen, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war; 2. in eventu jeweils festzustellen, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den Paragraphen 131, bzw. 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war;
3. in eventu jeweils festzustellen, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis bzw. dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;
4. jeweils der Auftraggeberin und Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebühren für die Feststellungsanträge zu Händen der Rechtsvertreterin binnen 14 Tagen aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin hält dem in ihrer Stellungnahme vom 15.4.2014 im Wesentlichen entgegen, der Antragstellerin würde keine Antragslegitimation zukommen, weil sie nicht über die für eine Auftragserteilung erforderliche Zuverlässigkeit verfüge. Es seien nämlich von einem gerichtlich beeideten Sachverständigen, welche die Antragsgegnerin mit der Überprüfung von Arbeiten der Antragstellerin beauftragt habe, Malversationen, systematische Fehlerrechnungen sowie vertragswidrige Leistungserbringungen und damit berufliche Verfehlungen festgestellt worden, die einen Ausschlussgrund im Sinne des § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 darstellen würden. Daher könne die Antragstellerin die Aufträge gar nicht erlangen, weshalb ihr kein Schaden erwachsen könne und folglich keine Antragslegitimation zukomme. Die Antragsgegnerin hält dem in ihrer Stellungnahme vom 15.4.2014 im Wesentlichen entgegen, der Antragstellerin würde keine Antragslegitimation zukommen, weil sie nicht über die für eine Auftragserteilung erforderliche Zuverlässigkeit verfüge. Es seien nämlich von einem gerichtlich beeideten Sachverständigen, welche die Antragsgegnerin mit der Überprüfung von Arbeiten der Antragstellerin beauftragt habe, Malversationen, systematische Fehlerrechnungen sowie vertragswidrige Leistungserbringungen und damit berufliche Verfehlungen festgestellt worden, die einen Ausschlussgrund im Sinne des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 darstellen würden. Daher könne die Antragstellerin die Aufträge gar nicht erlangen, weshalb ihr kein Schaden erwachsen könne und folglich keine Antragslegitimation zukomme.

Außerdem habe die Antragsgegnerin lediglich die Möglichkeit, nicht aber die Verpflichtung, Rahmenverträge auszuschreiben. Die Antragsgegnerin sei zwar bemüht, so bald als möglich wieder Rahmenverträge für Baumeister- und für Glaserarbeiten abzuschließen, insbesondere wegen der für die Antragsgegnerin mit einer solchen Vorgangsweise verbundenen Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit. Eine Zusammenrechnungspflicht bestehe aber nicht. Vielmehr stelle jede einzelne Wohnung, die instand zu setzen bzw. instand zu halten sei, die Einheit für das Vorliegen eines Bauvorhabens dar.

Darüber hinaus brachte die Antragsgegnerin noch vor, dass der Antrag „kurios“ und wider besseren Wissens erstattet worden sei, weil es der Antragstellerin nur darum ginge, selbst Direktvergaben zu erhalten, und Direktvergaben an Unternehmen des „L.-Konzerns“ von der Antragstellerin nicht beanstandet würden. Weiters habe die Antragstellerin den „vertragslosen“ Zustand selbst verursacht, indem sie und andere ihr zuzurechnende Unternehmen des „L.-

Konzerns“ die Neuausschreibung durch zahlreiche und größtenteils erfolglose Nachprüfungsanträge selbst verursacht hätten. Auf Grund der zahlreichen Nachprüfungsanträge und des dadurch bewirkten „vertragslosen Zustandes“ bleibe der Antragsgegnerin gar nichts anderes übrig, als unmittelbar anstehende Instandsetzungsarbeiten jeweils direkt zu vergeben.

Zum anderen brachte die Antragsgegnerin vor, dass das im § 22 Abs. 3 BVergG 2006 verankerte Verbot des Aufsplittens auf Direktvergaben im Hinblick auf § 41 Abs. 1 BVergG 2006 nicht anwendbar sei und die Argumentation der Antragstellerin ins Leere gehe. Zum anderen brachte die Antragsgegnerin vor, dass das im Paragraph 22, Absatz 3, BVergG 2006 verankerte Verbot des Aufsplittens auf Direktvergaben im Hinblick auf Paragraph 41, Absatz eins, BVergG 2006 nicht anwendbar sei und die Argumentation der Antragstellerin ins Leere gehe.

Der Antragstellerin könne auch kein Schaden erwachsen, da sie die im abgelaufenen Rahmenvertrag festgelegte technische Leistungsfähigkeit nicht erreiche und daher den Auftrag gar nicht hätte erhalten können.

Im Übrigen referierte die Antragsgegnerin in ihrer zit. Stellungnahme die bisherige Judikatur des VKS Wien, wonach als Bauvorhaben die Instandsetzung der einzelnen frei gewordenen Wohnung anzusehen sei, sodass Instandsetzungsarbeiten für unterschiedliche Wohnungen nicht zusammenzurechnen seien. Letzteres sei insbesondere auch darin begründet, dass den vom VKS Wien getroffenen Sachverhaltsfeststellungen zu Folge das Freiwerden von Wohnungen und damit die Instandsetzungsarbeiten nicht planbar wären.

Die Replik der Antragstellerin vom 29.4.2014 beinhaltet insbesondere Ausführungen dazu, dass die von der Antragsgegnerin vorgebrachte Unzuverlässigkeit der Antragstellerin nicht vorliegen würde bzw. zumindest nicht in einer den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Weise nachgewiesen sei und dass sehr wohl ein in Lose gegliedertes Bauvorhaben vorliege, welches sämtliche Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten im Wohnhausbestand der Antragsgegnerin beinhalte, zumal die Unternehmer nach der Art von „ausgegliederten Haustechnikern“ agieren würden.

Zum Vorbringen der Antragsgegnerin, die Antragstellerin und andere Unternehmer der „L.-Gruppe“ hätten die Antragsgegnerin durch das Stellen von zahlreichen und meist erfolglosen Nachprüfungsanträgen daran gehindert, zeitgerecht neue Rahmenverträge zu vergeben, wies die Antragstellerin darauf hin, dass es rechtlich nicht relevant sei, ob und wie viele Nachprüfungsanträge die Antragstellerin stelle, da ihr die Möglichkeit zustünde, Vergaberechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden müsse ein gewissenhafter Auftraggeber mit der Möglichkeit von allfälligen Rechtsschutzverfahren grundsätzlich rechnen und die damit einhergehenden Zeitverzögerungen bei seiner Planung berücksichtigen (BVA 29.10.2013, N/0103-BVA/10/2013-EV11). Außerdem sei die Zusammenfassung verschiedener Unternehmen unter der Bezeichnung „L.-Gruppe“ nicht substantiiert, zumal man darunter gemäß § 15 AktG Unternehmen unter einheitlicher Leitung verstehen würde und eine solche einheitliche Leitung nicht vorliege. Zum Vorbringen der Antragsgegnerin, die Antragstellerin und andere Unternehmer der „L.-Gruppe“ hätten die Antragsgegnerin durch das Stellen von zahlreichen und meist erfolglosen Nachprüfungsanträgen daran gehindert, zeitgerecht neue Rahmenverträge zu vergeben, wies die Antragstellerin darauf hin, dass es rechtlich nicht relevant sei, ob und wie viele Nachprüfungsanträge die Antragstellerin stelle, da ihr die Möglichkeit zustünde, Vergaberechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden müsse ein gewissenhafter Auftraggeber mit der Möglichkeit von allfälligen Rechtsschutzverfahren grundsätzlich rechnen und die damit einhergehenden Zeitverzögerungen bei seiner Planung berücksichtigen (BVA 29.10.2013, N/0103-BVA/10/2013-EV11). Außerdem sei die Zusammenfassung verschiedener Unternehmen unter der Bezeichnung „L.-Gruppe“ nicht substantiiert, zumal man darunter gemäß Paragraph 15, AktG Unternehmen unter einheitlicher Leitung verstehen würde und eine solche einheitliche Leitung nicht vorliege.

Das Vorbringen der Antragsgegnerin, dass § 22 Abs. 3 BVergG 2006 („Verbot des Aufsplittens“) gemäß § 41 Abs. 1 BVergG 2006 auf Direktvergaben nicht anwendbar sei, gehe an der Rechtsfrage vorbei, weil bei der Frage der Zulässigkeit der Wahl der Direktvergabe gemäß § 41 Abs. 2 BVergG 2006 auf den geschätzten Gesamtauftragswert abzustellen und der Gesamtauftragswert unter Einhaltung des Verbotes des Aufsplittens zu ermitteln sei. Das Vorbringen der Antragsgegnerin, dass Paragraph 22, Absatz 3, BVergG 2006 („Verbot des Aufsplittens“) gemäß Paragraph 41, Absatz eins, BVergG 2006 auf Direktvergaben nicht anwendbar sei, gehe an der Rechtsfrage vorbei, weil

bei der Frage der Zulässigkeit der Wahl der Direktvergabe gemäß Paragraph 41, Absatz 2, BVergG 2006 auf den geschätzten Gesamtauftragswert abzustellen und der Gesamtauftragswert unter Einhaltung des Verbotes des Aufsplittens zu ermitteln sei.

Zu ihrer technischen Leistungsfähigkeit verwies die Antragstellerin darauf, dass Festlegungen der Antragsgegnerin, die in einem vergangenen Vergabeverfahren getroffen worden seien, nur für das damalige Vergabeverfahren rechtliche Relevanz haben. Die Antragsgegnerin übersehe, dass die Eignung in jedem Vergabeverfahren erneut zu prüfen sei. Die Antragsgegnerin habe die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin in den gegenständlichen Anlassfällen nicht geprüft und könne daher nicht in rechtsgültiger Weise zu dem Ergebnis gelangen, dass die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht vorliegen würde.

Zum Schaden verwies die Antragstellerin darauf, dass es dabei nicht um den Anspruch auf Abschluss eines bestimmten Auftrages ginge, sondern um den Anspruch auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren. Bereits in der fehlenden Teilnahmemöglichkeit liege dem VwGH zu Folge (VwGH 21.1.2014, 2011/04/0003) der hier relevante Schaden der Antragstellerin.

Schließlich sei die von der Antragsgegnerin referierte Judikatur des VKS Wien nicht einschlägig, da sich der VKS Wien nicht mit der hier rechtlich einschlägigen Definition des Bauvorhabens gemäß § 14 Abs. 1 BVergG 2006 auseinandergesetzt habe. Die Antragsgegnerin habe selbst eingeräumt, dass sie bestrebt sei, Rahmenverträge „über laufende und wiederkehrende Bauleistungen – gleichgültig, ob Gebrechensbehebungen oder Instandsetzungen“ – zu vergeben. Es würde sich insoweit um laufende und wiederkehrende Bauleistungen handeln. Diese seien sachverhaltsmäßig sehr wohl planbar und würden sogar von der Antragsgegnerin geplant. Diese laufenden und wiederkehrenden Bauleistungen seien daher bei der Auftragswertermittlung zusammen zu rechnen. Schließlich sei die von der Antragsgegnerin referierte Judikatur des VKS Wien nicht einschlägig, da sich der VKS Wien nicht mit der hier rechtlich einschlägigen Definition des Bauvorhabens gemäß Paragraph 14, Absatz eins, BVergG 2006 auseinandergesetzt habe. Die Antragsgegnerin habe selbst eingeräumt, dass sie bestrebt sei, Rahmenverträge „über laufende und wiederkehrende Bauleistungen – gleichgültig, ob Gebrechensbehebungen oder Instandsetzungen“ – zu vergeben. Es würde sich insoweit um laufende und wiederkehrende Bauleistungen handeln. Diese seien sachverhaltsmäßig sehr wohl planbar und würden sogar von der Antragsgegnerin geplant. Diese laufenden und wiederkehrenden Bauleistungen seien daher bei der Auftragswertermittlung zusammen zu rechnen.

