

TE Verg Bescheid 2011/3/3 VKS-1347/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.03.2011

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §127

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2 sowie

ABGB §1175

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 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 127 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. ABGB § 1175 heute
2. ABGB § 1175 gültig ab 01.01.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2014
3. ABGB § 1175 gültig von 01.01.1812 bis 31.12.2014

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über

den Antrag der Baumeister *** Co GmbH, ***, vertreten durch Hule|Bachmayr-Heyda|Nordberg Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages "IWP-Rosenberg-Baumeisterarbeiten", durch das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser, Seegasse 9, 1090 Wien, vertreten durch Heid Schiefer, Rechtsanwälte OG in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin vom 28.1.2011 wird abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 10.02.2011 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit § 2 Z 7 und 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 4, 19 Abs. 1, 126, 127, 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 sowie § 1175 ABGB.Paragraph eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, Absatz 7, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 7 und 16 Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 4, 19, Absatz eins, 126, 127, 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 sowie Paragraph 1175, ABGB.

Begründung:

Das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich der Baumeisterarbeiten im Zuge der Sanierung des Pensionisten-Wohnhauses "Haus Rosenberg". Es handelt sich um die Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellerbereich. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 90 %, das Kriterium "Lehrlingsausbildung" mit 3 % und das Kriterium "Verlängerung der Gewährleistungsfristen" mit 7 % gewichtet ist. Die Bekanntmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war der 21.12.2010, die Angebotseröffnung fand am gleichen Tage statt.

An diesem Vergabeverfahren haben sich insgesamt vier Bieter, darunter auch die Antragstellerin, durch rechtzeitige Abgabe von Angeboten beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde der Preis des Angebotes der Antragstellerin mit Euro 4.873.730,54 als billigster verlesen.

Mit Schreiben vom 28.1.2011, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, deren Angebot auszuschneiden, weil anstatt der zwei geforderten Referenzen nur eine von der Antragstellerin genannte Referenz der Ausschreibung entsprochen hätte.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 3.2.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus sie habe mindestens zwei ausschreibungskonforme Referenzen nachgewiesen. Die Antragsgegnerin habe jedoch das Referenzprojekt "Wiener Wohnen - KD09" zu Unrecht nicht anerkannt weil es nach ihrer Auffassung noch nicht abgeschlossen gewesen sei und zudem die Mindestauftragssumme von Euro 5 Mio. ohne USt nicht erreicht hätte. Tatsächlich wäre dieser Referenzauftrag jedoch anzuerkennen gewesen, weil die Antragstellerin ihre Leistung im erforderlichen Ausmaß im Rahmen einer ARGE erbracht hätte. Bei dieser "ARGE - KD 09" habe es sich um eine "reine Dach-ARGE" gehandelt, deren Aufgabe darin bestanden hätte, die beteiligten Unternehmen während des Vergabeverfahrens zu koordinieren und ihnen dann - nach Auftragserteilung - nach rein örtlichen Kriterien, und zwar bezirks- bzw. gebietsweise, die zur Ausführung erforderlichen Aufträge in ihrer Gesamtheit mittels eines gesonderten Auftrages weiter zu geben. Jedes in der Dach-ARGE vertretene Unternehmen habe ein Gebiet zugewiesen erhalten, so die Antragstellerin den 20. Wiener Gemeindebezirk. In diesem zugewiesenen Gebiet habe dann jedes ARGE-Mitglied - so auch die Antragstellerin - alle Baumeisterarbeiten und Leistungen bzw. Gewerke selbständig erbracht bzw. ausgeführt. Die Dach-Arbeitsgemeinschaft selbst habe keinerlei Leistungen erbracht. Ihr Zweck habe ausschließlich darin bestanden eine gebietsweise Aufteilung des gesamten (beträchtlichen) Auftragsvolumens vorzunehmen. Die Antragstellerin habe beginnend mit 1.3.2006 Wohnhausanlagen der Stadt Wien im

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 3.2.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus sie habe mindestens zwei ausschreibungskonforme Referenzen nachgewiesen. Die Antragsgegnerin habe jedoch das Referenzprojekt "Wiener Wohnen - KD09" zu Unrecht nicht anerkannt weil es nach ihrer Auffassung noch nicht abgeschlossen gewesen sei und zudem die Mindestauftragssumme von Euro 5 Mio. ohne USt nicht erreicht hätte. Tatsächlich wäre dieser Referenzauftrag jedoch anzuerkennen gewesen, weil die Antragstellerin ihre Leistung im erforderlichen Ausmaß im Rahmen einer ARGE erbracht hätte. Bei dieser "ARGE - KD 09" habe es sich um eine "reine Dach-ARGE" gehandelt, deren Aufgabe darin bestanden hätte, die beteiligten Unternehmen während des Vergabeverfahrens zu koordinieren und ihnen dann - nach Auftragserteilung - nach rein örtlichen Kriterien, und zwar bezirks- bzw. gebietsweise, die zur Ausführung erforderlichen Aufträge in ihrer Gesamtheit mittels eines gesonderten Auftrages weiter zu geben. Jedes in der Dach-ARGE vertretene Unternehmen habe ein Gebiet zugewiesen erhalten, so die Antragstellerin den 20. Wiener Gemeindebezirk. In diesem zugewiesenen Gebiet habe dann jedes ARGE-Mitglied - so auch die Antragstellerin - alle Baumeisterarbeiten und Leistungen bzw. Gewerke selbständig erbracht bzw. ausgeführt. Die Dach-Arbeitsgemeinschaft selbst habe keinerlei Leistungen erbracht. Ihr Zweck habe ausschließlich darin bestanden eine gebietsweise Aufteilung des gesamten (beträchtlichen) Auftragsvolumens vorzunehmen. Die Antragstellerin habe beginnend mit 1.3.2006 Wohnhausanlagen der Stadt Wien im

