

TE Verg Bescheid 2009/9/17 VKS-3732/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.09.2009

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §22 Abs2

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs6

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BvergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §68 Abs1 Z7

BVergG 2006 §70

BVergG 2006 §75

BVergG 2006 §112

BVergG 2006 §127

BVergG 2006 §128

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §345

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 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 112 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 112 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 127 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 128 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 128 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012

4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008

7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationsarbeiten für die KD09GE4, KD10GE3, 4, 5, KD11GE5,

KD12GE5 und KD17GE1, Ausschreibungsnummer LV/WW/DT/HT-BEZ-1-23-GAWA-LTV, durch die Stadt Wien, Wiener Wohnen, Direktion Technik, Doblhoffgasse 6, 1080 Wien, vertreten durch schwarz und huber medek, Rechtsanwälte OEG in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Entscheidung der Auftraggeberin vom 8.4.2009, die Angebote der Antragstellerin für die Gebietsteile (Lose) KD09GE4, KD10GE3, 4, 5, KD11GE5, KD12GE5 und KD17GE1 vom gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschneiden (Ausscheidungsentscheidung), für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 28.4.2009 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. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20 Abs. 1, 22 Abs. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 31 Abs. 6, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z. 16 lit. a. sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 4, 12 Abs. 1 Z 3, 68 Abs. 1 Z 7, 70, 75, 112, 127, 128, 129, 131, 345 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, Absatz eins, 22, Absatz 2, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 31, Absatz 6, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a., 3 Absatz eins, Ziffer 2, 4, 12, Absatz eins, Ziffer 3, 68, Absatz eins, Ziffer 7, 70, 75, 112, 127, 128, 129, 131, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationsarbeiten in den von ihr in allen 23 Wiener Bezirken verwalteten Wohnhausobjekten. Es handelt sich um die Vergabe von Bauaufträgen im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren. Die Ausschreibung wurde im Amtsblatt der EU am 10.2.2007, Zl. 2007/S29-034850 sowie am 15.2.2007 im Amtsblatt der Stadt Wien bekannt gemacht. Die Rahmenverträge sollen für die Dauer von drei Jahren mit der Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre abgeschlossen werden. Die Antragsgegnerin ist in Kundendienstzentren (KD) unterteilt, die ihrerseits in jeweils mehrere Gebietseinheiten (GE) gegliedert sind. Die einzelnen Gebietseinheiten, denen jeweils ein Wohnhausbestand eindeutig zugeordnet ist, bilden Lose des Gesamtvorhabens. Den Bietern stand es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose anzubieten. Einziges Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis“. Das Ende der Angebotsfrist war, nach mehrfachen, ordnungsgemäß kundgemachten Berichtigungen (14.3.2007, 28.3.2007, 7.5.2007 und 11.5.2007) letztlich der 25.5.2007, 9.00 Uhr. Die Angebotseröffnung erfolgte anschließend. Unter mehreren Bewerbern hat sich auch die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt und unter anderem Angebote für die sieben, im Spruch genannten Gebietseinheiten gelegt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurden ihre Angebote bezüglich dieser Gebietseinheiten als jene mit dem jeweils niedrigsten Preis verlesen.

Im Zuge der Angebotsprüfung wurde die Antragstellerin zu den von ihr gelegten Referenznachweisen mehrfach von der Antragsgegnerin um Aufklärung und ergänzende Angaben ersucht.

Mit Schreiben vom 12.12.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, die sieben von der Antragstellerin gelegten Angebote auszuschneiden (erste Ausscheidungsentscheidung). Als Gründe für diese Entscheidung wurde ausgeführt, dass die von der Antragstellerin genannte Gesamtreferenzsumme falsch sei, Referenzen teilweise nicht anerkannt werden könnten, wodurch die benötigte Referenzsumme nicht erreicht worden sei, die Antragstellerin sich falscher Erklärungen schuldig gemacht habe und Angaben zu den Referenzen einer nachvollziehbaren Erklärung entbehren würden.

Gegen diese (erste) Ausscheidungsentscheidung hat sich die Antragstellerin mit Nichtigkeitsantrag vom 3.1.2008 gewandt und vorgebracht, die Nichtanerkennung von Referenzen sei zu Unrecht erfolgt, sie habe die hinsichtlich der sieben gelegten Angebote nachzuweisende Gesamtreferenzsumme in ausreichendem Ausmaße erbracht.

In dem zu VKS – 3/08 geführten Nachprüfungsverfahren wurde schließlich die Zuschlagsentscheidung vom 21.12.2007 für nichtig erklärt, wobei vom Vergabekontrollsenat im Wesentlichen angenommen wurde, dass die von der Antragstellerin gelegten Referenzen mangelhaft, nicht nachvollziehbar bzw. teilweise überhaupt nicht geprüft worden

sind. Im übrigen kann auf diesen, den Parteien zugewandten Aufhebungsbescheid verwiesen werden.

Daraufhin hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren fortgesetzt und die Antragstellerin mit Schreiben vom 25.3.2008 aufgefordert, „die für private Auftraggeber erbrachten Referenzen durch Übermittlung ausschreibungskonformer Auftraggeberbescheinigungen nachzuweisen und, sofern diese nicht erhältlich seien, bekannt zu geben, wann die Antragstellerin mit wem vom jeweiligen privaten Auftraggeber gesprochen habe und warum die Auftraggeberbestätigung im jeweiligen Einzelfall verweigert worden sei“. Weiters wurde um die Vorlage von gelegten Rechnungen sowie Zahlungsbestätigungen über die bereits bekannt gegebenen Referenzprojekte ersucht. In der Folge hat sich die von der Antragsgegnerin wieder aufgenommene Prüfung der Referenzen mit mehrmaligem Schriftsatzwechsel und Durchführung von Bietergesprächen bis Ende März 2009 hingezogen.