Darüber hinaus regte die Antragstellerin ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH an, um die Frage zu klären, ob Art. 9 Abs. 2, Abs. 4 und Abs. 5 der Richtlinie (EG) 2004/18 über die Berechnung des geschätzten Auftragswertes von Bauaufträgen dahingehend auszulegen seien, dass zum Zweck der Feststellung des geschätzten Auftragswertes laufende und wiederkehrende Bauleistungen – gleichgültig, ob Gebrechensbehebungen oder Instandsetzungsarbeiten – zusammenzurechnen seien, wenn folgende Voraussetzungen zuträfen: Darüber hinaus regte die Antragstellerin ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH an, um die Frage zu klären, ob Artikel 9, Absatz 2, Absatz 4 und Absatz 5, der Richtlinie (EG) 2004/18 über die Berechnung des geschätzten Auftragswertes von Bauaufträgen dahingehend auszulegen seien, dass zum Zweck der Feststellung des geschätzten Auftragswertes laufende und wiederkehrende Bauleistungen – gleichgültig, ob Gebrechensbehebungen oder Instandsetzungsarbeiten – zusammenzurechnen seien, wenn folgende Voraussetzungen zuträfen:

1. Die Leistungen werden von einer rechtlich unselbständigen Organisationseinheit eines öffentlichen Auftraggebers vergeben;
2. Die Organisationseinheit verwaltet den gesamten Bestand der Wohnungen des öffentlichen Auftraggebers für Zwecke der Vermietung im Rahmen des sozialen Wohnbaus;
2. Die Organisationseinheit verwaltet den gesamten Bestand der Wohnungen des öffentlichen Auftraggebers für Zwecke der Vermietung im Rahmen des sozialen Wohnbaus,;
3. Die vermieteten Wohnungen befinden sich in einem räumlich zusammenhängenden Gebiet, nämlich der Stadt Wien;
4. Die Leistungen fallen in großer Zahl und laufend an und sind gleichartig. Es handelt sich um typische Leistungen eines Vermieters von Wohnraum.

Zwischenzeitig sah sich das Verwaltungsgericht Wien veranlasst, bei der Antragsgegnerin telefonisch nachzufragen, ob die beiden erstgenannten Direktvergaben an die aus dem jeweiligen Vergabeakt ersichtliche Arbeitsgemeinschaft oder

an die jeweilige GmbH, die die Leistung verrechnet hat, erfolgt ist. Diese Nachfrage wurde mit Schreiben vom 19.5.2014 dahingehend beantwortet, dass die erste Direktvergabe an die ARGE S. und die zweite Direktvergabe an die ARGE W... erfolgt sei, in beiden Fällen jedoch die Abwicklung des Auftrags innerhalb der Arbeitsgemeinschaft an die We. GmbH weitergegeben worden sei.

Mit Schriftsatz vom 4.6.2014 übermittelte die Antragsgegnerin eine Replik. Dieser Schriftsatz enthält insbesondere Rechtsausführungen zum Begriff des Bauvorhabens und zur Frage der Zusammenrechnung bei Bauaufträgen. Da der Schriftsatz erst am Tag vor der mündlichen Verhandlung übermittelt wurde und somit weder für die Antragstellerin noch für das Verwaltungsgericht entsprechende Vorbereitungszeit zur Verfügung gestanden ist, wurde der Inhalt des Schriftsatzes nur insoweit berücksichtigt, als dieser Inhalt in der mündlichen Verhandlung auch vorgetragen bzw. erörtert worden ist.

Die mündliche Verhandlung hatte im Wesentlichen folgenden Verlauf:

Auf Frage aus dem Senat, an wen die Antragsgegnerin ihrer Ansicht nach die Aufträge, soweit eine ARGE aufscheint, vergeben hat, legte die Antragsgegnerin dar, dass der Zuschlag an die jeweilige ARGE erteilt worden sei, diese die Abwicklung des Auftrages jedoch intern so vereinbart habe, dass die Leistung von der genannten GmbH in ihrer Funktion als ARGE-Mitglied erbracht und abgerechnet wurde. Auf die Frage, woraus die Antragsgegnerin ableitet, dass die Arbeitsgemeinschaft als solche rechtlich noch existent und nicht nach Zweckerreichung aufgelöst und in eine Miteigentumsgemeinschaft übergegangen sei, führt der Antragsgegnervertreter aus, dass aus § 41 Abs. 4 iVm § 2 Z 37 BVergG 2006 hervorgehe, dass Unternehmer auch Arbeitsgemeinschaften sein könnten. Nach Sicht der Antragsgegnerin mag es zwar zutreffen, dass die im Rahmen des früheren Rahmenvertrages gebildeten Arbeitsgemeinschaften aufgelöst seien, was jedoch nicht ausschließe, dass sich diese Arbeitsgemeinschaften zum Zweck einer Direktvergabe an sie neu bilden und daher eine Direktvergabe an eine solche Arbeitsgemeinschaft rechtlich möglich sei. Auf Frage aus dem Senat, an wen die Antragsgegnerin ihrer Ansicht nach die Aufträge, soweit eine ARGE aufscheint, vergeben hat, legte die Antragsgegnerin dar, dass der Zuschlag an die jeweilige ARGE erteilt worden sei, diese die Abwicklung des Auftrages jedoch intern so vereinbart habe, dass die Leistung von der genannten GmbH in ihrer Funktion als ARGE-Mitglied erbracht und abgerechnet wurde. Auf die Frage, woraus die Antragsgegnerin ableitet, dass die Arbeitsgemeinschaft als solche rechtlich noch existent und nicht nach Zweckerreichung aufgelöst und in eine Miteigentumsgemeinschaft übergegangen sei, führt der Antragsgegnervertreter aus, dass aus Paragraph 41, Absatz 4, in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 37, BVergG 2006 hervorgehe, dass Unternehmer auch Arbeitsgemeinschaften sein könnten. Nach Sicht der Antragsgegnerin mag es zwar zutreffen, dass die im Rahmen des früheren Rahmenvertrages gebildeten Arbeitsgemeinschaften aufgelöst seien, was jedoch nicht ausschließe, dass sich diese Arbeitsgemeinschaften zum Zweck einer Direktvergabe an sie neu bilden und daher eine Direktvergabe an eine solche Arbeitsgemeinschaft rechtlich möglich sei.

Zur Frage der Zuverlässigkeit wurde Folgendes erörtert:

Auf Frage aus dem Senat, warum die Antragsgegnerin von der Unzuverlässigkeit der Antragstellerin ausgehe und in welcher Weise eine erfolgte kontradiktorische Abklärung des vorgebrachten Vorliegens der Unzuverlässigkeit nachvollziehbar sei, legte die Antragsgegnerin dar:

Die Frage der Unzuverlässigkeit sei im Vergabeverfahren Rahmenvertrag Baumeisterarbeiten umfassend geprüft worden. Aus Beilage 1 der Stellungnahme vom 15.4.2014 sei ersichtlich, dass die Antragstellerin im obgenannten Vergabeverfahren wegen Unzuverlässigkeit ausgeschieden worden sei und welche kontradiktorischen Schritte dieser Ausscheidungsentscheidung zu Grunde lagen; die Antragstellerin habe mehrmals die Gelegenheit gehabt, zum Vorwurf der Unzuverlässigkeit Stellung zu nehmen. Bei der Direktvergabe sei gemäß § 41 Abs. 4 BVergG die Zuverlässigkeit nur hinsichtlich des Auftragnehmers zu prüfen. Nach Ansicht der Antragsgegnerin habe die Prüfung der Zuverlässigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens Rahmenvertrag Baumeisterarbeiten auch Gültigkeit für die Direktvergabe, dies nicht zuletzt aufgrund zeitlicher Nähe. Die Frage der Unzuverlässigkeit sei im Vergabeverfahren Rahmenvertrag Baumeisterarbeiten umfassend geprüft worden. Aus Beilage 1 der Stellungnahme vom 15.4.2014 sei ersichtlich, dass die Antragstellerin im obgenannten Vergabeverfahren wegen Unzuverlässigkeit ausgeschieden worden sei und welche kontradiktorischen Schritte dieser Ausscheidungsentscheidung zu Grunde lagen; die Antragstellerin habe mehrmals die Gelegenheit gehabt, zum Vorwurf der Unzuverlässigkeit Stellung zu nehmen. Bei

der Direktvergabe sei gemäß Paragraph 41, Absatz 4, BVergG die Zuverlässigkeit nur hinsichtlich des Auftragnehmers zu prüfen. Nach Ansicht der Antragsgegnerin habe die Prüfung der Zuverlässigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens Rahmenvertrag Baumeisterarbeiten auch Gültigkeit für die Direktvergabe, dies nicht zuletzt aufgrund zeitlicher Nähe.

Die Antragstellerin führte dazu aus, dass – wie die Antragsgegnerin richtig bemerkt habe – anlässlich der Direktvergaben keine Prüfung der Zuverlässigkeit der Antragstellerin stattgefunden habe. Weiters bestritt die Antragstellerin ausdrücklich, dass im Vergabeverfahren betreffend den Rahmenvertrag Baumeisterarbeiten eine kontradiktorische Abklärung der Frage der Zuverlässigkeit stattgefunden habe. Darüber hinaus sei die Antragstellerin der Rechtsansicht, dass die Zuverlässigkeit für jedes Vergabeverfahren im Hinblick auf die unterschiedlichen Zeitpunkte der jeweiligen Vergaben erneut zu prüfen sei und aus einer bestandsfesten Ausscheidungsentscheidung in einem Vergabeverfahren nicht auch auf die Unzuverlässigkeit in einem anderen Vergabeverfahren geschlossen werde könne. Die Antragstellerin habe die Ausscheidungsentscheidung aus anderen Gründen akzeptiert, nicht aber deswegen, weil der Vorwurf der Unzuverlässigkeit als berechtigt erachtet würde. Letzteres sei gerade nicht der Fall gewesen.

Die Antragsgegnerin hielt dem entgegen, dass die Motive, warum eine Ausscheidungsentscheidung nicht angefochten wurde, ihrer Ansicht nach unerheblich seien. Entscheidend sei einzig und allein, dass die Ausscheidungsentscheidung bestandsfest geworden sei. Nach Rechtsansicht der Antragsgegnerin wirke die bestandsfeste Feststellung der Unzuverlässigkeit in einer Ausscheidungsentscheidung über das betreffende Vergabeverfahren hinaus, auch für spätere Vergabeverfahren, und zwar so lange, bis der betroffene Unternehmer konkrete Akte gesetzt habe, mit denen seine Zuverlässigkeit wieder hergestellt sei.

Die Antragstellerin verwies diesbezüglich auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 06.03.2014, Zl. VGW-123/077/10226/2014 und VGW-123/077/10227/2014.