1. 20.Ziffer 20

Bezirk umgebaut, adaptiert und saniert, sowie Erhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten durchgeführt, wobei die Wohnhausanlagen während der Arbeiten bewohnt, also nicht bestandsfrei gewesen wären. Im Schnitt habe die Antragstellerin ca. 200 Wohnungen samt entsprechenden Allgemeinflächen pro Jahr umgebaut bzw. saniert. Dabei sei die Antragstellerin im Rahmen des ihr von der Dach-Arbeitsgemeinschaft erteilten Auftrages selbständig tätig gewesen und habe alle erforderlichen Leistungen ausgeführt. Sobald in einer Wohnhausanlage eine Wohnung bzw. ein Wohnungspaket oder eine Instandsetzungsleistung an allgemeinen Flächen fertiggestellt war, seien diese Leistungen von der Stadt Wien - Wiener Wohnen abgenommen und bezahlt worden. Für alle Leistungen, die die Antragstellerin vom 1.3.2006 bis 31.12.2009 (der ursprüngliche Rahmenvertrag mit einer Dauer von drei Jahren sei in Folge einer Option um weitere drei Jahre verlängert worden) erbrachte, habe das Auftragsvolumen Euro 5.869.739,34 (ohne USt.), bis 31.12.2010 Euro 7.537.250,68 (ohne USt.) betragen. Bei diesen von der Antragstellerin als Mitglied der ARGE erbrachten Leistungen handle es sich um durchaus mit den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbare Leistungen. Dementsprechend handle es sich bei dem Referenzprojekt "Wiener Wohnen - KD 09" um ein solches das exakt den Vorgaben der Ausschreibung entspreche und auch vom Umfang her eine durchaus vergleichbare Referenz sei. Diese Referenz hätte daher von der Antragsgegnerin anerkannt werden müssen, weshalb sich die angefochtene Ausscheidungsentscheidung als

rechtswidrig erweise. Durch die angefochtene Entscheidung fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Nichtausscheiden ihres Angebotes, Berücksichtigung ihres Angebotes für die Zuschlagserteilung, Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens sowie letztlich in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als Bestbieterin verletzt.

Die Antragstellerin, die ein Interesse an der Erlangung der ausgeschriebenen Bauleistungen habe und zu deren Erbringung sie auch in der Lage sei macht geltend, dass für den Fall, als sie den Zuschlag nicht erhalten sollte, ihr ein erheblicher Schaden durch entgangene Deckungsbeträge, frustrierte Kosten der Angebotserstellung sowie Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung entstehen würden. Dazu käme noch der Entgang eines für sie wichtigen Referenzprojektes. Die Höhe des von ihr befürchteten Schadens wird im einleitenden Schriftsatz näher dargestellt.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 10.2.2011 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien des Verfahrens zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 11.11.2010 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, dass von den von der Antragstellerin vorgelegten vier Referenzprojekten nur ein einziges den Ausschreibungsbedingungen entsprochen hätte. Dazu verweist sie auf Punkt 2.4.1 des Teils A der Ausschreibungsunterlagen, in dem die Referenzanforderungen festgelegt seien. Bei der gegenständlich strittigen Referenz "Wiener Wohnen - KD 09" sei es der Antragstellerin nicht gelungen nachzuweisen, dass sie im Rahmen der von ihr genannten Arbeitsgemeinschaft Referenzaufträge "die zumindest 25 % des Auftragswertes umfasst" haben, erbracht hätte. Die Antragstellerin selbst würde in einem Schreiben vom 18.1.2011 ausführen, dass "von den insgesamt von

Wiener Wohnen vergebenen Gebieten ... auf die Firma Mörtlinger 17,6 %" entfielen.

Beim Referenzprojekt Wiener Wohnen - KD 09 handle es sich überdies um ein nicht abgeschlossenes Referenzprojekt, auch sei es der Antragstellerin nicht gelungen, die erforderliche Referenz soweit nachzuweisen.

Die von der Antragstellerin geltend gemachte Referenz 2 "Engerthstraße" erfülle die Ausschreibungserfordernisse.

Die Referenzen 3 (Innstraße) und 4 (Holbeingasse) seien jedoch nicht anzuerkennen gewesen, weil es sich dabei um Bauleistungen gehandelt habe, die ehemalige Fabriksgebäude betroffen hätten und es sich um nicht bewohnte Objekte gehandelt habe. Da die Antragstellerin nur eine taugliche Referenz habe nachweisen können, sei ihr Angebot auszuschneiden gewesen.

Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 1.3.2011 repliziert und allgemein ausgeführt, dass bei der Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen die Regelungen der §§ 914 ff ABGB anzuwenden wären. Danach seien Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu interpretieren. Bei einer derartigen Auslegung sei vor allem der Zweck der Referenz zu beachten, wonach die Erfahrungen der Bieter im Hinblick auf den konkret ausgeschriebenen Auftrag nachgewiesen werden sollen. Es ist daher auf die Vergleichbarkeit der Referenzen mit den ausgeschriebenen Leistungen abzustellen. Bei dem Referenzprojekt "Wiener Wohnen - KD 09" handle es sich um ein abgeschlossenes Projekt, wie sich aus seiner Referenzbescheinigung vom 18.1.2010 ergebe. Danach haben die fertig gestellten sowie endabgerechneten Leistungssummen bis Ende 2009 Euro 5.869.739,34 und bis Ende 2010 Euro 7.537.250,68 netto betragen. Bei diesem Auftragsvolumen habe es sich um fertiggestellte, endabgerechnete und übernommene Leistungen, wie sie in der Referenzbeschreibung verlangt werden, gehandelt. Diese Leistungen seien von der Antragstellerin zu 100 % erbracht worden, weil es sich bei diesen angegebenen Umsätzen nur um Eigenleistungen der Antragstellerin gehandelt habe. Die ARGE habe als Dach-ARGE fungiert und keine Leistungen selbst ausgeführt. Dementsprechend habe die Antragstellerin alle Bauleistungen selbst sowie unter eigener Verantwortung ausgeführt und nicht auf Ressourcen irgend eines anderen Unternehmens zurückgegriffen. Dies werde in der Referenzbescheinigung vom 18.1.2011 auch unmissverständlich festgehalten. Der von der Antragstellerin im Zusammenhang mit dem Referenzprojekt abgewickelte Leistungsanteil habe daher 100 % betragen, weil sie die "Referenz-Leistungen" vollkommen selbständig und alleine ausgeführt habe. Auch dies würde sich aus der Referenzbescheinigung vom 18.1.2011 ergeben, woraus eindeutig hervorgehe, dass die Antragstellerin "das ihr im 20. Bezirk übertragene Auftragsvolumen zu 100 % erbracht hat und nicht bloß anteilig". Rein wertmäßig habe der Umsatzanteil der Antragstellerin an der Dach-ARGE bzw. an dem dieser übertragenen Auftragsvolumen von ca. Euro