Mit Schreiben vom 8.4.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, neuerlich zu beabsichtigen, die sieben, von der Antragstellerin gelegten Angebote auszuschneiden. Folgende Gründe werden von der Antragsgegnerin für die Ausscheidungsentscheidung angeführt:

„Gründe für das Ausscheiden:

Insbesondere hat sich im Zuge der Angebotsprüfung herausgestellt, dass die Bieterin nicht leistungsfähig ist; dies deshalb, weil sie die geforderte Referenzsumme nicht nachweisen kann. Aufgrund der durchgeführten Angebotsprüfung sind wir weiters zur vollen Überzeugung gelangt, dass die Bieterin bzw. deren Machthaber im Rahmen der beruflichen Tätigkeit schwere Verfehlungen begangen haben; insbesondere steht der hinreichend substantiierte Verdacht im Raum, dass Mitarbeiter von Wiener Wohnen dazu genötigt werden sollten, Aufträge rechtswidrigerweise an die Bieterin zu vergeben. Beim Angebot, während des Angebotsprüfungsverfahrens bzw. während des Aufklärungsgesprächs hat sich die Bieterin überdies in erheblichem Ausmaß falscher Erklärungen schuldig gemacht bzw. die verlangten Auskünfte und Nachweise nicht (oder: nicht fristgerecht) erteilt. Das Angebot widerspricht überdies mehrfach der Ausschreibung. Die angebotenen Preise sind unangemessen und unplausibel. Die von der Bieterin erteilten Aufklärungen waren in vielen Fällen unvollständig bzw. entbehren schlicht einer nachvollziehbaren Begründung. Aus diesen Gründen konnte keine andere Entscheidung getroffen werden.“

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 21.4.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die Gesamtreferenzsumme, die sie mit ihren sieben gelegten Angeboten nachzuweisen gehabt hätte, habe Euro 12.520.000,-- betragen. Tatsächlich habe die Antragstellerin Referenznachweise über Euro 14.630.000,-- erbracht. Die Nichtanerkennung von Referenzen sei abermals zu Unrecht erfolgt. Die Antragstellerin habe beginnend ab 25.3.2008 (erstes Aufforderungsschreiben nach Nichtigklärung der ersten Ausscheidungsentscheidung) allen Aufklärungsersuchen und Aufforderungen der Antragsgegnerin bezüglich der Referenznachweise entsprochen. Im Zuge dieser Nachfragen betreffend die Referenzen habe die Antragsgegnerin mehrfach Referenzen in Zweifel gezogen, die sie bereits im ersten Nachprüfungsverfahren anerkannt habe. Erstmals mit Schreiben vom 18.11.2008 habe die Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung die Antragstellerin mit Bedenken hinsichtlich der Preisangemessenheit konfrontiert und um Aufklärung für alle im Leistungsverzeichnis mit „W“ gekennzeichneten Positionen ersucht und die Antragstellerin aufgefordert, damit im Zusammenhang stehende Nachweise sowie um Aufklärung von „Material“ im K 4 – Blatt der LG 64, um die Vorlage von weiteren K 4 – bzw. K 7 – Blättern und um Nachweise und Gutachten zu bestimmten in Bieterlücken angebotenen Produkten ersucht. Dabei habe es sich um ca. 170 „W-Positionen“ gehandelt. Schließlich hätten am 21.1.2009, 12.2.2009 und 3.3.2009 „Bietergespräche“ stattgefunden, wobei es bei den drei Bietergesprächen der Antragsgegnerin offensichtlich weniger darum gegangen sei, Aufklärung zu Unklarheiten bzw. Mängeln im Angebot zu erhalten, sondern wie in einem Gerichtsverfahren einzelne Personen voneinander unabhängig zu vernehmen und ihnen zu bereits vorbereiteten, jedoch vorab nicht übermittelten Fragen, präzise Antworten ad hoc abzuverlangen. Durch dieses Vorgehen habe die Auftraggeberin wesentliche vergaberechtliche Vorschriften der Angebotsprüfung verletzt. Nach § 126 Abs. 1 BVergG 2006 sei bei Unklarheiten oder Angebotsmängeln vom Bieter eine verbindliche, schriftliche Aufklärung zu verlangen. § 127 BVergG 2006 sehe zwar auch Aufklärungsgespräche und Erörterungen vor, diese seien jedoch thematisch beschränkt auf das Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie von Auskünften, die zur Prüfung der Preisangemessenheit und zu Fragen betreffend Alternativangeboten erforderlich sind. Weiters sehe § 129 Abs. 2 BVergG vor, dass der Auftraggeber