Zur Frage der Zusammenrechnung wurde Folgendes erörtert:

Der Senat legte den Parteien dar, dass bei der Vorbereitung der Verhandlung die Frage zentral erschienen sei, was unter einem „Bauvorhaben“ zu verstehen sei.

Die Antragstellerin führte aus, dass ihrer Ansicht nach einerseits sämtliche laufende Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten für Baumeister und andererseits sämtliche laufende Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten für Glaser, welche jeweils W. in seinem Wohnhausbestand durchführt, in Summe nur ein Bauvorhaben darstellen würde. Nach Ansicht der Antragstellerin ergebe sich aus dem örtlichen, zeitlichen und funktionalen Zusammenhang der Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten, dass zusammen jeweils nur ein Bauvorhaben vorliege. Der Umfang dieser Arbeiten ergebe sich daraus, dass W. früher jeweils einen Rahmenvertrag für diese Arbeiten ausgeschrieben habe. Die Antragstellerin legte dazu einen Ausdruck des Erlasses MD BD-3741-3/03 vom 15.02.2006 vor, aus dem nach ihrer Ansicht hervorgehe, dass derartige Arbeiten als ein Bauvorhaben zusammen gehören würden, zumal diese Arbeiten laut diesem Erlass als Rahmenverträge auszuschreiben seien.

Die Antragsgegnerin replizierte zunächst, dass der von der Antragstellerin vorgelegte Erlass für W. nicht gelten würde, weil W. als Unternehmung (§ 71 Wiener Stadtverfassung) ausgegliedert sei. Selbst wenn der Erlass für W. Gültigkeit hätte, sei darauf hinzuweisen, dass dieser Erlass keine Verpflichtung zum Ausschreiben von Rahmenverträgen festlege, sondern nur regle, wie vorzugehen sei, falls ein Rahmenvertrag ausgeschrieben werde. Die Antragsgegnerin replizierte zunächst, dass der von der Antragstellerin vorgelegte Erlass für W. nicht gelten würde, weil W. als Unternehmung (Paragraph 71, Wiener Stadtverfassung) ausgegliedert sei. Selbst wenn der Erlass für W. Gültigkeit hätte, sei darauf hinzuweisen, dass dieser Erlass keine Verpflichtung zum Ausschreiben von Rahmenverträgen festlege, sondern nur regle, wie vorzugehen sei, falls ein Rahmenvertrag ausgeschrieben werde.

Nach Ansicht der Antragsgegnerin würden sich die einzelnen Renovierungs- und Instandhaltungsarbeiten nicht zu einem Bauvorhaben zusammenfassen lassen. Insbesondere fehle es diesbezüglich am zeitlichen, örtlichen und funktionalen Zusammenhang, weil die einzelnen Arbeiten zeitlich unabhängig voneinander anfallen würden, je nach anfallender Arbeit funktional unterschiedlich seien und in örtlicher Hinsicht kein Zusammenhang bestehe. Die funktionalen Unterschiede würden sich z.B. daraus ergeben, dass je nach Einzelfall eine Aufkategorisierung, eine Brauchbarmachung oder bloße Gebrechensbehebung vorliegen würde. Folgte man der Ansicht der Antragstellerin, so wären bspw. auch österreichweit sämtliche Behebungen von Straßenschäden (Schlaglöcher, etc...) durch die ASFINAG als ein Bauvorhaben zusammenzurechnen, nach Rechtsansicht der Antragsgegnerin würden jedoch insoweit

verschiedene Bauvorhaben vorliegen.

Die Antragsgegnerin verwies weiters darauf, dass W. als Auftraggeberin keine „zentralistische Einheit“ sei, sondern sich ihrerseits in Untereinheiten mit gewisser Selbstständigkeit gliedere. Eine solche Untergliederung bestünde bspw. in Kundendienstzentren. Außerdem stehe für jede Wohnhausanlage eine eigene Rücklage für Erhaltungs- und Reparaturarbeiten zur Verfügung, welche für jede Wohnhausanlage gesondert abgerechnet werde.

Nach Ansicht der Antragsgegnerin liege hinsichtlich jeder einzelnen Wohnung insoweit ein eigenes Bauvorhaben vor, als innerhalb einer Wohnung gegebenenfalls ein Zusammenhang der durchzuführenden Arbeiten bestehe. Die Reparatur eines zerbrochenen Stiegenhausfensters sei zwar keiner Wohnung zurechenbar, stelle aber nach Ansicht der Antragsgegnerin ebenfalls ein eigenes Bauvorhaben dar.

Die Antragstellerin führte ergänzend aus, dass sehr wohl ein organisatorischer Zusammenhang für die Direktvergaben von W. betreffend Baumeisterarbeiten bzw. Glasarbeiten bestehe. W. verfüge insbesondere über eine einheitliche Buchhaltung und eine einheitliche Qualitätsprüfung hinsichtlich dieser Einzelaufträge. Eine ständige Ermittlung des Leistungsbedarfs sei nicht nur möglich, sondern erfolge auch tatsächlich durch W.. Es mag zwar zutreffen, dass die Vorhersehbarkeit der anfallenden Arbeiten, wenn man sie auf eine einzelne Wohnung herunterbrechen würde, nicht gegeben sei. Aufgrund der Größe und Homogenität des Wohnhausbestandes würden sich jedoch die Unsicherheiten des Anfalles der Arbeiten im Detail in der großen Einheit statistisch relativieren und sei in der gesamten Einheit die Vorhersehbarkeit und Planbarkeit sehr wohl gegeben. Diese Vorhersehbarkeit und Planbarkeit würde einen Aspekt dafür darstellen, dass insgesamt ein Bauvorhaben vorliege. Dazu komme auch noch die nach Ansicht der Antragstellerin aus der Perspektive der großen Einheit gegebene Gleichartigkeit der anfallenden Arbeiten, in dem sich das Spektrum der Arbeiten in der großen Einheit entsprechend wiederhole.

Die Antragstellerin verwies insbesondere darauf, dass die Auftragserteilung bei den Direktvergaben jeweils gleichartig und mit immer wieder kehrenden gleichen Textbausteinen erfolge, denen das Leistungsverzeichnis der abgelaufenen Rahmenverträge zu Grunde liege. W. steuere zentral den Pool der für die Direktvergaben heranzuziehenden Auftragnehmer. An diese seien die Werkmeister in den Gebietsteilen gebunden. Tatsächlich erfolge durch W. eine Massenermittlung hinsichtlich der Einzelaufträge über mehrere Jahre. Aufgrund dieser Werte sei es für W. auch möglich, Rahmenverträge über die hier als Direktvergaben vergebenen Leistungen zu vergeben. Die Kalkulation der Einzelabrufe durch W. ergebe sich aufgrund der zahlreichen gleichartigen Leistungsabrufe und schlage sich im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren der Rahmenverträge nieder.

Es werde bestritten, dass die Zahlungsflüsse hinsichtlich der Direktvergaben aus den Rücklagen gemäß Mietrechtsgesetz (MRG) erfolgten; lediglich gegenüber den Mietern erfolge ein Ausweis der Aufwendungen nach dem MRG. Auch bei den Rahmenverträgen, die ebenfalls Leistungen erfassen würden, die aus den MRG-Rücklagen zu decken wären, erfolge ebenfalls keine Zahlbarstellung aus diesen Rücklagen. Das Vorbringen der Antragsgegnerin würde auch hinsichtlich der Arbeiten betreffend Aufkategorisierung und Brauchbarmachung nicht zutreffen, da solche Aufwendungen nicht aus der MRG-Rücklage zu decken seien. Zum Beweis dieses Vorbringens beantragte die Antragstellerin die Parteieneinvernahme des anwesenden Herrn Wi. sowie die zeugenschaftliche Einvernahme des Direktors von W..

Herr Wi. bestätigte auf Frage aus dem Senat die sachverhaltsmäßige Richtigkeit des Vorbringens des Antragstellervertreeters.

Die Antragsgegnerin bestritt, dass der Wohnhausbestand von W. homogen sei. Die einzelnen Wohnhausanlagen würden sehr stark nach Alter, Erhaltungszustand und Größe divergieren. Aufgrund der Inhomogenität des Wohnhausbestandes seien auch die einzelnen anfallenden Arbeiten inhomogen bzw. nicht gleichartig. Genau diese Inhomogenität des Wohnhausbestandes habe bei der Ausschreibung von Rahmenverträgen in der Vergangenheit große Schwierigkeiten gemacht und sei W. als ausschreibende Stelle auch in mehreren Nachprüfungsverfahren im Rahmen von Anfechtungen der Ausschreibung vorgehalten worden.

Die Antragsgegnerin führte aus, dass es diesbezüglich keine „zentrale Budgetierung und Buchführung“ durch W. gebe. Die Budgetierung und Buchführung erfolge vielmehr durch die einzelnen Kundendienstzentren (z.B.: das Kundendienstzentrum für den ... Bezirk), und auch das nicht zentral, sondern aufgegliedert in einzelne Buchhaltungskonten, die ihrerseits jeweils den einzelnen Wohnhausanlagen zugeordnet seien. Bei einem Teil der Arbeiten – nämlich für die, für welche nach MRG Rücklagen zu bilden seien – würde das bereits aufgrund der

Verpflichtungen nach dem MRG erfolgen. Für die Arbeiten, für die keine Zuordnung zu MRG-Rücklagen zulässig sei, würde ebenfalls eine Zuordnung zur jeweiligen Wohnhausanlage, nicht jedoch eine Zuordnung zu den Rücklagen erfolgen.

Die Antragstellerin führte dazu aus, dass trotz der behaupteten Inhomogenität sämtliche Direktvergaben bei allen Wohnhausanlagen in gleicher Weise erfolgen würden. Auch die Rahmenverträge würden unterschiedslos nach dem Alter sämtliche Wohnhausanlagen erfassen. Zur Frage der Verrechnung durch W. führte die Antragsgegnerin aus, die Buchhaltung von W. unterliege einer einheitlichen Hauptbuchhaltung. Die Buchhaltungsabteilungen in den Kundendienstzentren würden unter der Leitung dieser Hauptbuchhaltung alle nach dem gleichen Schema arbeiten. Es werde ausdrücklich bestritten, dass die Finanzierung der Aufträge im Wege der Direktvergaben autonom durch die Kundendienstzentren erfolge. Richtig sei hingegen, dass die Finanzierung zentral von W. gesteuert werde.

Auf Frage aus dem Senat teilte die Antragsgegnerin mit, dass hinsichtlich der Baumeisterarbeiten bereits ein Rahmenvertrag vergeben worden sei. Hinsichtlich einiger Lose sei dieses Vergabeverfahren bereits abgeschlossen, hinsichtlich anderer Lose seien Nachprüfungsverfahren anhängig. Hinsichtlich der Glaserarbeiten sei ein Rahmenvertrag in Vorbereitung. Wann dieser vergeben werde, sei derzeit noch nicht abschätzbar, da für die Kalkulation des Leistungsverzeichnisses ein Sachverständigengutachten erforderlich sei.

Das Verwaltungsgericht hat erwogen:

Folgender Sachverhalt wurde als erwiesen angenommen:

Die W., hat die eingangs wiedergegebenen vier Aufträge im Wege der Direktvergabe vergeben. Die beiden erstgenannten Aufträge betrafen Baumeisterarbeiten, die beiden letztgenannten Aufträge betrafen Glaserarbeiten. Es handelte sich dabei jeweils um Instandsetzungsarbeiten, und zwar beim drittgenannten Auftrag um die Instandsetzung eines zerbrochenen Glases im Stiegenhausbereich, bei den übrigen Aufträgen um Instandsetzungen in Wohnungen.