54.000.000,-, "welches aus mehreren, für sich betrachtet jeweils selbständigen Projekten bestand" 17,6, % betragen. Dabei handle es sich rein um den monetären Umsatzanteil (der Antragstellerin) an der Dach-ARGE. Da es sich aus Sicht der Antragstellerin um Leistungen gehandelt habe, die sie "allein zu 100 % in dem ihr zugewiesenen Gebietsteil erbracht habe, habe sie "zum Leistungsanteil in Prozent des Auftragswertes keine Angaben gemacht". Tatsächlich entspreche die Referenz Wiener Wohnen - KD 09 exakt den Vorgaben der Ausschreibung und wäre daher von der Antragsgegnerin anzuerkennen und das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden gewesen. Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 1.3.2011 repliziert und allgemein ausgeführt, dass bei der Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen die Regelungen der Paragraphen 914, ff ABGB anzuwenden wären. Danach seien Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu interpretieren. Bei einer derartigen Auslegung sei vor allem der Zweck der Referenz zu beachten, wonach die Erfahrungen der Bieter im Hinblick auf den konkret ausgeschriebenen Auftrag nachgewiesen werden sollen. Es ist daher auf die Vergleichbarkeit der Referenzen mit den ausgeschriebenen Leistungen abzustellen. Bei dem Referenzprojekt "Wiener Wohnen - KD 09" handle es sich um ein abgeschlossenes Projekt, wie sich aus seiner Referenzbescheinigung vom 18.1.2010 ergebe. Danach haben die fertig gestellten sowie endabgerechneten Leistungssummen bis Ende 2009 Euro 5.869.739,34 und bis Ende 2010 Euro 7.537.250,68 netto betragen. Bei diesem Auftragsvolumen habe es sich um fertiggestellte, endabgerechnete und übernommene Leistungen, wie sie in der Referenzbeschreibung verlangt werden, gehandelt. Diese Leistungen seien von der Antragstellerin zu 100 % erbracht worden, weil es sich bei diesen angegebenen Umsätzen nur um Eigenleistungen der Antragstellerin gehandelt habe. Die ARGE habe als Dach-ARGE fungiert und keine Leistungen selbst ausgeführt. Dementsprechend habe die Antragstellerin alle Bauleistungen selbst sowie unter eigener Verantwortung ausgeführt und nicht auf Ressourcen irgend eines anderen Unternehmens zurückgegriffen. Dies werde in der Referenzbescheinigung vom 18.1.2011 auch unmissverständlich festgehalten. Der von der Antragstellerin im Zusammenhang mit dem Referenzprojekt abgewickelte Leistungsanteil habe daher 100 % betragen, weil sie die "Referenz-Leistungen" vollkommen selbständig und alleine ausgeführt habe. Auch dies würde sich aus der Referenzbescheinigung vom 18.1.2011 ergeben, woraus eindeutig hervorgehe, dass die Antragstellerin "das ihr im 20. Bezirk übertragene Auftragsvolumen zu 100 % erbracht hat und nicht bloß anteilig". Rein wertmäßig habe der Umsatzanteil der Antragstellerin an der Dach-ARGE bzw. an dem dieser übertragenen Auftragsvolumen von ca. Euro 54.000.000,-, "welches aus mehreren, für sich betrachtet jeweils selbständigen Projekten bestand" 17,6, % betragen. Dabei handle es sich rein um den monetären Umsatzanteil (der Antragstellerin) an der Dach-ARGE. Da es sich aus Sicht der Antragstellerin um Leistungen gehandelt habe, die sie "allein zu 100 % in dem ihr zugewiesenen Gebietsteil erbracht habe, habe sie "zum Leistungsanteil in Prozent des Auftragswertes keine Angaben gemacht". Tatsächlich entspreche die Referenz Wiener Wohnen - KD 09 exakt den Vorgaben der Ausschreibung und wäre daher von der Antragsgegnerin anzuerkennen und das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden gewesen.

Die Referenz 4 (Holbeingasse) wurde von der Antragstellerin im Zuge des Vergabeverfahrens mit Schreiben vom 18.1.2011 zurückgezogen. Zur Nichtanerkennung der Referenz 2 (Engerthstraße) hat die Antragstellerin weder im einleitenden Schriftsatz noch im Schriftsatz vom 1.3.2011, aber auch nicht im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 3.3.2011 ein konkretes Vorbringen erstattet.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 3.3.2011 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (§ 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006) ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich der Baumeisterarbeiten im Zuge der Sanierung des Pensionisten-Wohnhauses "Haus Rosenberg". Das Objekt besteht aus zwei Wohntrakten mit 212 Einzelpersonen- und 25 Zweipersonenappartements sowie zwei Probewohnungen und entsprechenden Supportflächen. Die Betreuungsstation umfasst derzeit 14 Einbettzimmer sowie die notwendigen Therapie- und Gemeinschaftsräume. Dazu kommt ein umfangreicher, eingeschossiger Gemeinschaftstrakt mit Eingangshalle, Rezeption, Speise- und Veranstaltungssaal und sonstigen Büro- und Gemeinschaftsräumen. Mit dem geplanten Bauvorhaben soll eine umfassende Sanierung, Adaptierung und Erweiterung des Bestandes erfolgen, wobei das Wohnungsangebot auf rund 320 Zimmer erhöht werden soll. Das bestehende Raum- und Funktionsprogramm soll dahingehend adaptiert werden, dass zukünftig das Konzept der "Innovativen Wohn- und Pflegehäuser" umgesetzt werden kann. Durch eine

thermische Sanierung des Bestandes bei gleichzeitiger Modernisierung der Haustechnikanlagen soll die Energieeffizienz erhöht und damit die laufenden Betriebskosten gesenkt werden. Die Gesamtfertigstellung ist für Ende 2013 vorgesehen. Die bauliche Umsetzung soll dabei in verschiedenen Bauetappen erfolgen, wobei die Aufrechterhaltung des laufenden Betriebes während der Bauarbeiten gewährleistet sein soll. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 90 %, das Kriterium "Lehrlingsausbildung" mit 3 % und das Kriterium "Verlängerung der Gewährleistungsfrist" mit 7 % gewichtet ist. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war der 21.12.2010, die Angebotseröffnung fand am gleichen Tage statt. Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006) ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich der Baumeisterarbeiten im Zuge der Sanierung des Pensionisten-Wohnhauses "Haus Rosenberg". Das Objekt besteht aus zwei Wohntrakten mit 212 Einzelpersonen- und 25 Zweipersonenappartements sowie zwei Probewohnungen und entsprechenden Supportflächen. Die Betreuungsstation umfasst derzeit 14 Einbettzimmer sowie die notwendigen Therapie- und Gemeinschaftsräume. Dazu kommt ein umfangreicher, eingeschossiger Gemeinschaftstrakt mit Eingangshalle, Rezeption, Speise- und Veranstaltungssaal und sonstigen Büro- und Gemeinschaftsräumen. Mit dem geplanten Bauvorhaben soll eine umfassende Sanierung, Adaptierung und Erweiterung des Bestandes erfolgen, wobei das Wohnungsangebot auf rund 320 Zimmer erhöht werden soll. Das bestehende Raum- und Funktionsprogramm soll dahingehend adaptiert werden, dass zukünftig das Konzept der "Innovativen Wohn- und Pflegehäuser" umgesetzt werden kann. Durch eine thermische Sanierung des Bestandes bei gleichzeitiger Modernisierung der Haustechnikanlagen soll die Energieeffizienz erhöht und damit die laufenden Betriebskosten gesenkt werden. Die Gesamtfertigstellung ist für Ende 2013 vorgesehen. Die bauliche Umsetzung soll dabei in verschiedenen Bauetappen erfolgen, wobei die Aufrechterhaltung des laufenden Betriebes während der Bauarbeiten gewährleistet sein soll. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 90 %, das Kriterium "Lehrlingsausbildung" mit 3 % und das Kriterium "Verlängerung der Gewährleistungsfrist" mit 7 % gewichtet ist. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war der 21.12.2010, die Angebotseröffnung fand am gleichen Tage statt.