Angebote von Bietern ausscheiden könne, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehren. Eine systematische Interpretation der §§ 126, 127 und 129 Abs. 2 BVergG 2006 ergebe daher, dass Angebote, die mit behebbaren Mängeln behaftet sind, nur dann ausgeschieden werden dürfen, wenn dem Bieter schriftlich unter Fristsetzung die Möglichkeit zur Mängelbehebung eingeräumt wurde und der Bieter die Mängel nicht fristgerecht behoben habe. Gleiches gelte für die Aufklärung von (erklärungsbedürftigen) Preisen im Zuge der vertieften Angebotsprüfung. In der Einladung zum ersten Bietergespräch habe es die Auftraggeberin unterlassen, die aufzuklärenden Fragen bekannt zu geben. Sie habe lediglich „grob die Themenbereiche“ angeführt, nicht jedoch bekannt gegeben, welche Fragen sie genau stellen werde. Auch wie das Bietergespräch geführt worden sei, entspreche nicht vergaberechtlichen Vorgaben. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 21.4.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die Gesamtreferenzsumme, die sie mit ihren sieben gelegten Angeboten nachzuweisen gehabt hätte, habe Euro 12.520.000,-- betragen. Tatsächlich habe die Antragstellerin Referenznachweise über Euro 14.630.000,-- erbracht. Die Nichtanerkennung von Referenzen sei abermals zu Unrecht erfolgt. Die Antragstellerin habe beginnend ab 25.3.2008 (erstes Aufforderungsschreiben nach Nichtigklärung der ersten Ausscheidungsentscheidung) allen Aufklärungsersuchen und Aufforderungen der Antragsgegnerin bezüglich der Referenznachweise entsprochen. Im Zuge dieser Nachfragen betreffend die Referenzen habe die Antragsgegnerin mehrfach Referenzen in Zweifel gezogen, die sie bereits im ersten Nachprüfungsverfahren anerkannt habe. Erstmals mit Schreiben vom 18.11.2008 habe die Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung die Antragstellerin mit Bedenken hinsichtlich der Preisangemessenheit konfrontiert und um Aufklärung für alle im Leistungsverzeichnis mit „W“ gekennzeichneten Positionen ersucht und die Antragstellerin aufgefordert, damit im Zusammenhang stehende Nachweise sowie um Aufklärung von „Material“ im K 4 – Blatt der LG 64, um die Vorlage von weiteren K 4 – bzw. K 7 – Blättern und um Nachweise und Gutachten zu bestimmten in Bieterlücken angebotenen Produkten ersucht. Dabei habe es sich um ca. 170 „W-Positionen“ gehandelt. Schließlich hätten am 21.1.2009, 12.2.2009 und 3.3.2009 „Bietergespräche“ stattgefunden, wobei es bei den drei Bietergesprächen der Antragsgegnerin offensichtlich weniger darum gegangen sei, Aufklärung zu Unklarheiten bzw. Mängeln im Angebot zu erhalten, sondern wie in einem Gerichtsverfahren einzelne Personen voneinander unabhängig zu vernehmen und ihnen zu bereits vorbereiteten, jedoch vorab nicht übermittelten Fragen, präzise Antworten ad hoc abzuverlangen. Durch dieses Vorgehen habe die Auftraggeberin wesentliche vergaberechtliche Vorschriften der Angebotsprüfung verletzt. Nach Paragraph 126, Absatz eins, BVergG 2006 sei bei Unklarheiten oder Angebotsmängeln vom Bieter eine verbindliche, schriftliche Aufklärung zu verlangen. Paragraph 127, BVergG 2006 sehe zwar auch Aufklärungsgespräche und Erörterungen vor, diese seien jedoch thematisch beschränkt auf das Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie von Auskünften, die zur Prüfung der Preisangemessenheit und zu Fragen betreffend Alternativangeboten erforderlich sind. Weiters sehe Paragraph 129, Absatz 2, BVergG vor, dass der Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden könne, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehren. Eine systematische Interpretation der Paragraphen 126, 127 und 129 Absatz 2, BVergG 2006 ergebe daher, dass Angebote, die mit behebbaren Mängeln behaftet sind, nur dann ausgeschieden werden dürfen, wenn dem Bieter schriftlich unter Fristsetzung die Möglichkeit zur Mängelbehebung eingeräumt wurde und der Bieter die Mängel nicht fristgerecht behoben habe. Gleiches gelte für die Aufklärung von (erklärungsbedürftigen) Preisen im Zuge der vertieften Angebotsprüfung. In der Einladung zum ersten Bietergespräch habe es die Auftraggeberin unterlassen, die aufzuklärenden Fragen bekannt zu geben. Sie habe lediglich „grob die Themenbereiche“ angeführt, nicht jedoch bekannt gegeben, welche Fragen sie genau stellen werde. Auch wie das Bietergespräch geführt worden sei, entspreche nicht vergaberechtlichen Vorgaben.

Im zweiten Bietergespräch vom 12.2.2009 sei *** (nach neuerlicher Wahrheitserinnerung) zu 57 vorab festgelegten Fragen, größtenteils vom beigezogenen Sachverständigen zur Preisgestaltung bzw. Angebotskalkulation „einquartiert“ worden, ohne dass die Fragen vorab übermittelt worden wären. Naturgemäß habe *** einen Teil der Fragen „ad hoc“ nicht beantworten könne. Zu vielen Fragen sei daher die Nachlieferung von Informationen zugesagt und diese mit Schreiben der Antragstellerin am 25.2.2009 übermittelt worden.

Am 3.3.2009 habe das letzte Bietergespräch stattgefunden, an dem die Antragstellerin mit einem von ihr beigezogenen

Sachverständigen teilgenommen habe. „Nach längerer Diskussion ... sei es der Auftraggeberin plötzlich nicht mehr notwendig" erschienen, „die Fragen zur Preisangemessenheit mündlich zu stellen und ad hoc beantworten zu lassen". Es wurden der Antragstellerin die restlichen Fragen schriftlich zur Beantwortung übermittelt und von ihr mit Schreiben vom 11.3.2009 beantwortet. Im Bietergespräch selbst wurden Fragen zur beruflichen Zuverlässigkeit gestellt, obwohl Aufklärungsgespräche über dieses Thema unzulässig wären. Die meisten der gestellten Fragen hätten letztlich nicht der Erörterung von Fragen zur beruflichen Zuverlässigkeit, sondern „dem Einholen von näheren Auskünften zu den Anschuldigungen, welche die Auftraggeberin in einer Anzeige an die Staatsanwaltschaft gegen unbekannte Täter am 4.6.2008 erhoben hatte", gedient. Gegen Ende des Gespräches vom 3.3.2009 habe die Antragsgegnerin die Fortsetzung des Aufklärungsgespräches „unzulässigerweise" mit der Geschäftsführerin der Antragstellerin, die sich jedoch im Krankenstand befunden hätte, verlangt. Obwohl die für die Antragstellerin beim Bietergespräch anwesenden Personen versichert hätten, sämtliche Auskünfte zur beruflichen Zuverlässigkeit der Antragstellerin geben zu können, habe die Antragsgegnerin dieses Gespräch ohne weitere Befragung beendet.