Die W., hat im Jahr 2006 einen Rahmenvertrag für Baumeisterarbeiten mit einer Laufzeit von drei Jahren und einer Verlängerungsoption um weitere drei Jahre abgeschlossen, der während seiner Laufzeit Instandsetzungsarbeiten nach der Art der nunmehr mittels Direktvergabe vergebenen Baumeisterarbeiten in den Wohnhausanlagen von W. in Gebietslosen abgedeckt hat. Die W., hat in den Jahren 2005 und 2007 Rahmenverträge für Glaserarbeiten mit einer Laufzeit von drei Jahren und einer Verlängerungsoption um weitere drei Jahre abgeschlossen, die während ihrer Laufzeit Instandsetzungsarbeiten nach der Art der nunmehr mittels Direktvergabe vergebenen Glaserarbeiten in den Wohnhausanlagen von W. in Gebietslosen abgedeckt haben. Diese Rahmenverträge für Baumeisterarbeiten und für Glaserarbeiten waren zum Zeitpunkt der antragsgegenständlichen Direktvergaben bereits durch Zeitablauf beendet, wobei der Rahmenvertrag für Baumeisterarbeiten im Jahr 2012 ausgelaufen ist, die Rahmenverträge für Glaserarbeiten hingegen im Jahr 2011 (Rahmenvertrag aus 2005) und mit 6.11.2013 (Rahmenvertrag aus 2007).

Die W., bereitet den Abschluss neuer Rahmenverträge vor, wobei sich der neue Rahmenvertrag für Baumeisterarbeiten im Stadium eines Vergabeverfahrens und die neuen Rahmenverträge für Glaserarbeiten im Stadium der Vorbereitung einer Ausschreibung befinden. Zum Zeitpunkt der Direktvergaben bestand ein Zustand ohne Geltung eines einschlägigen Rahmenvertrages.

Eine Verlängerung der durch Zeitablauf beendeten Rahmenverträge durch W. konnte nicht festgestellt werden, zumal W. die vier antragsgegenständlichen Aufträge ausdrücklich direkt vergeben wollte und sich keine Anhaltspunkte auf eine etwaige Verlängerung der ausgelaufenen Verträge ergeben haben. Die vorangegangenen Rahmenverträge waren zum Zeitpunkt der Direktvergaben seit mehreren Monaten beendet und konnten daher bereits aus diesem Grund gar nicht mehr verlängert werden. Der erklärte und ausdrückliche Wille der Antragsgegnerin war auf den Abschluss von Verträgen mittels Direktvergabe gerichtet.

Die Antragsgegnerin befand sich dabei jedoch in einem Rechtsirrtum über die ihrer Ansicht nach über die Laufzeit der Rahmenverträge hinausgehende Existenz der Arbeitsgemeinschaften ARGE S. und ARGE W.... Dieser Rechtsirrtum war darauf zurückzuführen, dass die Antragsgegnerin die im § 1205 ABGB festgelegte Auflösung von Gesellschaften nach bürgerlichem Recht mit dem Erreichen ihres Zweckes und die mit der Auflösung nach herrschender Meinung ex lege eintretende Umwandlung solcher Gesellschaften in bloße Miteigentumsgemeinschaften übersah und davon ausging, dass diese beiden ihr aus dem vorangegangenen Rahmenvertrag geläufigen Gesellschaften rechtlich noch existieren

würden und daher für Direktvergaben in Betracht kämen. Die Antragsgegnerin befand sich dabei jedoch in einem Rechtsirrtum über die ihrer Ansicht nach über die Laufzeit der Rahmenverträge hinausgehende Existenz der Arbeitsgemeinschaften ARGE S. und ARGE W.... Dieser Rechtsirrtum war darauf zurückzuführen, dass die Antragsgegnerin die im Paragraph 1205, ABGB festgelegte Auflösung von Gesellschaften nach bürgerlichem Recht mit dem Erreichen ihres Zweckes und die mit der Auflösung nach herrschender Meinung ex lege eintretende Umwandlung solcher Gesellschaften in bloße Miteigentumsgemeinschaften übersah und davon ausging, dass diese beiden ihr aus dem vorangegangenen Rahmenvertrag geläufigen Gesellschaften rechtlich noch existieren würden und daher für Direktvergaben in Betracht kämen.

Die beiden erstgenannten Direktvergaben kamen jedoch jeweils mit der We. GmbH dadurch zu Stande, dass diese Gesellschaft jeweils die Leistung an W. erbrachte und jeweils als Auftragnehmerin abrechnete und W. die Leistungserbringung und Abrechnung durch die We. GmbH akzeptierte.

Alle vier direkt vergebenen Instandsetzungsarbeiten waren verrechnungstechnisch der jeweiligen Wohnhausanlage direkt zuzurechnen und wurden nach dem diesbezüglich unbestrittenen Vorbringen der Antragsgegnerin von dieser auch rechnerisch der jeweiligen Wohnhausanlage zugerechnet. Dies erfolgte vor dem Hintergrund der nach dem Mietrechtsgesetz zu bildenden Reparaturrücklage und der nach diesem Gesetz erforderlichen Verrechnung mit dieser Rücklage. Die von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Bedeckung der Rechnungsbeträge aus einer zentralen Kontostelle, die W. für derartige Instandsetzungsarbeiten eingerichtet habe, steht der vorangegangenen Feststellung nicht entgegen, zumal es verrechnungstechnisch keinen Widerspruch darstellt, einerseits im Budget einer Organisationseinheit eine Kontostelle für Instandsetzungsarbeiten im Wohnhausbestand vorzusehen und andererseits die einzelnen Instandsetzungsarbeiten den für die einzelnen Wohnhausanlagen jeweils bestehenden Reparaturrücklagen zuzurechnen.

Die Voraussehbarkeit und Planbarkeit der gegenständlichen Instandsetzungsarbeiten ist nur aus der Perspektive des gesamten Wohnhausbestandes von W. gegeben. Heruntergebrochen auf die einzelne Wohnhausanlage geht diese Voraussehbarkeit und Planbarkeit verloren, weil die Einheit „Wohnhausanlage“ zu klein ist, um mit der erforderlichen Genauigkeit planen zu können, wie viele Wohnungen jeweils frei werden und wie viele und welche Instandsetzungsarbeiten anfallen werden. Jedenfalls trifft die fehlende Voraussehbarkeit und Planbarkeit auf die vier Wohnhausanlagen zu, auf die sich die Feststellungsanträge der Antragstellerin beziehen. Die Antragsgegnerin führt auch keine diesbezüglichen Planungen für einzelne Wohnhausanlagen durch und auch die früheren Rahmenverträge waren nicht auf die einzelne Wohnhausanlage als Einheit heruntergebrochen. Die Gebietslose umfassten jeweils wesentlich mehr als eine Wohnhausanlage.

Zur Frage der Parteistellung etwaiger Arbeitsgemeinschaften:

Gemäß § 2 Z 7 BVergG 2006 ist eine Arbeitsgemeinschaft 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. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 7, BVergG 2006 ist eine Arbeitsgemeinschaft 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.

Gemäß § 20 Abs. 2 fünfter Satz BVergG 2006 sind Arbeitsgemeinschaften als solche parteifähig zur Geltendmachung der ihnen durch das BVergG 2006 eingeräumten Rechte. Gemäß Paragraph 20, Absatz 2, fünfter Satz BVergG 2006 sind Arbeitsgemeinschaften als solche parteifähig zur Geltendmachung der ihnen durch das BVergG 2006 eingeräumten Rechte.

Arbeitsgemeinschaften im Sinne des § 2 Z 7 BVergG 2006 sind damit Gesellschaften bürgerlichen Rechts gemäß §§ 1175 ff ABGB. Auf Grund ihrer Definition im BVergG 2006 sind sie sogenannte „Gelegenheitsgesellschaften“ und somit nur auf die Durchführung eines bestimmten Geschäftes (z.B. Erfüllung eines Rahmenvertrages während seiner Laufzeit) gerichtet (vgl. zu Gelegenheitsgesellschaften z.B. Riedler in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB, 3. Auflage, § 1175, Rz 6 mwN). Arbeitsgemeinschaften im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 7, BVergG 2006 sind damit Gesellschaften bürgerlichen Rechts gemäß Paragraphen 1175, ff ABGB. Auf Grund ihrer Definition im BVergG 2006 sind sie

sogenannte „Gelegenheitsgesellschaften“ und somit nur auf die Durchführung eines bestimmten Geschäftes (z.B. Erfüllung eines Rahmenvertrages während seiner Laufzeit) gerichtet vergleiche zu Gelegenheitsgesellschaften z.B. Riedler in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB, 3. Auflage, Paragraph 1175,, Rz 6 mwN).

Gemäß § 1205 ABGB löst sich die Gesellschaft bürgerlichen Rechts von selbst auf, wenn das unternommene Geschäft vollendet, also der Zweck erreicht ist. Daher löst sich eine zum Zwecke der Ausführung eines Rahmenvertrages gegründete Arbeitsgemeinschaft von selbst auf, sobald der Rahmenvertrag – etwa durch Zeitablauf – beendet ist. Nach herrschender Meinung endet die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit ihrer Auflösung (vgl. Torggler, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften, Rz 391 mwN) und liegt während einer allenfalls anschließenden Auflösungsphase lediglich eine Miteigentümergeinschaft im Sinne der §§ 825 ff ABGB vor. Einer solchen Miteigentümergeinschaft kommt jedoch, im Gegensatz zu einer Arbeitsgemeinschaft, die im § 20 Abs. 2 BVergG 2006 festgelegte vergaberechtliche Parteifähigkeit nicht zu. Die abweichende Meinung Torgglers (aaO), wonach die Arbeitsgemeinschaft nach ihrer Auflösung als Abwicklungsgesellschaft mit verändertem, auf die Aufteilung des Gesellschaftsvermögens gerichteten Zweck fortbestehen würde, kann hier auf sich beruhen, weil einerseits sachverhaltsmäßig keine Hinweise auf das etwaige Fortbestehen einer solchen Abwicklungsgesellschaft bestehen und andererseits § 20 Abs. 2 BVergG 2006 nicht den Zweck verfolgt, Arbeitsgemeinschaften über ihre Auflösung hinausgehende vergaberechtliche Parteistellung einzuräumen. Gemäß Paragraph 1205, ABGB löst sich die Gesellschaft bürgerlichen Rechts von selbst auf, wenn das unternommene Geschäft vollendet, also der Zweck erreicht ist. Daher löst sich eine zum Zwecke der Ausführung eines Rahmenvertrages gegründete Arbeitsgemeinschaft von selbst auf, sobald der Rahmenvertrag – etwa durch Zeitablauf – beendet ist. Nach herrschender Meinung endet die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit ihrer Auflösung vergleiche Torggler, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften, Rz 391 mwN) und liegt während einer allenfalls anschließenden Auflösungsphase lediglich eine Miteigentümergeinschaft im Sinne der Paragraphen 825, ff ABGB vor. Einer solchen Miteigentümergeinschaft kommt jedoch, im Gegensatz zu einer Arbeitsgemeinschaft, die im Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006 festgelegte vergaberechtliche Parteifähigkeit nicht zu. Die abweichende Meinung Torgglers (aaO), wonach die Arbeitsgemeinschaft nach ihrer Auflösung als Abwicklungsgesellschaft mit verändertem, auf die Aufteilung des Gesellschaftsvermögens gerichteten Zweck fortbestehen würde, kann hier auf sich beruhen, weil einerseits sachverhaltsmäßig keine Hinweise auf das etwaige Fortbestehen einer solchen Abwicklungsgesellschaft bestehen und andererseits Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006 nicht den Zweck verfolgt, Arbeitsgemeinschaften über ihre Auflösung hinausgehende vergaberechtliche Parteistellung einzuräumen.