Die Bieter hatten zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit Mindestreferenzen zu erbringen. Gefordert waren zumindest zwei Referenzaufträge. Welchen Anforderungen diese Referenzen entsprechen müssen ist im Punkt 2.4.1 des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen (Seite 24 von 39) wie folgt festgelegt:

2.4 Technische Leistungsfähigkeit

2.4.1 Mindestreferenzen

Zwingendes Mindestanforderung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters ist der Nachweis (Beilage ./8) von zumindest 2 Referenzaufträgen, die über die nachfolgend angeführten Merkmale verfügen müssen:

Ausführung von Baumeisterleistungen im Zu- oder Umbau von Wohnheimen, Wohngebäuden, Pflegeheimen oder Krankenhäusern bei laufendem Betrieb (das heißt: laufender Bewohnung) mit einer Mindestauftragssumme von EUR 5 Mio (Kostengruppen Bauwerk-Rohbau, Bauwerk-Ausbau und Außenanlagen gemäß ÖNORM B 1801-1:2009) ohne Umsatzsteuer je Referenzauftrag

Für alle Referenzprojekte gilt, dass Projekte, die vor mehr als fünf Jahren beendet (erfolgreiche Übernahme bzw. erfolgreiche Vertragsbeendigung) wurden (Stichtag ist der Tag der Absendung der europaweiten Bekanntmachung) oder die mangels Detailangaben nicht überprüfbar sind, nicht als Referenzen gewertet werden. Ebenfalls nicht berücksichtigt werden nicht abgeschlossene Referenzprojekte. Der Bieter erklärt sich einverstanden, dass die Auftraggeberin zur Überprüfung der angegebenen Referenzangaben mit dem genannten (auskunftsbereiten) Referenzpartner Kontakt aufnimmt. Eigenreferenzen sind zugelassen. Namhaft gemachte Referenzen werden im Rahmen der Eignungsprüfung nur dann gewertet, wenn der Bieter (bzw. das betreffende Mitglied der Bietergemeinschaft bzw. das mit ihm verbundene Unternehmen oder der allenfalls namhaft gemachte Dritte) selbst Auftragnehmer oder Mitglied der beauftragten Arbeitsgemeinschaft war. Das Referenzprojekt wird im Rahmen dieser Eignungsprüfung nur dann berücksichtigt, wenn der Leistungsanteil des betreffenden Bieters (bzw. des Mitglieds der Bietergemeinschaft bzw. des mit ihm verbundenen Unternehmens oder eines allenfalls genannten Dritten) an dem

durchgeführten Referenzauftrag zumindest 25 % des Auftragswertes umfasst hat. Für jede nachgewiesene Referenz hat der Bieter in der Beilage ./8 eine Auftraggeber-Bestätigung beizubringen, mit welcher der ehemalige Auftraggeber die Referenzangaben bestätigt, insbesondere dass der Bieter den Auftrag fachgerecht und ordnungsgemäß erfüllt hat.

Wenn es sich beim Referenzauftraggeber um einen öffentlichen Auftraggeber handelt, ist die jeweilige Beilage vom öffentlichen Auftraggeber auszustellen oder (durch seine Unterschrift in der dafür vorgesehenen Spalte) zu beglaubigen. Die jeweilige Beilage kann vom Referenzauftraggeber auch direkt der Auftraggeberin der gegenständlichen Ausschreibung zugeleitet werden. Falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, kann sie durch eine einfache Erklärung des Bewerbers ersetzt werden.

Die Ausschreibungsunterlagen sind nicht angefochten worden.

Die Antragstellerin hat neben drei anderen Bietern rechtzeitig ein Angebot gelegt, mit dem sie aufgrund der Ergebnisse der Angebotsöffnung preislich an erster Stelle gereiht wurde. Mit ihrem Angebot hat die Antragstellerin vier Referenzblätter abgegeben, wobei bei allen vier Referenzen sowohl die Bauherrenbestätigungen als auch die mögliche Eigenbestätigung nicht angeschlossen waren. Von den vier Referenzen hat die Antragsgegnerin nach Nachreichungen durch die Antragstellerin nur die Referenz 3 als den Mindestanforderungen der Ausschreibungsunterlage entsprechend anerkannt.

Zum Referenzprojekt 1 (Wiener Wohnen - KD 09), 3 (Innstraße 23) und 4 (Holbeingasse 9) hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin am 14.1.2011 schriftlich um Aufklärung ersucht. Fristgerecht hat die Antragsgegnerin darauf mit Schreiben vom 18.1.2011 geantwortet und zunächst erklärt, das Referenzprojekt "Holbeingasse 6 (Referenznummer 4)" zurückzuziehen.

Zum Referenzprojekt 1 (Wiener Wohnen - KD 09) hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin um Aufklärung ersucht, ob es sich bei diesem Referenzauftrag um ein abgeschlossenes Referenzprojekt handelt, ob dabei die Mindestauftragssumme von Euro 5.000.000,- ohne USt. erreicht wurde sowie ob der Anteil der Antragstellerin als Mitglied der ARGE KD 09 an dem durchgeführten Referenzauftrag, zumindest 25 % des Auftragswertes umfasst hat.

Zum Referenzprojekt 3 (Innstraße) hat die Antragsgegnerin um Aufklärung ersucht, inwieweit aus Sicht der Antragstellerin dieses Referenzprojekt den Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage entspricht, da es sich dabei um eine Sockelsanierung mit gleichzeitigem Umbau eines früheren Fabriksgebäudes in ein Wohnhaus gehandelt habe. Ein laufender Betrieb im Sinne einer laufenden Bewohnung gemäß den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen sei nach Auskunft des Referenzgebers nicht gegeben, da eben kein Wohnhaus umgebaut worden sei.

Dazu hat die Antragstellerin mit ihrem Aufklärungsschreiben vom 18.1.2011 wie folgt Stellung genommen:

Zu Referenzprojekt "Wiener Wohnen - KD09"

Die Firma Mörtinger hat mit weiteren Unternehmen am 13.1.2006 in Form der ARGE KD09 den in der Anlage zum Angebot ersichtlichen Bestellschein (bzw. Auftrag) zur "Ausführung der Baumeisterleistungen in allgemeinen Teilen und Wohnungen von städtischen Wohnhausobjekten in Wien 1, 2, 8, 9, 20. Bezirk - KD09, Gebietsgruppe 1-6" erhalten.