Schließlich sei am 8.4.2009 die gegenständlich angefochtene Ausscheidungsentscheidung eingelangt. Diese werde mit dem vorliegenden Nichtigerklärungsantrag bekämpft, da die Antragstellerin durch die Ausscheidung ihres Angebotes in ihrem Recht auf Nichtausscheidung, gesetzmäßige Vergabe, Zuschlagsentscheidung zu Gunsten ihres Angebotes und Erteilung des Zuschlages zu Gunsten ihres Angebotes, allenfalls auch im Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und damit im Recht auf Teilnahme an einem neuen Vergabeverfahren verletzt sei.

Die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung erblickt die Antragstellerin insbesondere darin, dass die Prüfung und Beurteilung ihrer Angebote von einem Mitarbeiter der Antragsgegnerin vorgenommen worden sei, gegen den „nach dem Wissensstand der Antragstellerin derzeit im Zusammenhang mit dieser Ausschreibung ein Strafverfahren" anhängig sei. Es liege daher der Befangenheitsgrund des § 7 Abs. 1 Z 3 AVG vor. Die Voreingenommenheit dieses Mitarbeiters lasse sich aus der Art und Weise der Angebotsprüfung ganz klar erkennen, sie setze sich in der Qualität der Begründung der angefochtenen Ausscheidungsentscheidung fort, weil dieser nicht einmal mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen sei, aus welchen Gründen die Antragstellerin nun konkret ausgeschieden worden ist. Die in der Ausscheidungsentscheidung angeführten Gründe lägen jedenfalls nicht vor. Insbesondere könne keine Rede davon sein, dass die Antragstellerin „im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, begangen hat, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurden". Ein Ausschlussgrund sei nicht gegeben. Die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung erblickt die Antragstellerin insbesondere darin, dass die Prüfung und Beurteilung ihrer Angebote von einem Mitarbeiter der Antragsgegnerin vorgenommen worden sei, gegen den „nach dem Wissensstand der Antragstellerin derzeit im Zusammenhang mit dieser Ausschreibung ein Strafverfahren" anhängig sei. Es liege daher der Befangenheitsgrund des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 3, AVG vor. Die Voreingenommenheit dieses Mitarbeiters lasse sich aus der Art und Weise der Angebotsprüfung ganz klar erkennen, sie setze sich in der Qualität der Begründung der angefochtenen Ausscheidungsentscheidung fort, weil dieser nicht einmal mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen sei, aus welchen Gründen die Antragstellerin nun konkret ausgeschieden worden ist. Die in der Ausscheidungsentscheidung angeführten Gründe lägen jedenfalls nicht vor. Insbesondere könne keine Rede davon sein, dass die Antragstellerin „im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, begangen hat, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurden". Ein Ausschlussgrund sei nicht gegeben.

Soweit die Antragsgegnerin behaupte, dass die geforderte Referenzsumme nicht nachgewiesen worden sei, sei zunächst darauf zu verweisen, dass sie mit Schreiben vom 14.4.2008 jedenfalls Referenzprojekte in Höhe von Euro 7.066.363,76 anerkannt habe. Zusätzlich habe die Antragstellerin unterfertigte Referenzbestätigungen für Referenzprojekte im Ausmaß von Euro 3.727.886,44 nachgewiesen. Falls der Antragstellerin – insbesondere bei kleineren Referenzen – nicht möglich und zumutbar gewesen sei, fremd unterfertigte Referenzbestätigungen vorzulegen, habe sie gemäß § 75 Abs. 2 letzter Satz BVergG 2006 (in Übereinstimmung mit der Rechtsansicht des Vergabekontrollsenates) für diese Referenzprojekte im Ausmaß von zumindest Euro 1.851.987,96 Eigenbestätigungen vorgelegt. Daraus ergebe sich eine von der Antragstellerin im zweiten Teil des Vergabeverfahrens nachgewiesene Referenzsumme von Euro 12.988.847,24. Damit sei die geforderte Mindestreferenzsumme von Euro 12.520.000,-- eindeutig überschritten. Soweit die Antragsgegnerin behaupte, dass die geforderte Referenzsumme nicht nachgewiesen worden sei, sei zunächst darauf zu verweisen, dass sie mit Schreiben vom 14.4.2008 jedenfalls

Referenzprojekte in Höhe von Euro 7.066.363,76 anerkannt habe. Zusätzlich habe die Antragstellerin unterfertigte Referenzbestätigungen für Referenzprojekte im Ausmaß von Euro 3.727.886,44 nachgewiesen. Falls der Antragstellerin – insbesondere bei kleineren Referenzen – nicht möglich und zumutbar gewesen sei, fremd unterfertigte Referenzbestätigungen vorzulegen, habe sie gemäß Paragraph 75, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2006 (in Übereinstimmung mit der Rechtsansicht des Vergabekontrollsenates) für diese Referenzprojekte im Ausmaß von zumindest Euro 1.851.987,96 Eigenbestätigungen vorgelegt. Daraus ergebe sich eine von der Antragstellerin im zweiten Teil des Vergabeverfahrens nachgewiesene Referenzsumme von Euro 12.988.847,24. Damit sei die geforderte Mindestreferenzsumme von Euro 12.520.000,-- eindeutig überschritten.

Soweit die Antragsgegnerin behaupte, die Antragstellerin habe sich in erheblichem Ausmaß falscher Erklärungen schuldig gemacht, mutmaße die Antragstellerin, dass es sich um jene Referenzprojekte handeln könnte, bei denen nach Ansicht der Auftraggeberin keine Arbeiten in bewohnten, mehrgeschossigen Wohnhausanlagen erbracht wurden. Bei der Frage der Anerkennungsfähigkeit dieser Referenzen handle es sich um eine Auslegungs- und letztlich Rechtsfrage, sodass falsche Erklärungen im erheblichen Ausmaß der Antragstellerin nicht angelastet werden könnten.