Die von der Antragsgegnerin angeführten Arbeitsgemeinschaften gingen auf die vorangegangenen Rahmenverträge zurück und waren daher mit Ende der Laufzeit des jeweiligen Rahmenvertrages aufgelöst. Ab diesem Zeitpunkt kam ihnen, unabhängig davon, ob sie allenfalls als Abwicklungsgesellschaft fortbestehen sollten, vergaberechtliche Parteistellung nicht mehr zu.

Dem Vorbringen der Antragsgegnerin, dass sich eine Arbeitsgemeinschaft auch im Zuge einer Direktvergabe bilden könne, ist entgegen zu halten, dass den vorgelegten Vergabeakten nicht zu entnehmen ist, in welchem Stadium des Verfahrens zur Direktvergabe sich eine solche Arbeitsgemeinschaft hätte bilden sollen. Das Verwaltungsgericht konnte nicht feststellen, dass die ehemaligen Mitglieder der aufgelösten Arbeitsgemeinschaften, die während des Rahmenvertrages bestanden haben, im Zuge des Verfahrens zur Direktvergabe jeweils eine neue Arbeitsgemeinschaft gegründet hätten. Die Lebenserfahrung, wonach Arbeitsgemeinschaften eher zur Abwicklung von großen Aufträgen gegründet werden, nicht aber zur Abwicklung eines direkt vergebenen Kleinauftrages, sowie die zügige Abwicklung des jeweiligen Kleinauftrages durch eine einzelne Gesellschaft, die allein schon in zeitlicher Hinsicht wenig Raum für die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft lässt, legen vielmehr den Schluss nahe, dass keine Arbeitsgemeinschaft gegründet worden ist.

Der Senat ist daher davon ausgegangen, dass die Direktvergaben – durchaus in Übereinstimmung mit dem zivilrechtlichen Zustandekommen des jeweiligen Vertrages – bei den ersten beiden Direktvergaben jeweils an die We. GmbH erfolgt sind.

Die Parteistellung im Feststellungsverfahren kam daher diesbezüglich jeweils der We. GmbH und nicht den beiden von der Antragsgegnerin genannten vermeintlichen Arbeitsgemeinschaften zu.

Zur Frage der Zuverlässigkeit der Antragstellerin:

Die Antragsgegnerin hat in ihren beiden Schriftsätzen im Wesentlichen ausgeführt, sie habe durch von ihr in Auftrag gegebene Privatgutachten eines gerichtlich beeideten Sachverständigen schwere berufliche Verfehlungen der Antragstellerin nachweislich festgestellt und es mangle der Antragstellerin daher an der beruflichen Zuverlässigkeit. Die Antragstellerin sei deswegen in einem anderen Vergabeverfahren bestandsfest ausgeschieden worden. In der mündlichen Verhandlung vom 5.6.2014 präzisierte die Antragsgegnerin dieses Vorbringen dahingehend, dass in den Verfahren der Direktvergaben eine Prüfung der Zuverlässigkeit von Unternehmen, an die der Zuschlag nicht erfolgt, nicht vorgesehen ist und die erfolgte Prüfung der Zuverlässigkeit sowie die bestandsfeste Ausscheidensentscheidung aus einem anderen Vergabeverfahren nicht zuletzt auf Grund der im Anlassfall gegebenen zeitlichen Nähe dieses anderen Vergabeverfahrens auch für die Direktvergaben Gültigkeit hätten.

Dem ist zunächst entgegen zu halten, dass das Vorliegen eines Ausschlussgrundes nur im jeweiligen Vergabeverfahren wirkt, eine generelle „Auftragssperre“ für eine bestimmte Dauer im BVergG 2006 nicht vorgesehen ist (C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG², § 68 Rz 14 mwN). Eine bestandsfeste Ausscheidensentscheidung aus einem anderen Vergabeverfahren hat daher über das Vergabeverfahren, in dem sie ergangen ist, hinaus keine rechtlichen Wirkungen. Darüber hinaus sind die vorgebrachte mangelnde Zuverlässigkeit der Antragstellerin und deren Nachweis in den dem Verwaltungsgericht vorliegenden Vergabeakten nicht in einer Weise dokumentiert, die als Nachweis der fehlenden Zuverlässigkeit ausreichen würde. Dass eine solche Dokumentation für Direktvergaben nicht vorgesehen ist, mag zwar stimmen, ändert aber nichts daran, dass das Verwaltungsgericht mangels in den Vergabeverfahren nachgewiesener Unzuverlässigkeit nicht vom Fehlen der Zuverlässigkeit und nicht von einem darauf aufbauenden Fehlen der Antragslegitimation ausgehen kann. Die Antragslegitimation ist daher gegeben. Dem ist zunächst entgegen zu halten, dass das Vorliegen eines Ausschlussgrundes nur im jeweiligen Vergabeverfahren wirkt, eine generelle „Auftragssperre“ für eine bestimmte Dauer im BVergG 2006 nicht vorgesehen ist (C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG², Paragraph 68, Rz 14 mwN). Eine bestandsfeste Ausscheidensentscheidung aus einem anderen Vergabeverfahren hat daher über das Vergabeverfahren, in dem sie ergangen ist, hinaus keine rechtlichen Wirkungen. Darüber hinaus sind die vorgebrachte mangelnde Zuverlässigkeit der Antragstellerin und deren Nachweis in den dem Verwaltungsgericht vorliegenden Vergabeakten nicht in einer Weise dokumentiert, die als Nachweis der fehlenden Zuverlässigkeit ausreichen würde. Dass eine solche Dokumentation für Direktvergaben nicht vorgesehen ist, mag zwar stimmen, ändert aber nichts daran, dass das Verwaltungsgericht mangels in den Vergabeverfahren nachgewiesener Unzuverlässigkeit nicht vom Fehlen der Zuverlässigkeit und nicht von einem darauf aufbauenden Fehlen der Antragslegitimation ausgehen kann. Die Antragslegitimation ist daher gegeben.

Zur Frage der Zusammenrechnung

§ 2 BVergG 2006 lautet auszugsweise: Paragraph 2, BVergG 2006 lautet auszugsweise:

„§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

(...)

11. Bauwerk ist das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- und Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll.“ „§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend; (...), 11. Bauwerk ist das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- und Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll.“

§ 4 BVergG 2006 lautet auszugsweise: Paragraph 4, BVergG 2006 lautet auszugsweise:

„§ 4. Bauaufträge sind entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand

1. die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten (...) ist.“ „§ 4. Bauaufträge sind entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand, 1. die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten (...) ist.“

§ 13 Abs. 1 BVergG 2006 lautet: Paragraph 13, Absatz eins, BVergG 2006 lautet:

„§ 13. (1) Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages ist der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen.“

§ 14 Abs. 1 BVergG 2006 lautet: Paragraph 14, Absatz eins, BVergG 2006 lautet:

„§ 14. (1) Besteht ein Bauvorhaben aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Als Lose im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Anhanges I (Gewerke).“ „§ 14. (1) Besteht ein Bauvorhaben aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Als Lose im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Anhanges römisch eins (Gewerke).“

§ 22 BVergG 2006 lautet: Paragraph 22, BVergG 2006 lautet:

„§ 22. (1) Leistungen können gemeinsam oder getrennt vergeben werden. Eine getrennte Vergabe kann in örtlicher oder zeitlicher Hinsicht, nach Menge und Art der Leistung oder im Hinblick auf Leistungen verschiedener Handwerks- und Gewerbebezüge oder Fachrichtungen erfolgen. Für die Gesamt- oder getrennte Vergabe von Leistungen sind wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte, wie zB die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung und einer eindeutigen Gewährleistung, maßgebend.

(2) Ein Zuschlag in Teilen einer ausgeschriebenen Gesamtleistung ist ebenso wie ein bloßer Vorbehalt allfälliger Teilleistungsvergabe unzulässig. Soll die Möglichkeit für eine Vergabe in Teilen gewahrt bleiben, sind sowohl die Gesamtleistung als auch die allenfalls getrennt zur Vergabe gelangenden Teile der Leistung auszuschreiben. In diesem Fall ist dem Bieter auch die Möglichkeit einzuräumen, nur einzelne dieser Teile der Leistung anzubieten.

(3) Die Wahl zwischen der Vergabe eines einzigen Auftrages oder die Vergabe mehrerer getrennter Aufträge darf nicht mit der Zielsetzung erfolgen, die Anwendung dieses Bundesgesetzes zu umgehen.“

Art 9 der Richtlinie 2004/18/EG lautet auszugsweise: Artikel 9, der Richtlinie 2004/18/EG lautet auszugsweise:

„Artikel 9

Methoden zur Berechnung des geschätzten Wertes von öffentlichen Aufträgen, von Rahmenvereinbarungen und von dynamischen Beschaffungssystemen

(1) Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes ist der Gesamtwert ohne MwSt, der vom öffentlichen Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert einschließlich aller Optionen und der etwaigen Verlängerungen des Vertrags zu berücksichtigen.

(...)

(3) Ein Bauvorhaben oder ein Beschaffungsvorhaben mit dem Ziel, eine bestimmte Menge von Waren und/oder Dienstleistungen zu beschaffen, darf nicht zu dem Zwecke aufgeteilt werden, das Vorhaben der Anwendung dieser Richtlinie zu entziehen.

(...)

(7) Bei regelmäßig wiederkehrenden öffentlichen Aufträgen oder Daueraufträgen über Lieferungen oder Dienstleistungen wird der geschätzte Auftragswert wie folgt berechnet:

a) entweder auf der Basis des tatsächlichen Gesamtwerts entsprechender aufeinander folgender Aufträge aus den vorangegangenen zwölf Monaten oder dem vorangegangenen Haushaltsjahr; dabei sind voraussichtliche Änderungen bei Mengen oder Kosten während der auf den ursprünglichen Auftrag folgenden zwölf Monate nach Möglichkeit zu berücksichtigen;

b) oder auf der Basis des geschätzten Gesamtwerts aufeinander folgender Aufträge, die während der auf die erste Lieferung folgenden zwölf Monate bzw. während des Haushaltsjahres, soweit dieses länger als zwölf Monate ist, vergeben werden.