Am 23.2.2009 wurde seitens des Auftraggebers eine Option zur Verlängerung des Vertrages bis 28.2.2012 abgerufen.

Die gesamte Bestellung ist daher vom 1.3.2006 bis 28.2.2012 gültig und umfasst ein Bestellvolumen von 54 Mio. € netto.

Zur ARGE dürfen wir darauf hinweisen, dass es sich bei dieser ARGE um keine echte Ausführungs-ARGE handelt, bei der jedes Mitglied ein Gewerk/Leistungsteil abdeckt, sondern um eine Dach-ARGE, deren Aufgabe nur darin bestand, die beteiligten Unternehmen während des Vergabeverfahrens zu koordinieren und dann nach rein örtlichen Kriterien (und zwar bezirksweise bzw. gebietsweise) die zur Ausführung erforderlichen Aufträge in ihrer Gesamtheit an die einzelnen Mitglieder zu vergeben. Die ARGE hat selbst keine Leistungen erbracht. In der Dach-ARGE oblag der Firma Mörtinger die technisch-kaufmännische Abwicklung des Vertrags.

Die Firma Mörtinger hat von der Dach-ARGE KD 09 mit Bestellung vom 1.3.2006 den Auftrag zur selbständigen Abwicklung der Baumeisterleistungen für den Zeitraum 03/2006 bis 02/2009 mit einer Auftragssumme von 4,5 Mio. € netto erhalten, der nach Abrufung der Option durch den Auftraggeber für den Zeitraum 03/2006 bis 02/2012 um 9,0 Mio. € netto erweitert wurde. Der Auftrag umfasst die "Ausführung der Baumeisterleistungen in allgemeinen Teilen

und Wohnungen von städtischen Wohnhausobjekten in Wien 20. Bezirk - KD09, Gebietsgruppe 6" mit der oben angegebenen Auftragssumme. Der Auftrag umfasst alle Leistungen und Gewerke, d.h. es wurde in diesem Gebiet kein Gewerk oder Teil an ein anderes Mitglied der Dach-ARGE vergeben. Die Firma Mörtinger hat von der Dach-ARGE KD 09 mit Bestellung vom 1.3.2006 den Auftrag zur selbständigen Abwicklung der Baumeisterleistungen für den Zeitraum 03 aus 2006, bis 02 aus 2009, mit einer Auftragssumme von 4.5 Mio. € netto erhalten, der nach Abrufung der Option durch den Auftraggeber für den Zeitraum 03 aus 2006, bis 02 aus 2012, um 9,0 Mio. € netto erweitert wurde. Der Auftrag umfasst die "Ausführung der Baumeisterleistungen in allgemeinen Teilen und Wohnungen von städtischen Wohnhausobjekten in Wien 20. Bezirk - KD09, Gebietsgruppe 6" mit der oben angegebenen Auftragssumme. Der Auftrag umfasst alle Leistungen und Gewerke, d.h. es wurde in diesem Gebiet kein Gewerk oder Teil an ein anderes Mitglied der Dach-ARGE vergeben.

Die Firma Mörtinger ist für die sach- und fachgemäße Ausführung der Arbeiten in diesem Gebietsteil vollständig haftbar und führt die Arbeiten auf eigene Rechnung durch.

Von den insgesamt von Wiener Wohnen vergebenen Gebieten entfielen auf die Firma Mörtinger 17,6 %.

Der Nachweis eines konkreten Auftrags ist damit erbracht. Gemäß der kaufmännischen Geschäftsführung sind bis Ende 2009 5.869.739,34 €

netto des beauftragten Auftragsvolumens und bis Ende 2010 7.537.250,68 € netto fertiggestellt sowie endabgerechnet.

In diesem Bereich auf Basis des durch die ARGE KD09 erteilten Auftrags werden jedes Jahr in ununterbrochener Reihenfolge durch etwa 20 eigene Arbeitnehmer der Firma Mörtinger ca. 200 Wohnungen übergreifend im Jahr umgebaut, die allgemeinen Flächen erhalten und umgebaut (Stiegenhäuser, Keller, etc.), Kanäle, Außenanlagen und Fassaden, etc. saniert. Der Abruf der Leistung im Bereich des erteilten Auftrags erfolgt wie im Falle einer Sockelsanierung im Huckepack-Verfahren. Sobald eine Wohnung geräumt ist, erstellt die Firma Mörtinger die Ausführungsunterlagen, nimmt die Bauarbeiten nach Einreichung und Genehmigung dieser in Angriff und meldet mit einem eigenen EDV-System dem Auftraggeber (ARGE KD09) die Fertigstellung der Arbeiten. Es werden daher jährlich ca. 200 Wohnungen umgebaut und es sind selbstverständlich auch die allgemeinen Bereiche des Gemeindebaues betroffen, wobei diese selbstverständlich bewohnt waren.

In Anlage übersenden wir Ihnen die Bestätigung der kaufmännischen Geschäftsführung und den Referenznachweis von Wiener Wohnen. Zu Referenzprojekt "Innstraße 23"

Zum oben angeführten Projekt wäre festzuhalten, dass es sich selbstverständlich um ein Wohnhaus - gelegen in einem ehemaligen Fabrikhaus - handelt, das mehrere Hausblöcke mit unterschiedlichster Nutzung umfasst und zu einem großen Sockelsanierungsprojekt zusammengefasst wurde. Während der Umbauzeit war ein großer Betrieb mit Büro und Reparaturwerkstätte eingesiedelt gewesen, welcher mehrmals im Zuge der Bauausführung umgesiedelt werden musste und ständig im Betrieb war (Firma Mobilklo). Damit ist die Referenz im Betrieb erfüllt.

Die Firma Mörtinger musste ihr restliches ausständiges Honorar einklagen, weshalb derzeit kein Referenznachweis vom Auftraggeber zu erwirken ist. Der Auftraggeber befürchtet, dass sich seine Position bei Gericht dadurch verschlechtern könnte. Die Ersatzbeglaubigung durch den Bieter ist mit diesem Schreiben durchgeführt.

Die Angaben der Antragstellerin betreffend das Referenzprojekt Wiener Wohnen - KD 09, werden von den im Schreiben erwähnten Referenzgebern bestätigt. Dazu ist festzustellen, dass die Geschäftsführung der ARGE - KD 09 von der Antragstellerin in deren Büroräumlichkeiten in Wien 6, Getreidemarkt 7, vorgenommen wurde. Dementsprechend wurde auch die Referenzbestätigung der ARGE KD 09 vom 17.1.2011 von der Geschäftsführung der ARGE (= Antragstellerin) ausgestellt. Die Bestätigung der Stadt Wien - Wiener Wohnen betreffend die Referenz KD 09 wurde ebenfalls von der Geschäftsführung der ARGE - KD 09 (= Antragstellerin) vorbereitet und am 18.1.2011 die Richtigkeit derselben von der Stadt Wien - Wiener Wohnen für den 1., 2., 8., 9. und 20. Bezirk bestätigt.