Wenn die Auftraggeberin behauptet, die Antragstellerin hätte Auskünfte und Nachweise nicht fristgerecht erteilt, sei unklar, welche Versäumnisse hier vorliegen sollten. Die Antragstellerin habe stets Aufklärungsfristen eingehalten und sämtliche abgeforderten Erklärungen und Nachweise geliefert. Der behauptete Ausscheidungsgrund liege daher nicht vor.

Sofern die Antragsgegnerin pauschal behaupte, dass das Angebot mehrfach der Ausschreibung widerspreche, sei dies unrichtig, weil die Antragstellerin ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben habe. Auch der Standpunkt der Antragsgegnerin, die angebotenen Preise wären unangemessen und unplausibel, sei unrichtig. Eine vertiefte Angebotsprüfung habe diesbezüglich in vergaberechtlich einwandfreier Art und Weise nicht stattgefunden, aus der Begründung in der Ausscheidungsentscheidung sei nicht ableitbar, welche Aufklärungen nicht nachvollziehbar gewesen sein sollten. Zusammenfassend vertritt die Antragstellerin die Ansicht, dass die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründe nicht vorliegen würden.

Sollte die Antragstellerin die Aufträge nicht erhalten, drohe ihr ein Schaden von über Euro 2.800.000,-- (entgangener Gewinn bzw. Verlust des Deckungsbeitrages, einschließlich der Regiegemeinkosten, Kosten der Angebotslegung) zu entstehen. Dazu käme noch der Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 28.4.2009 erlassen. Die Dauer der Wirksamkeit dieser einstweiligen Verfügung wurde zuletzt mit Bescheid vom 27.8.2009 verlängert. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieser den Parteien zugekommenen Bescheide verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 5.5.2009 hat die Antragsgegnerin begehrt, den Nichtigerklärungsantrag der Antragstellerin als unzulässig zurückzuweisen, in eventu als unbegründet abzuweisen und in der Sache ausgeführt, sie hätte der Antragstellerin die Gründe für das Ausscheiden ihres Angebotes unter Angabe der bezughabenden Gesetzesstellen bekannt gegeben. Der Nachprüfungsantrag wende sich nun aber nicht gegen alle der bekannt gegebenen Ausscheidungsgründe, so blieben insbesondere die Ausscheidungsgründe der „unplausiblen Preisbildung“ sowie der „nicht nachvollziehbaren Begründung“ unbekämpft. Der Nachprüfungsantrag sei „daher schon deshalb unzulässig, weil taugliche Ausscheidungsgründe unbekämpft geblieben sind. Hinsichtlich dieser Ausscheidungsgründe sei die Ausscheidungsentscheidung daher bindend und unanfechtbar geworden“.

Nach Darstellung des bisherigen Ganges des Vergabeverfahrens führt die Antragsgegnerin zur Angebotsprüfung ab der Entscheidung des Vergabekontrollsenates vom 13.3.2008, VKS – 3/08, aus, dass die Prüfung des Angebotes der Antragstellerin fortgesetzt worden sei. Aufgrund der mehr als 10.000 Referenzen, welche die Antragstellerin genannt habe, hätte die Antragsgegnerin für die Referenzprüfung eine möglichst ressourcenschonende Vorgangsweise wählen müssen. Es sei daher von ihr „von oben nach unten“ geprüft worden. Dies bedeute, dass sie zunächst von der Fiktion ausgegangen sei, dass alle genannten Referenzen tauglich sind. Von der genannten Referenzsumme hätte sie in weiterer Folge jene Referenzvolumina abgezogen, die nach eingehender Prüfung erwiesenermaßen nicht anererkennungsfähig waren. Die Prüfung hätte die Antragstellerin abgebrochen „als das geforderte Referenzvolumen von Euro 12.520.000,-- um mehr als Euro 613.259,-- unterschritten war (und also ein Erreichen des Schwellenwertes ausgeschlossen werden konnte)“. Dies bedeute jedoch nicht, dass die Antragstellerin ein Referenzvolumen von Euro

11.906.741,-- erfüllt habe. Viele der restlichen Referenzen (von denen sich hunderte auf Kleinstaufträge beziehen) hätten bislang nicht geprüft werden können. Die Antragstellerin habe die Prüfung eben unterbrochen, als klar gewesen sei, dass die Antragstellerin das geforderte Referenzvolumen nicht erreichen könne.

Sodann stellt die Antragsgegnerin den weiteren Ablauf des Prüfverfahrens für den Zeitraum vom 25.3.2008 bis zur angefochtenen Ausscheidungsentscheidung vom 8.4.2009 im Detail dar. Abschließend führt sie dazu aus, auf der Basis der vorgenommenen Erhebungen, der von der Antragstellerin gemachten „Aufklärungen“, der Bietergespräche und der von der Kommission dabei gewonnenen Eindrücke sowie einer sachverständigen Beurteilung jener Kalkulation, die dem Angebot zugrunde liege, sei am 3.4.2009 die Bewertungskommission zusammengetreten und sei einstimmig zum Ergebnis gelangt, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werden müsse. Dies zum einen deshalb, weil die technische Leistungsfähigkeit infolge des deutlichen Unterschreitens der vorgegebenen Referenzsumme nicht gegeben sei, zum anderen weil festgestellt wurde, dass der Angebotspreis „unterpreisig“ sei. Der von ihr beigezogene Sachverständige habe festgestellt, dass der Angebotspreis nicht plausibel zusammengesetzt sei, dass mit anderen Produkten kalkuliert wurde, als im Angebot angegeben und dass nicht ordnungsgemäß und nachvollziehbar aufgeklärt worden sei. Schließlich habe die Bewertungskommission auch die mangelnde berufliche Zuverlässigkeit nachweislich festgestellt.