Die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Wertes eines öffentlichen Auftrags darf nicht in der Absicht erfolgen, die Anwendung dieser Richtlinie zu umgehen.“ „Artikel 9, Methoden zur Berechnung des geschätzten Wertes von öffentlichen Aufträgen, von Rahmenvereinbarungen und von dynamischen Beschaffungssystemen, (1) Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes ist der Gesamtwert ohne MwSt, der vom öffentlichen Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert einschließlich aller Optionen und der etwaigen Verlängerungen des Vertrags zu berücksichtigen., (...), (3) Ein Bauvorhaben oder ein Beschaffungsvorhaben mit dem Ziel, eine bestimmte Menge von Waren und/oder Dienstleistungen zu beschaffen, darf nicht zu dem Zwecke aufgeteilt werden, das Vorhaben der Anwendung dieser Richtlinie zu entziehen., (...), (7) Bei

regelmäßig wiederkehrenden öffentlichen Aufträgen oder Daueraufträgen über Lieferungen oder Dienstleistungen wird der geschätzte Auftragswert wie folgt berechnet: a) entweder auf der Basis des tatsächlichen Gesamtwerts entsprechender aufeinander folgender Aufträge aus den vorangegangenen zwölf Monaten oder dem vorangegangenen Haushaltsjahr; dabei sind voraussichtliche Änderungen bei Mengen oder Kosten während der auf den ursprünglichen Auftrag folgenden zwölf Monate nach Möglichkeit zu berücksichtigen; b) oder auf der Basis des geschätzten Gesamtwerts aufeinander folgender Aufträge, die während der auf die erste Lieferung folgenden zwölf Monate bzw. während des Haushaltsjahres, soweit dieses länger als zwölf Monate ist, vergeben werden. Die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Wertes eines öffentlichen Auftrags darf nicht in der Absicht erfolgen, die Anwendung dieser Richtlinie zu umgehen.“

Sowohl Baumeisterarbeiten als auch Glaserarbeiten sind im Anhang I des BVergG 2006 angeführt. Die von der Antragsgegnerin direkt vergebenen Instandsetzungsarbeiten für Baumeister und für Glaser fallen unter Anhang I des BVergG 2006 (CPV 450 000 00 betreffend Neubau, Renovierung und gewöhnliche Instandsetzung und CPV 454 20000 bzw. 454 40000 betreffend Bautischlerei und Glaser). Gemäß § 4 Z 1 BVergG 2006 handelt es sich daher bei den ausgeführten Arbeiten unstrittig um Bauaufträge, wobei innerhalb der in Anhang I angeführten Arbeiten die genaue Zuordnung gemäß CPV-Referenznummer für die rechtliche Einstufung als Bauauftrag – im Gegensatz zu einem Liefer- oder Dienstleistungsauftrag – für die Entscheidung über die Feststellungsanträge rechtlich nicht relevant ist. Sowohl Baumeisterarbeiten als auch Glaserarbeiten sind im Anhang römisch eins des BVergG 2006 angeführt. Die von der Antragsgegnerin direkt vergebenen Instandsetzungsarbeiten für Baumeister und für Glaser fallen unter Anhang römisch eins des BVergG 2006 (CPV 450 000 00 betreffend Neubau, Renovierung und gewöhnliche Instandsetzung und CPV 454 20000 bzw. 454 40000 betreffend Bautischlerei und Glaser). Gemäß Paragraph 4, Ziffer eins, BVergG 2006 handelt es sich daher bei den ausgeführten Arbeiten unstrittig um Bauaufträge, wobei innerhalb der in Anhang römisch eins angeführten Arbeiten die genaue Zuordnung gemäß CPV-Referenznummer für die rechtliche Einstufung als Bauauftrag – im Gegensatz zu einem Liefer- oder Dienstleistungsauftrag – für die Entscheidung über die Feststellungsanträge rechtlich nicht relevant ist.

Rechtliche Ausgangslage der Überlegungen war, dass nach den Bestimmungen des BVergG 2006 innerhalb eines „Vorhabens“ zusammengerechnet werden muss, der Auftraggeber jedoch nicht verpflichtet ist, verschiedene Vorhaben zusammen zu rechnen. Dieser alle drei Auftragsarten umfassende Grundsatz ist im § 13 Abs. 1 BVergG 2006 verankert und durch die Judikatur anerkannt (vgl. VwGH 22.6.2011, 2011/04/0116, BVA 11.4.2012, N/0028-BVA/10/2012-25). Rechtliche Ausgangslage der Überlegungen war, dass nach den Bestimmungen des BVergG 2006 innerhalb eines „Vorhabens“ zusammengerechnet werden muss, der Auftraggeber jedoch nicht verpflichtet ist, verschiedene Vorhaben zusammen zu rechnen. Dieser alle drei Auftragsarten umfassende Grundsatz ist im Paragraph 13, Absatz eins, BVergG 2006 verankert und durch die Judikatur anerkannt vergleiche VwGH 22.6.2011, 2011/04/0116, BVA 11.4.2012, N/0028-BVA/10/2012-25).

Rechtliche Ausgangslage war weiters, dass für Bauaufträge eine gesetzliche Regelung fehlt, welche eine Zusammenrechnung von regelmäßig wiederkehrenden Bauaufträgen vorschreibt. Eine Regelung, die eine verpflichtende Zusammenrechnung von regelmäßig wiederkehrenden Leistungen vorsieht, gibt es lediglich für Lieferaufträge (§ 15 Abs. 2 BVergG 2006) und für Dienstleistungsaufträge (§ 16 Abs. 3 BVergG 2006), nicht hingegen für Bauaufträge (§ 14 BVergG 2006). Dies ist keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, zumal die Richtlinie 2004/18/EG im Art. 9 Abs. 7 ebenfalls nur für Lieferungen und Dienstleistungen, nicht aber für Bauaufträge, eine Zusammenrechnungspflicht für regelmäßig wiederkehrende öffentliche Aufträge oder Daueraufträge vorsieht. Dass der Richtlinien text in diese Richtung zu verstehen ist, geht auch daraus hervor, dass er im Rahmen der Umsetzung sowohl vom österreichischen Gesetzgeber (EBRV 2007 zu § 15 Abs. 1 und Abs. 2 und zu § 16 Abs. 3) als auch in Deutschland (Müller-Wrede in Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts², 266 Rz 82) so verstanden worden ist. Rechtliche Ausgangslage war weiters, dass für Bauaufträge eine gesetzliche Regelung fehlt, welche eine Zusammenrechnung von regelmäßig wiederkehrenden Bauaufträgen vorschreibt. Eine Regelung, die eine verpflichtende Zusammenrechnung von regelmäßig wiederkehrenden Leistungen vorsieht, gibt es lediglich für Lieferaufträge (Paragraph 15, Absatz 2, BVergG 2006) und für Dienstleistungsaufträge (Paragraph 16, Absatz 3, BVergG 2006), nicht hingegen für Bauaufträge (Paragraph 14, BVergG 2006). Dies ist keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, zumal die Richtlinie 2004/18/EG im Artikel 9, Absatz 7, ebenfalls nur für Lieferungen und Dienstleistungen, nicht aber für Bauaufträge, eine Zusammenrechnungspflicht für regelmäßig wiederkehrende öffentliche Aufträge oder

Daueraufträge vorsieht. Dass der Richtlinien text in diese Richtung zu verstehen ist, geht auch daraus hervor, dass er im Rahmen der Umsetzung sowohl vom österreichischen Gesetzgeber (EBRV 2007 zu Paragraph 15, Absatz eins und Absatz 2 und zu Paragraph 16, Absatz 3,) als auch in Deutschland (Müller-Wrede in Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts², 266 Rz 82) so verstanden worden ist.

Aus dem Zwischenergebnis, dass das BVergG 2006 keine Verpflichtung festlegt, regelmäßig wiederkehrende Bauaufträge zusammen zu rechnen, folgt jedoch noch nicht, dass keine Pflicht für eine Zusammenrechnung bestünde. Es folgt daraus lediglich, dass der Beurteilung, inwieweit ein einheitliches Bauvorhaben vorliegt, zentrale Bedeutung zukommt, weil eine allfällige Zusammenrechnungspflicht nur über den Rechtsbegriff des Bauvorhabens, nicht aber über regelmäßig wiederkehrende Bauaufträge, argumentiert werden könnte.

Der Begriff des Bauvorhabens ist im BVergG nicht definiert.

Definiert ist jedoch der Begriff des Bauwerkes. Bauwerk ist demnach das „Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- und Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll“ (§ 2 Z 11 BVergG 2006). Was demnach ein Bauwerk ist, mag in Einzelfällen durchaus Abgrenzungsschwierigkeiten auslösen (z.B. VfSlg. 17390/2004 betreffend einzelne Bauabschnitte einer Kläranlage). Im Anlassfall bereitet jedoch die Frage, was ein Bauwerk ist, keine Abgrenzungsschwierigkeiten. Es ist dies die einzelne Wohnhausanlage. Definiert ist jedoch der Begriff des Bauwerkes. Bauwerk ist demnach das „Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- und Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll“ (Paragraph 2, Ziffer 11, BVergG 2006). Was demnach ein Bauwerk ist, mag in Einzelfällen durchaus Abgrenzungsschwierigkeiten auslösen (z.B. VfSlg. 17390 aus 2004, betreffend einzelne Bauabschnitte einer Kläranlage). Im Anlassfall bereitet jedoch die Frage, was ein Bauwerk ist, keine Abgrenzungsschwierigkeiten. Es ist dies die einzelne Wohnhausanlage.

Dies wirft die Frage auf, ob und gegebenenfalls in welcher Relation der Begriff des Bauvorhabens zum Begriff des Bauwerkes steht.

Die Antragstellerin vertritt dazu in ihrem Feststellungsantrag und in der mündlichen Verhandlung den Standpunkt, dass ein einheitliches Bauvorhaben eine Vielzahl von Bauwerken umfassen kann, im Anlassfall etwa sämtliche von W. verwalteten Wohnhausanlagen. Der Begriff des Bauvorhabens sei weiter. Er sei nicht auf ein Bauwerk eingeschränkt.

Demgegenüber vertritt die Antragsgegnerin ein restriktiveres Verständnis des Begriffs des Bauvorhabens. Bauvorhaben sei die Renovierung der einzelnen frei gewordenen Wohnung bzw. der Austausch des zerbrochenen Stiegenhausfensters.