Mit Schreiben vom 28.1.2011 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, weil weder das Referenzprojekt "Wiener Wohnen - KD 09", noch das Referenzprojekt 2 "1200 Wien, Innstraße 23", die Mindestanforderungen der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen erfüllt. Das Referenzprojekt 1 "Wiener Wohnen - KD 09" sei weder ein abgeschlossenes Referenzprojekt, noch werde die Mindestauftragssumme von Euro 5.000.000,-- ohne USt. erreicht. Der Leistungsanteil der Antragstellerin als Mitglied der ARGE - KD 09 am Referenzauftrag habe nur 17,6 % und nicht 25 % des Auftragswertes umfasst. Obwohl der Antragstellerin die

Möglichkeit eingeräumt worden sei, ein den Mindestanforderungen der Ausschreibungsunterlagen entsprechendes Referenzprojekt nachzureichen, habe dies die Antragstellerin nicht getan. Das Referenzprojekt "Wiener Wohnen - KD 09" könne daher nicht anerkannt werden.

Beim Referenzprojekt 2 "1200 Wien, Innstraße" habe es sich um den Umbau eines Fabriksgebäudes zu einem Wohngebäude gehandelt, wobei ein laufender Betrieb im Sinne einer laufenden Bewohnung gemäß den Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage nicht gegeben gewesen sei. Damit erfülle das Referenzprojekt nicht die Mindestanforderungen gemäß Punkt 2.4.1 der Ausschreibungsunterlage, da weder die verlangte Gebäudeart noch das Erfordernis der laufenden Bewohnung erfüllt wurde. Auch sei die Mindestauftragssumme von Euro 5.000.000,-- ohne USt. nicht erreicht.

Die Antragstellerin hat als führendes Mitglied und Vertreterin einer Arbeitsgemeinschaft am 13.1.2006 den Zuschlag zur Ausführung von Baumeisterleistungen in allgemeinen Teilen und Wohnungen von städtischen Wohnhausobjekten im Bereich des Kundendienstzentrums 09 (KD 09), unterteilt in die Gebietsgruppen 1 bis 6, erhalten. Arbeitsbeginn war der 1.3.2006, die Leistungsfrist betrug zunächst drei Jahre. Dieser Auftrag wurde von der Auftraggeberin Wiener Wohnen um einen weiteren Leistungszeitraum von drei Jahren mit Arbeitsbeginn 1.3.2009 bis 28.2.2012 verlängert. Die Geschäftsführung der ARGE war ab 1.3.2006 stets in den Händen der Antragstellerin. Die Mitglieder der ARGE haben die Ausführung der Arbeiten im Los KD 09 untereinander nach räumlichen Gesichtspunkten aufgeteilt. Dabei wurde der Antragstellerin die Durchführung aller mit den Sanierungen in Zusammenhang stehenden Arbeiten im 20. Wiener Gemeindebezirk zugeteilt. Das Gesamtauftragsvolumen des Rahmenvertrages, der der ARGE zugeschlagen worden ist, hat rund Euro 54.000.000,-- netto betragen. Jener Teil der Baumeisterleistungen, die von der Antragstellerin allein im 20. Bezirk bis jetzt erbracht worden sind, hat rund 17,6 % der Gesamtsumme betragen. Tatsächlich hat die Antragstellerin in dem ihr zugewiesenen Bereich bis Ende 2009 Leistungen für Euro 5.869.739,34 und bis Ende 2010 von Euro 7.537.250,68 netto erbracht und über die ARGE mit Wiener Wohnen abgerechnet. Ab Auftragserhalt hat die Antragstellerin in dem ihr zugewiesenen Bezirk jedes Jahr in ununterbrochener Reihenfolge Wohnungen sowie die dazugehörigen allgemeinen Bereiche einer Wohnhausanlage saniert.

Beim Referenzprojekt 2 "Innstraße 23" hat es sich um ein ehemaliges Fabriksgebäude gehandelt, das mehrere Hausblöcke mit unterschiedlicher Nutzung umfasste und einer Sockelsanierung unterzogen worden ist. Während der Umbauzeit war ein großer Betrieb mit Büro und Reparaturwerkstätte angesiedelt, welcher mehrmals im Zuge der Bauausführung umgesiedelt werden musste und ständig in Betrieb war. Dass in diesem Referenzprojekt während der Durchführung der Sanierungsarbeiten durch die Antragstellerin Wohnungen laufend bewohnt gewesen wären, konnte nicht festgestellt werden.

Da die Antragstellerin lediglich einen Referenzauftrag nachweisen konnte, hat die Antragsgegnerin mit der angefochtenen Entscheidung deren Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 iVm § 129 Abs. 2 BVergG 2006 ausgeschieden. Diese Ausscheidungsentscheidung vom 28.1.2011 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 3.2.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich. Da die Antragstellerin lediglich einen Referenzauftrag nachweisen konnte, hat die Antragsgegnerin mit der angefochtenen Entscheidung deren Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 ausgeschieden. Diese Ausscheidungsentscheidung vom 28.1.2011 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 3.2.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt des gründlich und übersichtlich geführten Vergabeaktes, dessen inhaltliche Richtigkeit grundsätzlich nicht bestritten wurde. Im Nachprüfungsverfahren hat die Antragstellerin im Wesentlichen die Nichtanerkennung ihrer Referenz 1 "Wiener Wohnen - KD 09" bekämpft, konkrete Ausführungen zur Referenz 2 "Innstraße 23" jedoch nicht erstattet. Es wurde daher vom Senat im Nachprüfungsverfahren im Wesentlichen die Frage einer Prüfung unterzogen, ob die Referenz 1 von der Antragsgegnerin zu Recht nicht anerkannt worden ist. Dabei konnte sich der Senat bei seinen Feststellungen vor allem auf die Erklärungen der