Entschieden bestritten werde, dass beim Mitarbeiter der Antragsgegnerin, der den gegenständlichen Vergabevorgang abgewickelt habe, eine allfällige Befangenheit vorliegen könnte. Die Bestimmung des § 7 AVG sei auf diesen Mitarbeiter jedenfalls nicht anwendbar. Entschieden bestritten werde, dass beim Mitarbeiter der Antragsgegnerin, der den gegenständlichen Vergabevorgang abgewickelt habe, eine allfällige Befangenheit vorliegen könnte. Die Bestimmung des Paragraph 7, AVG sei auf diesen Mitarbeiter jedenfalls nicht anwendbar.

Die von der Antragstellerin behauptete fehlerhafte Begründung der Ausscheidungsentscheidung liege nicht vor, die Verständigung „übererfülle“ die Anforderungen des § 129 Abs. 3 BVergG 2006. Es seien darin nicht bloß die Gründe für das Ausscheiden, sondern auch die Bezug habenden Gesetzesstellen angeführt. Die von der Antragstellerin behauptete fehlerhafte Begründung der Ausscheidungsentscheidung liege nicht vor, die Verständigung „übererfülle“ die Anforderungen des Paragraph 129, Absatz 3, BVergG 2006. Es seien darin nicht bloß die Gründe für das Ausscheiden, sondern auch die Bezug habenden Gesetzesstellen angeführt.

Zur Prüfung der Referenzen bringt schließlich die Antragsgegnerin im Detail vor, dass Punkt 2.10e der Vergabeverfahrensbestimmungen fordere, dass ein Bieter in den letzten drei Jahren „Leistungen ... in bewohnten, mehrgeschossigen Wohnhausanlagen erbracht hat“. Die Antragstellerin hätte für die von ihr angebotenen Lose ein Referenzvolumen von Euro 12.520.000,-- nachzuweisen gehabt. Die Antragstellerin habe zahlreiche, über 10.000 Referenzen (davon auch Kleinstreferenzen) geltend gemacht. Zahlreiche der von ihr genannten Referenzen wären aber nicht „in bewohnten, mehrgeschossigen Wohnhausanlagen“ erbracht worden. Das Referenzanfordernis der „bewohnten, mehrgeschossigen Wohnhausanlagen“ sei bestandfest geworden, sein normativer Inhalt ergebe sich aus dem spezifischen Wortlaut und den Bestimmungen der Wiener Bauordnung. Die Antragstellerin hätte jedoch auch Referenzprojekte betreffend Amtshäuser, Hotels, Museen, Schulen, Kindergärten, Einfamilienhäuser und Schrebergartenhäuser beigebracht, die den bestandfest gewordenen Referenzanforderungen jedoch nicht genügen würden.

Nach den Vergabeverfahrensbestimmungen (Punkt 2.10e) war festgelegt, in welcher Form die Referenzbestätigungen zu erbringen gewesen sind. Trotz dieser Festlegungen habe die Antragstellerin vielfach nicht belegte bzw. nicht ordentlich belegte Referenzprojekte genannt. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang ausführt, sie könne zahlreiche Referenzen durch Eigenerklärungen ersetzen, sei auf die Bestimmung des § 75 Abs. 2 BVergG 2006 zu verweisen, wonach Eigenerklärungen nur dann ausgestellt werden könnten, „falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist“. Nach den Vergabeverfahrensbestimmungen (Punkt 2.10e) war festgelegt, in welcher Form die Referenzbestätigungen zu erbringen gewesen sind. Trotz dieser Festlegungen habe die Antragstellerin vielfach nicht belegte bzw. nicht ordentlich belegte Referenzprojekte genannt. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang ausführt, sie könne zahlreiche Referenzen durch Eigenerklärungen ersetzen, sei auf die Bestimmung des Paragraph 75, Absatz 2, BVergG 2006 zu verweisen, wonach Eigenerklärungen nur dann ausgestellt werden könnten, „falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist“.

Wenn die Antragstellerin vorbringe, dass das von der Antragsgegnerin durchgeführte kontradiktorische Verfahren

rechtswidrig sei, treffe dies nicht zu, weil dieses Verfahren erst dann von der Auftraggeberin durchgeführt worden sei, als die mehrfach eingeleiteten Aufklärungsschritte nicht zum Erfolg geführt hätten. Dies sei Anlass und Grund für die Abhaltung von Bietergesprächen gewesen. Abschließend hält die Antragsgegnerin fest, dass sie „knapp ein Dutzend mal“ versucht habe, die Antragstellerin zu einer präzisen, hinreichenden und fehlerfreien Aufklärung zu bewegen. Die Antragstellerin habe diese Aufklärung jedoch nicht geben wollen, im Zuge der Bietergespräche geforderte Aufklärungen sogar ausdrücklich verweigert. Da eine ausreichende Aufklärung nicht gegeben worden sei, folge die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin zu Recht.

Diesem Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 13.7.2009 entgegnet und im Wesentlichen ihr bereits bekanntes Vorbringen wiederholt und ausgebaut. Zu der von der Antragsgegnerin geltend gemachten Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages weist sie darauf hin, dass dies aktenwidrig sei, weil sie bereits im einleitenden Schriftsatz ohnedies auf die „unplausible Preisbildung“ und „nicht nachvollziehbare Begründung“ eingegangen sei.