Die erfolgte Durchsicht von Literatur und Judikatur hat folgendes Bild ergeben:

In Deutschland wird bei Bauvorhaben dem „Aufteilungsverbot“, welches eine gewisse Vergleichbarkeit mit dem in Österreich in § 22 Abs. 3 BVergG 2006 verankerten Aufteilungsverbot aufweist, besondere Bedeutung beigemessen. Dieses Aufteilungsverbot wird dahingehend definiert, dass es dem Auftraggeber untersagt sei, einem einzigen Bauwerk zugehörige Leistungen künstlich in mehrere Aufträge aufzuteilen, um so einen (oder mehrere) Aufträge dem Geltungsbereich des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens zu entziehen (OLG Brandenburg. Beschluss vom 20.8.2002 – Verg W 4/02, VK Düsseldorf, Beschluss vom 30.10.2006 – VK-44/2006-B, VK Brandenburg, Beschluss vom 11.6.2004 – VK 19/04, Müller-Wrede in Müller Wrede, Kompendium des Vergaberechts², 261, RZ 63). Wenn ein „Bauvorhaben“ verschiedene bauliche Anlagen umfasse und diese ohne Beeinträchtigung ihrer Vollständigkeit und Benutzbarkeit auch getrennt voneinander errichtet werden können, dann liege kein einheitliches Gesamtbauwerk vor (OLG Rostock, Beschluss vom 20.9.2006 – 17 Verg 8/06). Daher stelle richtigerweise auch eine separate Wertbestimmung der einzelnen Aufträge, getrennt nach einzelnen baulichen Anlagen, kein vergaberechtswidriges Verhalten dar (Müller-Wrede aaO, 262, Rz 67). In Deutschland wird bei Bauvorhaben dem „Aufteilungsverbot“, welches eine gewisse Vergleichbarkeit mit dem in Österreich in Paragraph 22, Absatz 3, BVergG 2006 verankerten Aufteilungsverbot aufweist, besondere Bedeutung beigemessen. Dieses Aufteilungsverbot wird dahingehend definiert, dass es dem Auftraggeber untersagt sei, einem einzigen Bauwerk zugehörige Leistungen künstlich in mehrere Aufträge aufzuteilen, um so einen (oder mehrere) Aufträge dem Geltungsbereich des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens zu entziehen (OLG Brandenburg. Beschluss vom 20.8.2002 – Verg W 4/02, VK Düsseldorf, Beschluss vom 30.10.2006 – VK-44/2006-B, VK Brandenburg, Beschluss vom 11.6.2004 – VK 19/04, Müller-Wrede in Müller Wrede, Kompendium des Vergaberechts², 261, RZ 63). Wenn ein „Bauvorhaben“ verschiedene bauliche Anlagen umfasse und diese ohne Beeinträchtigung ihrer Vollständigkeit und Benutzbarkeit auch getrennt voneinander errichtet

werden können, dann liege kein einheitliches Gesamtbauwerk vor (OLG Rostock, Beschluss vom 20.9.2006 – 17 Verg 8/06). Daher stelle richtigerweise auch eine separate Wertbestimmung der einzelnen Aufträge, getrennt nach einzelnen baulichen Anlagen, kein vergaberechtswidriges Verhalten dar (Müller-Wrede aaO, 262, Rz 67).

In der deutschen Literatur und Judikatur ist somit für die Beurteilung, ob ein einheitliches Bauvorhaben vorliegt, der Begriff des Bauwerkes ein wesentlicher Aspekt. Bezieht sich der Bauauftrag auf mehrere Bauwerke, so wird eine Wertbestimmung getrennt nach Bauwerken zumindest wiederholt nicht als vergaberechtswidrig angesehen.

Auch in der Rechtsprechung des EuGH wird der Frage, ob sich ein Bauauftrag auf ein einheitliches Bauwerk oder aber auf mehrere Bauwerke bezieht, entscheidende Bedeutung beigemessen. So hat der EuGH (5.10.2010, C-16/98) Elektrifizierungsarbeiten an Stromversorgungsleitungen und an Straßenbeleuchtungsanlagen als unterschiedliche Bauvorhaben angesehen, weil das Stromversorgungsnetz und das Straßenbeleuchtungsnetz als Bauwerke unterschiedliche Funktionen erfüllen. Die vom EuGH verlangte Zusammenrechnung der Arbeiten hat das jeweilige Bauwerk (Stromversorgungsnetz, Straßenbeleuchtungsnetz) nicht überschritten. Auch in dem Urteil „Gemeinde Niederhausen“ (EuGH 15.3.2012, C-574/10) war für die Pflicht zur Zusammenrechnung ausschlaggebend, dass sich die Planungsleistungen des Architekten auf ein Bauwerk bezogen haben. Demnach ist der Bezug auf ein Bauwerk ein wesentlicher Aspekt für das allfällige Bestehen einer Zusammenrechnungspflicht bei Bauaufträgen.

Auch in der österreichischen Judikatur dominiert bei der Frage, ob ein einheitliches Bauvorhaben vorliegt, die Frage, ob sich die Arbeiten auf ein Bauwerk oder auf mehrere Bauwerke beziehen (Vgl VfGH VfSlg 17 390/2004, BVA 3.8.2005, 17N-61/02-17, J. Budischowsky/A. Porsch in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG², § 14 Rz 4 ff mwN). Auch in der österreichischen Judikatur dominiert bei der Frage, ob ein einheitliches Bauvorhaben vorliegt, die Frage, ob sich die Arbeiten auf ein Bauwerk oder auf mehrere Bauwerke beziehen (Vgl VfGH VfSlg 17 390 aus 2004, BVA 3.8.2005, 17N-61/02-17, J. Budischowsky/A. Porsch in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG², Paragraph 14, Rz 4 ff mwN).

Dem Vorbringen der Antragstellerin zu Folge mag diese Argumentation allenfalls auf die Errichtung von Bauwerken zutreffen, nicht aber auf bloße Reparaturen. Bauaufträge, welche bloße Reparaturen in Bauwerken zum Gegenstand haben, seien bauwerksübergreifend zusammenzurechnen. Dies würde eine Differenzierung innerhalb von Bauaufträgen ergeben. Bauaufträge, die sich auf die Errichtung eines Bauwerkes beziehen, müssten nur bauwerksweise zusammengerechnet werden. Bauaufträge, die sich auf Instandsetzung oder Reparatur beziehen, wären hingegen bauwerksübergreifend zusammenzurechnen.

Dieser Einwand lässt jedoch die grundsätzlichen Unterschiede zwischen den Regelungen für Bauaufträge einerseits und für Liefer- und Dienstleistungsaufträge andererseits außer Betracht. Die Reparaturarbeiten würden damit in die Nähe von Dienstleistungsaufträgen gerückt und die für Bauaufträge gerade nicht vorgesehene Zusammenrechnung von gleichartigen, regelmäßig wiederkehrenden Dienstleistungen auf Bauaufträge erstreckt. Tatsächlich steht jedoch bei Bauaufträgen der Bezug zu einem Bauwerk im Vordergrund, mag es sich dabei um die Herstellung eines Bauwerkes handeln oder bloß um die Reparatur eines solchen.

Die Antragstellerin stützt ihre Rechtsansicht einer bauwerksübergreifenden Zusammenrechnung auch auf die Ausführungen von J. Budischowsky/A. Porsch (Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG², § 14, Rz 1), wonach der Begriff des Bauvorhabens weiter sei als der Begriff des Bauwerkes und neben der „Erstellung“ (Errichtung) eines Bauwerkes auch andere Bauleistungen einschließe, etwa Revitalisierungen von Gebäuden, Umbauten, Instandsetzungen und Reparaturen. Somit sei jede Erstellung eines Bauwerkes ein Bauvorhaben, aber nicht jedes Bauvorhaben identisch mit der Erstellung eines Bauwerkes. Die Antragstellerin stützt ihre Rechtsansicht einer bauwerksübergreifenden Zusammenrechnung auch auf die Ausführungen von J. Budischowsky/A. Porsch (Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG², Paragraph 14, Rz 1), wonach der Begriff des Bauvorhabens weiter sei als der Begriff des Bauwerkes und neben der „Erstellung“ (Errichtung) eines Bauwerkes auch andere Bauleistungen einschließe, etwa Revitalisierungen von Gebäuden, Umbauten, Instandsetzungen und Reparaturen. Somit sei jede Erstellung eines Bauwerkes ein Bauvorhaben, aber nicht jedes Bauvorhaben identisch mit der Erstellung eines Bauwerkes.

Mit diesen Ausführungen ist für die von der Antragstellerin intendierte Pflicht zur bauwerksübergreifenden Zusammenrechnung von Instandsetzungsarbeiten jedoch nichts gewonnen. Die Autoren sagen nur aus, dass ein Bauvorhaben nicht in der Errichtung eines Bauwerkes bestehen muss, sondern auch aus einer Instandsetzungsarbeit

im Bauwerk bestehen kann. Ein Anhaltspunkt für eine allfällige Pflicht zur bauwerksübergreifenden Zusammenrechnung von Bauaufträgen kann daraus gerade nicht abgeleitet werden. Vielmehr bleibt beim Bauauftrag der Bezug zu einem Bauwerk erhalten.

Der Senat kann bereits aus diesen Gründen in einer Trennung der Bauvorhaben nach den einzelnen davon betroffenen Bauwerken keine Vergaberechtswidrigkeit erblicken.

In der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin vorgebracht, dass die anfallenden Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten in der großen Einheit des gesamten Wohnhausbestandes von W. planbar seien, weil die Unvorhersehbarkeit, wann eine Wohnung frei werde und einer Renovierung bedürfe, bei einer genügend großen Zahl an Wohnungen statistisch ausgeglichen werde. Tatsächlich führe W. eine derartige Planung auch durch.

Dem ist entgegen zu halten, dass bei Bauaufträgen – mangels einer Verpflichtung, wiederkehrende Arbeiten bauwerksübergreifend zusammen zu rechnen – auf das einzelne Bauwerk abzustellen ist. Die Frage, ob die anfallenden Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten mit ausreichender Sicherheit vorherseh- und planbar sind, ist daher nicht für den gesamten Wohnhausbestand des Auftraggebers zu stellen, sondern könnte allenfalls für die einzelne Wohnhausanlage als Bauwerk gestellt werden. Auf Grund der somit deutlich kleineren Beurteilungseinheit ist nicht zu sehen, wie eine derartige Voraussehbarkeit und Planbarkeit gegeben sein soll.

Zu berücksichtigen war weiters, dass sich der VKS Wien im Bescheid VKS-7... und VKS-75... vom 30.10.2008 bereits mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob und inwieweit Instandsetzungsarbeiten in einzelnen frei werdenden Wohnungen von W. zusammen zu rechnen sind. Der VKS Wien hat dazu in dem zit. Bescheid festgehalten:

„Nach den Feststellungen vergibt die Antragsgegnerin ihre Aufträge zur Sanierung bzw. Aufkategorisierung immer dann, wenn in einer bestimmten Wohnhausanlage eine bestimmte Wohnung frei geworden ist. Sie ist dabei bemüht, möglichst rasch die beauftragten Arbeiten durchzuführen, um die frei gewordenen Wohnungen möglichst rasch einer Wiedervermietung zuführen zu können. Dabei werden die für die Arbeiten anfallenden Kosten aus dem Erhaltungsbeitrag „des einzelnen Hauses (Objektes)“ abgedeckt. Der Sanierungsaufwand für die einzelnen frei gewordenen Wohnungen unterscheidet sich je nach Alter und Zustand der Wohnung. Abgerechnet wird die Sanierung bzw. Aufkategorisierung der Wohnung jeweils nur bezogen auf die Wohnung selbst. Für die Antragsgegnerin ist nicht absehbar wann und in welchem Zeitraum welche Wohnungen bzw. wie viele Wohnungen pro Gebietseinheit frei werden. Eine Planung, die eine Zusammenfassung der Sanierung mehrerer Wohnungen in einer Wohnhausanlage ermöglichen würde, ist damit naturgemäß nicht möglich. Gerade weil die Sanierungsarbeiten auf die einzelne Wohnung bezogen durchgeführt werden, der Aufwand dieser Arbeiten nicht bei allen frei gewordenen Wohnungen gleich ist und der damit verbundene Aufwand jeweils aus den Erhaltungskostenbeitrag des betreffenden Wohnhauses gedeckt wird, hält der Senat den Standpunkt der Antragsgegnerin für schlüssig und nachvollziehbar, dass eine Zusammenrechnung derartiger, in unregelmäßiger Anzahl und unregelmäßigen Zeitabständen anfallenden Sanierungsarbeiten nicht vorzunehmen ist (vgl. RIS-VKS- 2581/07 u.a.).“ „Nach den Feststellungen vergibt die Antragsgegnerin ihre Aufträge zur Sanierung bzw. Aufkategorisierung immer dann, wenn in einer bestimmten Wohnhausanlage eine bestimmte Wohnung frei geworden ist. Sie ist dabei bemüht, möglichst rasch die beauftragten Arbeiten durchzuführen, um die frei gewordenen Wohnungen möglichst rasch einer Wiedervermietung zuführen zu können. Dabei werden die für die Arbeiten anfallenden Kosten aus dem Erhaltungsbeitrag „des einzelnen Hauses (Objektes)“ abgedeckt. Der Sanierungsaufwand für die einzelnen frei gewordenen Wohnungen unterscheidet sich je nach Alter und Zustand der Wohnung. Abgerechnet wird die Sanierung bzw. Aufkategorisierung der Wohnung jeweils nur bezogen auf die Wohnung selbst. Für die Antragsgegnerin ist nicht absehbar wann und in welchem Zeitraum welche Wohnungen bzw. wie viele Wohnungen pro Gebietseinheit frei werden. Eine Planung, die eine Zusammenfassung der Sanierung mehrerer Wohnungen in einer Wohnhausanlage ermöglichen würde, ist damit naturgemäß nicht möglich. Gerade weil die Sanierungsarbeiten auf die einzelne Wohnung bezogen durchgeführt werden, der Aufwand dieser Arbeiten nicht bei allen frei gewordenen Wohnungen gleich ist und der damit verbundene Aufwand jeweils aus den Erhaltungskostenbeitrag des betreffenden Wohnhauses gedeckt wird, hält der Senat den Standpunkt der Antragsgegnerin für schlüssig und nachvollziehbar, dass eine Zusammenrechnung derartiger, in unregelmäßiger Anzahl und unregelmäßigen Zeitabständen anfallenden Sanierungsarbeiten nicht vorzunehmen ist (vergleiche RIS-VKS- 2581/07 u.a.).“