Antragstellerin sowohl im Vergabeverfahrens als auch im Rahmen der mündlichen Verhandlung stützen. Danach war zunächst festzustellen -wie auch im Rahmen der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird - dass die Antragstellerin bei der Referenz 1 nach Ansicht des Senates jedenfalls die Mindestauftragssumme von Euro 5.000.000,- - nachweisen konnte. Da es sich um die Erfüllung eines Rahmenvertrages gehandelt hat, waren die Einzelaufträge nach der Abnahme zusammenzuzählen. Ebenso konnte von der Antragstellerin nachgewiesen werden, dass sie die als Referenz geltend gemachten Leistungen im 20. Bezirk alleine erbracht hat und dabei in Wohnhausobjekten, die laufend bewohnt gewesen sind, gearbeitet hat. Die Feststellung, dass der Anteil des von der Antragstellerin im Rahmen der ARGE übernommenen Leistungsteiles (= alle Sanierungsleistungen im 20. Bezirk) nur 17,6 % der Gesamtauftragssumme, die auf die ARGE entfallen ist, betragen hat, gründet sich auf den Inhalt des Antwortschreibens der Antragstellerin vom 18.01.2011. Dass die Antragstellerin "federführendes" Mitglied der ARGE gewesen ist, war nach ihren Ausführungen in der mündlichen Verhandlung, aber auch im Aufklärungsschreiben vom 18.01.2011, festzustellen. Die Feststellungen über das Ausmaß der Leistungen, die die Antragstellerin im Rahmen der ARGE erbracht hat, gründen sich auf ihre diesbezüglich unbedenklichen Angaben im Nachprüfungsverfahren.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich der Baumeisterarbeiten im Zuge der Sanierung des Pensionisten-Wohnhauses "Haus Rosenberg". Es handelt sich dabei um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 90%, das Kriterium "Lehrlingsausbildung" mit 3% und das Kriterium "Verlängerung der Gewährleistungsfristen" mit 7% gewichtet ist. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war der 21.12.2010, die Angebotsöffnung fand am gleichen Tage statt. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich der Baumeisterarbeiten im Zuge der Sanierung des Pensionisten-Wohnhauses "Haus Rosenberg". Es handelt sich dabei um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 90%, das Kriterium "Lehrlingsausbildung" mit 3% und das Kriterium "Verlängerung der Gewährleistungsfristen" mit 7% gewichtet ist. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war der 21.12.2010, die Angebotsöffnung fand am gleichen Tage statt. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeiten beantragen, soweit ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Ausscheidungsentscheidung wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit.a sublit.aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin am 28.01.2011 im Faxwege zugekommen ist, ist der am 03.02.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeiten beantragen, soweit ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Ausscheidungsentscheidung wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25,

Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigkeitsklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin am 28.01.2011 im Faxwege zugekommen ist, ist der am 03.02.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidungsentscheidung ist im Ergebnis aber nicht berechtigt.

Nach den unbekämpft gebliebenen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen hatte jeder Bieter zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit zumindest zwei Referenzaufträge nachzuweisen, die den im Punkt 2.4.1 der Ausschreibungsunterlage A beschriebenen Anforderungen entsprechen. Neben einer Mindestauftragssumme sowie dem Abschluss des Referenzprojektes hatte jeder Bieter der sich auf ein Referenzprojekt, das er als Mitglied einer Bietergemeinschaft oder Arbeitsgemeinschaft erbracht hat, berufen wollte, nachzuweisen, dass der von ihm erbrachte Leistungsanteil zumindest 25% des Auftragswertes umfasst hat. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragstellerin bei dem hier fraglichen Referenzprojekt 1 "Wiener Wohnen - KD09" nach ihren eigenen Angaben als Mitglied der Arbeitsgemeinschaft einen Leistungsanteil von 16,7% am Gesamtauftragswert von Euro 54 Millionen erbracht. Wenn auch das Verfahren ergeben hat, dass die Antragstellerin im Zuge der Durchführung des Rahmenvertrages die Bauleistungen im 20. Bezirk zur Gänze allein erbracht hat, wobei es sich um Leistungen gehandelt hat, die den ausgeschriebenen Leistungen durchaus entsprechen, sie dabei auch die geforderte Mindestauftragssumme Euro 5 Millionen erreicht hat, war dennoch diese Referenz von der Auftraggeberin zutreffend nicht anzuerkennen, weil die Anteile der Antragstellerin am Gesamtauftragsvolumen nicht 25% erreicht haben. Die Antragstellerin hat sowohl im Vergabeverfahren als auch im Nachprüfungsverfahren damit argumentiert, dass es sich bei der ARGE die seinerzeit den Rahmenvertrag zur Durchführung von Sanierungsarbeiten im Los KD09 erhalten hat um "keine echte Ausführungs-ARGE" gehandelt hat, bei der jedes Mitglied ein Gewerk/Leistungsanteil abdeckt sondern um eine Dach-ARGE "deren Aufgabe nur darin bestand, die beteiligten Unternehmen während des Vergabeverfahrens zu koordinieren und dann nach rein örtlichen Kriterien (und zwar bezirksweise bzw. gebietsweise) die zur Ausführung erforderlichen Aufträge in ihrer Gesamtheit an die einzelnen Mitglieder zu vergeben", die Antragstellerin habe damit ihre Aufträge nicht von der Auftraggeberin Wiener Wohnen erhalten sondern von der ARGE, damit ist für sie nichts gewonnen.

Nach § 2 Z 7 BVergG 2006 handelt es sich bei einer Arbeitsgemeinschaft um einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsmäßigen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten. Durch die Zuschlagserteilung wird die Arbeitsgemeinschaft zur Auftragnehmerin, mit der vertraglich vereinbart wird, dem Auftraggeber eine Leistung gegen Entgelt zu erbringen. In der gesetzlichen Typologie ist eine ARGE als Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinne des § 1175 ABGB zu qualifizieren. Sind die Gesellschafter Handelsleute - wie vorliegend - so haften sie kraft gesetzlicher Anordnung solidarisch, falls nichts anderes mit dem Vertragspartner vereinbart wird. Grundsätzlich ist die ARGE aber keine juristische Person (VwGH 22.03.2000 Zl. 2000/04/0029 und 2000/04/0031; VKS Wien 22.06.2006, VKS - 1560/06 u.a.). Unmittelbarer Vertragspartner des Auftraggebers werden die Mitglieder der ARGE, weshalb auch alle Mitglieder das Angebot unterfertigen müssen. Der Auftraggeber hat auf die interne Koordination der Teilleistungen der Mitglieder der ARGE untereinander keinen Einfluss. Im Gewährleistungs- oder Haftungsfall kann er auf alle Mitglieder und damit auch auf deren gesamte finanzielle Leistungsfähigkeit zurückgreifen, während jedes der Mitglieder eine Teilleistung im Rahmen seiner Fachrichtung für die er auch eine Gewerbeberechtigung haben muss erbringt (VfGH 21.06.2004, B531/02). Nach Paragraph 2, Ziffer 7, BVergG 2006 handelt es sich bei einer Arbeitsgemeinschaft um einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsmäßigen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten. Durch die Zuschlagserteilung wird die Arbeitsgemeinschaft zur Auftragnehmerin, mit der vertraglich vereinbart wird, dem Auftraggeber eine Leistung gegen Entgelt zu erbringen. In der gesetzlichen Typologie ist eine ARGE als Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinne des Paragraph 1175, ABGB zu qualifizieren. Sind die Gesellschafter Handelsleute - wie vorliegend - so haften sie kraft

gesetzlicher Anordnung solidarisch, falls nichts anderes mit dem Vertragspartner vereinbart wird. Grundsätzlich ist die ARGE aber keine juristische Person (VwGH 22.03.2000 Zl. 2000/04/0029 und 2000/04/0031; VKS Wien 22.06.2006, VKS - 1560/06 u.a.). Unmittelbarer Vertragspartner des Auftraggebers werden die Mitglieder der ARGE, weshalb auch alle Mitglieder das Angebot unterfertigen müssen. Der Auftraggeber hat auf die interne Koordination der Teilleistungen der Mitglieder der ARGE untereinander keinen Einfluss. Im Gewährleistungs- oder Haftungsfall kann er auf alle Mitglieder und damit auch auf deren gesamte finanzielle Leistungsfähigkeit zurückgreifen, während jedes der Mitglieder eine Teilleistungen im Rahmen seiner Fachrichtung für die er auch eine Gewerbeberechtigung haben muss erbringt (VfGH 21.06.2004, B531/02).