Zu den Referenzen nimmt sie ausführlich Stellung, wobei sie dabei der in der Anlage „A“ zum Prüfbericht der Auftraggeberin festgelegten Reihenfolge der angeführten Referenzen folgt. Sie macht zunächst geltend, dass der Begriff „Wohnhausanlagen“ in der Bauordnung nicht näher definiert sei. Es sei jedenfalls davon auszugehen, dass Wohnhausanlagen überwiegend zu Wohnzwecken genützt werden müssen. Soweit sich die Antragsgegnerin auf die OIB-Richtlinien beziehe, seien diese im Zeitpunkt der Angebotslegung in Wien noch nicht für verbindlich erklärt worden. Mangels einer näheren Definition der Wohnhausanlage in der Ausschreibung und in gesetzlichen Bestimmungen sei es daher unzulässig, wenn die Auftraggeberin nachträglich ihre Ausschreibung im denkbar engsten Wortsinn interpretiert. Vielmehr sei der Begriff der „Wohnhausanlage“ in Kontext mit dem Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zu lesen. Dabei mache es keinen Unterschied, ob ein Bieter die Leistungen in einem Objekt, das überwiegend zu Wohnzwecken oder nicht überwiegend zu Wohnzwecken genutzt wird, erbracht hat. Bei den strittigen Referenzen der Antragstellerin seien jedoch keine Objekte enthalten, die ausschließlich zu Nicht-Wohnzwecken genutzt werden. Sodann nimmt sie in ihrem Schriftsatz (***) zu einzelnen Referenzen Stellung und stellt dar, warum es sich ihrer Ansicht nach um anzuerkennende Referenzen handelt, wie etwa beim ***. Soweit es sich bei Referenzen um Einfamilienhäuser handle, sei die Erbringung von Leistungen in Einfamilienhäusern mit jenen in mehrgeschossigen Wohnhausanlagen durchaus gleichwertig, wozu komme, dass das Wohnhausverzeichnis in der gegenständlichen Ausschreibung zahlreiche Einfamilienhäuser enthalte. Auch bei einem Beherbergungsbetrieb wie dem Objekt „***“ sei auf die durchgeführten Leistungen abzustellen und nicht darauf, ob es sich um eine Wohnhausanlage handelt. Soweit die Antragsgegnerin die Anerkennung einer Gruppe von Referenzen verweigere, weil im Zuge der Aufklärung eine andere als die ursprünglich angegebene Adresse genannt wurde, handle es sich nicht um Neunennungen, sondern nur um die Richtigstellung von Anschriften.

Zur Preisangemessenheit führt die Antragstellerin aus, sie habe nach Abschluss der Angebotsprüfung einen gerichtlich beeideten zertifizierten Sachverständigen mit der Erstellung eines Gutachtens zum Prüfvorgang und zur Frage der Preisangemessenheit ihres Angebotes beauftragt. Dieser Sachverständige sei zum Ergebnis gekommen, dass die angebotenen Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien und iSd § 125 Abs. 4 Z 1 BVerGG 2006 im angebotenen Preis alle wesentlichen Positionen, alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und auch die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar seien. Jene Gutachten, auf die sich die Antragsgegnerin stütze, seien nach dem Gutachten des von der Antragstellerin bestellten Sachverständigen nicht nachvollziehbar und würden gravierende inhaltliche Mängel aufweisen. Unter einem legt die Antragstellerin das von ihr in Auftrag gegebene Gutachten als Beilage zu den Akten. Zur Preisangemessenheit führt die Antragstellerin aus, sie habe nach Abschluss der Angebotsprüfung einen gerichtlich beeideten zertifizierten Sachverständigen mit der Erstellung eines Gutachtens zum Prüfvorgang und zur Frage der Preisangemessenheit ihres Angebotes beauftragt. Dieser Sachverständige sei zum Ergebnis gekommen, dass die angebotenen Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien und iSd Paragraph 125, Absatz 4, Ziffer eins, BVerGG 2006 im angebotenen Preis alle wesentlichen Positionen, alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und auch die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar seien. Jene Gutachten, auf die sich die Antragsgegnerin stütze, seien nach dem Gutachten des von der Antragstellerin bestellten Sachverständigen nicht nachvollziehbar und würden gravierende inhaltliche Mängel aufweisen. Unter einem legt die Antragstellerin das von ihr in Auftrag gegebene Gutachten als Beilage zu den Akten.

Am 16.7.2009 wurde eine mündliche Verhandlung durchgeführt, deren Thema im Wesentlichen die Frage war, ob die

Antragstellerin Referenzen in ausreichendem Maße nachgewiesen hat oder nicht. Im Zuge dieser Verhandlung wurde auch der Begriff „Wohnhausanlage“ diskutiert. Im Zusammenhang damit hat die Antragstellerin ausgeführt, dass in dem den Ausschreibungsunterlagen angeschlossenen Wohnhausverzeichnis der Stadt Wien Objekte enthalten seien, die Räumlichkeit mit gewerblicher Nutzung und Dienstwohnungen aufweisen. Die Antragstellerin habe sich diese Objekte angesehen und danach ihre Referenzen erstellt. Damit habe sie letztlich darauf vertraut, „dass die Antragsgegnerin bei der Referenzbewertung den Begriff Wohnhausanlagen so auslegen werde, wie er sich aus dem Wohnhausverzeichnis ergibt. Beispielsweise sei angeführt, etwa das Objekt *** (eine Ordination und eine Wohnung), *** (ein Restaurant, ein Bücherzentrum, ein Rechtsanwalt und fünf Wohnungen)“. Im Wohnhausverzeichnis seien auch zahlreiche Einfamilienhäuser angeführt. Hätte die Antragstellerin gewusst, dass das Wohnhäuserverzeichnis bei der Referenzbewertung nicht maßgeblich sein sollte, hätte sie für weniger Lose angeboten als sie es getan hat (***). Dazu hat die Antragsgegnerin darauf verwiesen, dass sie im Wohnhausverzeichnis alle in ihrem Bestand befindlichen Objekte angeführt habe. Im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit komme es jedoch nicht auf den Inhalt des Wohnhausverzeichnisses an, sondern auf die Festlegung im Punkt 2.10e der Ausschreibungsunterlagen (***). Die Verhandlung hat mit dem Auftrag an die Antragstellerin geendet, einen Schriftsatz mit konkreter Anführung jener Referenzen, die ihrer Ansicht nach anzuerkennen gewesen wären, zu erstatten und dieser sei sodann von der Antragsgegnerin zu beantworten.