Die vom VKS Wien in diesem Bescheid festgehaltene fehlende Planbarkeit war auch Gegenstand der mündlichen

Verhandlung im nunmehrigen Nachprüfungsverfahren. Ausgehend von den obigen rechtlichen Erwägungen erachtete es der Senat jedoch für nicht entscheidungsrelevant, ob für den gesamten Wohnhausbestand von W. eine solche Planbarkeit gegeben ist oder nicht. Daher war auch die Frage nicht relevant, ob W. eine solche Planung tatsächlich durchführt oder nicht. Da für Bauvorhaben die rechtlich relevante Gliederungseinheit das jeweilige Bauwerk, auf das sich das Bauvorhaben bezieht, ist, käme die Frage der Planbarkeit allenfalls bauwerksbezogen in Betracht. Anhaltspunkte für die allfällige Feststellung, dass bauwerksbezogen eine solche Planbarkeit gegeben ist, hat das Verfahren jedoch nicht ergeben. Bauwerk in diesem Zusammenhang ist die jeweilige Wohnhausanlage, woraus sich mangels Planbarkeit pro Wohnhausanlage – die Gliederungseinheit ist dafür grundsätzlich zu klein – als Bauvorhaben die Instandsetzung der jeweils frei gewordenen Wohnung ergibt.

Nach Ansicht des Senates trifft daher die Antragsgegnerin in vergaberechtlicher Hinsicht im vorliegenden Fall nicht die Verpflichtung, unterschiedliche Renovierungsarbeiten in unterschiedlichen Wohnhausanlagen zusammenrechnen und gemeinsam vergeben zu müssen. Es liegen insoweit verschiedene, wenn auch allenfalls gleichartige, Bauvorhaben vor, die nicht zum Zweck einer gemeinsamen Vergabe zusammengefasst werden müssen. Insbesondere trifft die Antragsgegnerin auch nicht die vergaberechtliche Verpflichtung, diese unterschiedlichen Bauvorhaben in einem Rahmenvertrag (oder allenfalls einer Rahmenvereinbarung) zusammenfassen zu müssen. Wenngleich die vergaberechtliche Zulässigkeit einer solchen Vorgangsweise in der Judikatur abgesichert ist (grundlegend z.B. VKS Wien 20.9.2001, VKS-V 123/01, ZVB 2002, 76 mit Anm. Haunold), stellt dennoch in Zeiten, für die kein Rahmenvertrag besteht, innerhalb der Subschwellenwerte für Direktvergaben die Beauftragung der einzelnen Bauvorhaben im Wege von Direktvergaben eine vergaberechtlich nicht zu beanstandende Alternative dar. Nach Ansicht des Senates trifft daher die Antragsgegnerin in vergaberechtlicher Hinsicht im vorliegenden Fall nicht die Verpflichtung, unterschiedliche Renovierungsarbeiten in unterschiedlichen Wohnhausanlagen zusammenrechnen und gemeinsam vergeben zu müssen. Es liegen insoweit verschiedene, wenn auch allenfalls gleichartige, Bauvorhaben vor, die nicht zum Zweck einer gemeinsamen Vergabe zusammengefasst werden müssen. Insbesondere trifft die Antragsgegnerin auch nicht die vergaberechtliche Verpflichtung, diese unterschiedlichen Bauvorhaben in einem Rahmenvertrag (oder allenfalls einer Rahmenvereinbarung) zusammenfassen zu müssen. Wenngleich die vergaberechtliche Zulässigkeit einer solchen Vorgangsweise in der Judikatur abgesichert ist (grundlegend z.B. VKS Wien 20.9.2001, VKS-V 123/01, ZVB 2002, 76 mit Anmerkung Haunold), stellt dennoch in Zeiten, für die kein Rahmenvertrag besteht, innerhalb der Subschwellenwerte für Direktvergaben die Beauftragung der einzelnen Bauvorhaben im Wege von Direktvergaben eine vergaberechtlich nicht zu beanstandende Alternative dar.

Die nicht gegebene Verpflichtung der Antragsgegnerin, die zwei direkt vergebenen Baumeisterarbeiten und die zwei direkt vergebenen Glaserarbeiten jeweils mit anderen Instandsetzungsarbeiten für Baumeister bzw. für Glaser zusammenrechnen zu müssen, ergibt sich nach Ansicht des Senates darüber hinaus auch aus der über das Mietrechtsgesetz gegebenen Verpflichtung der Auftraggeberin, diese Instandsetzungsarbeiten der jeweiligen Wohnhausanlage zuzurechnen. Die gegenständlichen Instandsetzungsarbeiten sind aus der jeweiligen Reparaturrücklage der jeweiligen Wohnhausanlage zu tragen, sodass der wirtschaftliche Zusammenhang zur jeweiligen Reparaturrücklage und damit zur jeweiligen Wohnhausanlage besteht. Das Vorliegen von je Wohnhausanlage jeweils getrennten Bauvorhaben ist daher auch darin begründet, dass die jeweiligen Aufträge jeweils verschiedene Reparaturrücklagen betreffen und daher auch insoweit getrennt sind. Auf Aufkategorisierungen bezogen sich die verfahrensgegenständlichen Anträge nicht.

Die Antragstellerin begehrte in ihren Anträgen im Kern die Feststellung, dass die von ihr angeführten vier Direktvergaben rechtswidrig sind. Wesentliches Argument für die von ihr begehrte Feststellung ist, dass der Schwellenwert von derzeit 100.000 Euro für die Zulässigkeit der Verfahrensart der Direktvergabe auf Grund der ihrer Ansicht nach zwingend erforderlichen Zusammenrechnung mit sämtlichen gleichartigen Instandsetzungsarbeiten im gesamten Wohnhausbestand von W. um ein Vielfaches überschritten sei. Tatsächlich ist die Antragsgegnerin jedoch zu einer solchen Zusammenrechnung nicht verpflichtet und liegt der Auftragswert der einzelnen Direktvergaben jeweils tatsächlich deutlich unter 10.000 Euro und erreicht damit jeweils nicht einmal ein Zehntel des Schwellenwertes, bis zu dem Direktvergaben zulässig sind. Die von der Antragstellerin vorgebrachte Überschreitung des für Direktvergaben zulässigen Auftragswertes liegt daher nicht vor. Die Antragsgegnerin durfte daher die vier antragsgegenständlichen Aufträge jeweils im Wege der Direktvergabe vergeben. Es war daher zulässig, ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, nämlich das Verfahren der Direktvergabe, durchzuführen. Die Antragsgegnerin war daher nicht

verpflichtet, den Zuschlag gemäß den – bei Direktvergaben nicht erforderlichen – Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen. Die Antragsgegnerin war daher weiters nicht verpflichtet, vor der Zuschlagserteilung eine Zuschlagsentscheidung zu erlassen.

Die zeugenschaftlichen Einvernahmen des Herrn Wi. und des Direktors von W. konnten unterbleiben, da der entscheidungswesentliche Sachverhalt bereits auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens ausreichend feststand und diesbezüglich kein entscheidungswesentliches Beweisthema offen war. Der Senat sah weiters keinen Anlass für die angeregte Einleitung eines Vorabentscheidungsersuchens beim EuGH.

Die Anträge 1. jeweils festzustellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war; 2. in eventu jeweils festzustellen, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war; 3. in eventu jeweils festzustellen, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis bzw. dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde; waren daher spruchgemäß abzuweisen. Die Anträge 1. jeweils festzustellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war; 2. in eventu jeweils festzustellen, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den Paragraphen 131, bzw. 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war; 3. in eventu jeweils festzustellen, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis bzw. dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde; waren daher spruchgemäß abzuweisen.

Zulässigkeit der ordentlichen Revision

Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung wird insbesondere in der vom Verwaltungsgericht beantworteten Frage gesehen, in welcher Relation der Begriff des Bauvorhabens zum Begriff des Bauwerkes besteht, konkret, ob bei Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten, die sich auf viele verschiedene Bauwerke beziehen, insgesamt ein einheitliches Bauvorhaben vorliegen kann oder ob es vergaberechtlich zulässig ist, den Auftragswert bauwerksbezogen zu berechnen. Die bestehende Judikatur hat diese Frage zwar nach Ansicht des Senates im Sinne der Zulässigkeit einer bauwerksbezogenen Sichtweise beantwortet, jedoch erscheint die Auseinandersetzung der Judikatur mit dieser Frage nicht so eindeutig, dass ein gegenteiliges Verständnis der Judikate klar ausgeschlossen wäre. Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung wird insbesondere in der vom Verwaltungsgericht beantworteten Frage gesehen, in welcher Relation der Begriff des Bauvorhabens zum Begriff des Bauwerkes besteht, konkret, ob bei Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten, die sich auf viele verschiedene Bauwerke beziehen, insgesamt ein einheitliches Bauvorhaben vorliegen kann oder ob es vergaberechtlich zulässig ist, den Auftragswert bauwerksbezogen zu berechnen. Die bestehende Judikatur hat diese Frage zwar nach Ansicht des Senates im Sinne der Zulässigkeit einer bauwerksbezogenen Sichtweise beantwortet, jedoch erscheint die Auseinandersetzung der Judikatur mit dieser Frage nicht so eindeutig, dass ein gegenteiliges Verständnis der Judikate klar ausgeschlossen wäre.

Schlagworte

Vergabe eines Bauauftrages; Parteistellung von Arbeitsgemeinschaften; Zuverlässigkeit eines Bieters; Zusammenrechnung; Aufteilungsverbot

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2014:VGW.123.077.23937.2014

Zuletzt aktualisiert am

27.05.2016

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at