Umgelegt auf die Beurteilung der Leistungen, die die Antragstellerin bei dem Los "Wiener Wohnen - KD09" erbracht hat, ergibt sich daraus, dass der ARGE, bestehend aus ihren Mitgliedern, seinerzeit vom Auftraggeber Wiener Wohnen nach den Ergebnissen eines Vergabeverfahrens der Zuschlag für das Los KD09 zur Ausführung der dort ausgeschriebenen Bauleistungen erteilt worden ist. Damit waren alle Mitglieder der ARGE, unabhängig von der Aufteilung der Leistungen untereinander, solidarisch zur Erfüllung des gesamten Rahmenvertrages verpflichtet. Unstrittig ist, dass die Gesamtauftragssumme bei diesem Los rund Euro 54 Millionen netto betragen hat. Unstrittig ist, dass die Antragstellerin aufgrund einer von den Mitgliedern der ARGE vorgenommenen Aufteilung die Ausführung aller Baumeisterleistungen, wie sie im Rahmenvertrag für das Los KD09 angeführt sind, im 20. Bezirk alleine erbracht hat. Die Auftragssumme die für diese Leistungen im Zeitraum ab 01.03.2006 erbracht wurden, haben auch den geforderten Mindestbetrag von Euro 5 Millionen netto überschritten. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin war die Antragstellerin berechtigt, die Leistungen die sie aufgrund des Rahmenvertrages erbracht hat und die - der Natur der ausgeschriebenen Leistungen entsprechend - in Einzelabrufen bestanden haben, nach der Beendigung und Abrechnung zutreffend zusammenrechnen konnte. Dennoch hat die Antragsgegnerin die Referenz 1 "Wiener Wohnen - KD09" zutreffend nicht anerkannt, weil nach dem - auch eigenem Vorbringen der Antragstellerin - der Leistungsanteil der Antragstellerin bezogen auf den Gesamtauftragswert nicht zumindest 25%, sondern lediglich 17,6% betragen hat. Damit werden aber die Anforderungen an die Mindestreferenz, wie sie im Punkt 2.4.1 der Ausschreibungsunterlage festgelegt sind, nicht erfüllt.

So wie die Antragstellerin bei Erstellung ihres Angebotes an die Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage gebunden ist, hat auch die Auftraggeberin bei Prüfung der Angebote ihre eigenen, bestandfest gewordenen Ausschreibungsbedingungen genauestens einzuhalten. Bei Prüfung des Angebotes der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin sich nachvollziehbar an die Bestimmungen der §§ 126, 127 BVergG 2006 gehalten weshalb eine Mangelhaftigkeit der angefochtenen Entscheidung nicht gegeben ist. Nach § 129 Abs. 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebots für die Zuschlagsentscheidung aufgrund der Ergebnisse seiner Prüfung Angebote auszuschneiden sofern ein Ausscheidungsgrund nach Z 1 bis 11 bzw. Abs. 2 leg.zit vorliegt. Da es der Antragstellerin nicht gelungen ist, die erforderlichen Mindestreferenzen nachzuweisen hat die Antragsgegnerin ihr Angebot zutreffend nach § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ausgeschieden. Soweit die Antragsgegnerin sich in ihrer Ausscheidungsentscheidung auch auf Abs. 2 des § 129 BVergG 2006 bezieht, erscheint dies entbehrlich, weil die Antragstellerin dem Ersuchen um Aufklärung innerhalb der gestellten Frist entsprochen hat, wenn auch diese Aufklärung ein für sie günstiges Ergebnis nicht gebracht hat. Da weder im Nachprüfungsantrag wie auch im Zuge des Nachprüfungsverfahrens die Antragstellerin ein konkretes Vorbringen zum Referenzprojekt 3 "1200 Wien, Innstraße 23" erstattet hat, war im Sinne des § 23 Abs. 1 Z 5 und 6 WVRG 2007 die Frage, ob diese Referenz zu Unrecht nicht anerkannt wurde, nicht näher zu prüfen. So wie die Antragstellerin bei Erstellung ihres Angebotes an die Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage gebunden ist, hat auch die Auftraggeberin bei Prüfung der Angebote ihre eigenen, bestandfest gewordenen Ausschreibungsbedingungen genauestens einzuhalten. Bei Prüfung des Angebotes der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin sich nachvollziehbar an die Bestimmungen der Paragraphen 126, 127, BVergG 2006 gehalten weshalb eine Mangelhaftigkeit der angefochtenen Entscheidung nicht gegeben ist. Nach Paragraph 129, Absatz eins, BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebots für die Zuschlagsentscheidung aufgrund der Ergebnisse seiner Prüfung Angebote auszuschneiden sofern ein Ausscheidungsgrund nach Ziffer eins bis 11 bzw. Absatz 2, leg.zit vorliegt. Da es der Antragstellerin nicht gelungen ist, die erforderlichen Mindestreferenzen nachzuweisen hat die Antragsgegnerin ihr Angebot zutreffend nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ausgeschieden. Soweit die Antragsgegnerin sich in ihrer Ausscheidungsentscheidung auch auf Absatz 2, des Paragraph 129, BVergG 2006 bezieht, erscheint dies entbehrlich, weil die Antragstellerin dem Ersuchen um Aufklärung innerhalb der gestellten Frist entsprochen hat, wenn auch diese Aufklärung ein für sie günstiges Ergebnis nicht gebracht hat. Da weder im

Nachprüfungsantrag wie auch im Zuge des Nachprüfungsverfahrens die Antragstellerin ein konkretes Vorbringen zum Referenzprojekt 3 "1200 Wien, Innstraße 23" erstattet hat, war im Sinne des Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 5 und 6 WVRG 2007 die Frage, ob diese Referenz zu Unrecht nicht anerkannt wurde, nicht näher zu prüfen.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 10.02.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 10.02.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Ausscheidungsentscheidung; mangelnde Referenz als Mitglied einer ARGE; techn. Leistungsfähigkeit an sich gegeben;

Zuletzt aktualisiert am

20.05.2011

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at