Mit Schriftsatz vom 3.8.2009 hat die Antragstellerin entsprechend dieser prozessleitenden Verfügung einen Schriftsatz erstattet, in dem sie ausführt, dass die Auftraggeberin zum Zeitpunkt der Ausscheidungsentscheidung von einem nachgewiesenen Referenzvolumen von Euro 11.906.740,04 ausgegangen sei. Nach Ansicht der Antragstellerin ist daher lediglich zu prüfen, ob zu Unrecht Referenzen im Wert von Euro 613.259,96 (Differenz zu Euro 12.520.000,--) nicht anerkannt wurden. In diesem Schriftsatz führt sie sodann unter Punkt 2 Referenzprojekte an, die ihrer Ansicht nach anzuerkennen wären, gegliedert nach bewohnten, mehrgeschossigen Wohnhausanlagen, Einfamilienhäuser und anderer gleichwertige Objekte, sonstige Referenzprojekte, ***, Referenzliste „B“ sowie unter Punkt 2.2 ausgewählte Referenzprojekte mit detaillierter Darstellung. Dazu legte sie einen Aktenordner mit detaillierter Darstellung der unter Punkt 2.2 des Schriftsatzes angeführten Referenzprojekte vor.

Dieser Schriftsatz wurde von der Antragsgegnerin ihrerseits mit Schriftsatz vom 18.8.2009 beantwortet und darauf hingewiesen, dass sich etwa in der Gruppe „bewohnte mehrgeschossige Wohnhausanlagen“ Objekte befinden, wie das ***, die ***, das ***, das ***, das ***, in der Gruppe „Einfamilienhäuser und anderer gleichwertige Objekte“ ein *** und die ***, in der Gruppe „Sonstige Referenzprojekte“ ein Gebäude der ***. Zu den „ausgewählten Referenzprojekten mit detaillierter Darstellung“ führt die Antragsgegnerin aus, dass darin insgesamt 52 Referenzprojekte aufgelistet wären, die aus Sicht der Antragstellerin einer detaillierten Darstellung bedürften. Darin seien jedenfalls Objekte enthalten, die nicht als taugliche Referenz gewertet werden könnten, wie etwa die Zentrale der ***, die ***, Reihenhäuser, die ehemalige Zentrale der *** und eine Volksschule ***. Dazu legte auch die Antragsgegnerin eine umfangreiche Beilage, in der im Detail zu den einzelnen von der Antragstellerin geltend gemachten Referenzprojekten Stellung genommen wird, vor.

In einer Replik dazu vom 14.9.2009 wiederholt die Antragstellerin ihre bereits bekannten Ausführungen, insbesondere zur Frage der Referenzanforderungen sowie der nachzuweisenden Referenzsumme.

Diese Replik wurde von der Antragsgegnerin mit Stellungnahme vom 15.9.2009 beantwortet; sie hat sich darin vor allem mit dem von ihr gewählten Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren auseinandergesetzt.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig anzusehen ist, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Gegenäußerung zugestellt wurden, der Vernehmung des Zeugen *** sowie den sonstigen Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 13.3.2008 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Rahmenvertrages für Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationsarbeiten in den von ihr in allen Wiener Bezirken verwalteten Wohnhausobjekten. Es handelt sich um die Vergabe von Bauaufträgen im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren. Die Ausschreibung wurde ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht. Die

Rahmenverträge sollen für die Dauer von drei Jahren mit der Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre abgeschlossen werden. Die Antragsgegnerin ist in Kundendienstzentren (KD) unterteilt, die ihrerseits in jeweils mehrere Gebietseinheiten (GE) gegliedert sind. Die einzelnen Gebietseinheiten, denen jeweils ein Wohnhausbestand eindeutig zugeordnet ist, bilden Lose des Gesamtvorhabens. Den Bietern stand es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose anzubieten. Einziges Kriterium ist der „niedrigste Preis“. Das Ende der Angebotsfrist war, nach mehrfacher Verlängerung, der 25.5.2007, 9.00 Uhr.

Unter anderem hat die Antragstellerin Angebote für die Lose KD 09, GE 4, KD 10, GE 3, 4, 5, KD 11, GE 5, KD 12, GE 5 und KD 17, GE 1 gelegt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurden ihre Angebote bezüglich dieser Gebietseinheiten als jene mit dem jeweils niedrigsten Preis verlesen.

Von den für das Nachprüfungsverfahren bedeutsamen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen sind hervorzuheben:

„Punkt 2.10 Eignung

1. a) Litera a Allgemeines

Als geeignet gelten Unternehmer, die befugt, leistungsfähig und zuverlässig sind. Die Eignungskriterien müssen für jedes angegebene Los und insgesamt für die Summe der angegebenen Lose erfüllt sein".

Im Punkt 2.10 lit. e wird unter der Überschrift „Technische Leistungsfähigkeit" verlangt, dass jeder Bieter nachweisen muss, dass er in den letzten drei Jahren Leistungen über ein Auftragsvolumen, dessen Höhe für die einzelnen Gebietseinheiten der einzelnen Lose (KD) angeführt ist, in bewohnten, mehrgeschossigen Wohnhausanlagen erbracht hat. Die angegebenen Beträge verstehen sich netto ohne USt. Im Punkt 2.10 Litera e, wird unter der Überschrift „Technische Leistungsfähigkeit" verlangt, dass jeder Bieter nachweisen muss, dass er in den letzten drei Jahren Leistungen über ein Auftragsvolumen, dessen Höhe für die einzelnen Gebietseinheiten der einzelnen Lose (KD) angeführt ist, in bewohnten, mehrgeschossigen Wohnhausanlagen erbracht hat. Die angegebenen Beträge verstehen sich netto ohne USt.

„Als Referenzprojekte anerkannt werden nur Projekte, die in den Jahren 2004, 2005 und 2006 ordnungsgemäß abgeschlossen und abgenommen worden sind.

Der Nachweis ist durch Beilage einer Liste der wesentlichen Leistungen mit Angaben des jeweiligen Auftraggebers, der Gesamtleistungssumme pro Auftraggeber, der Gesamtauftragszahl pro Auftraggeber und eines entsprechend auskunftsbereiten Vertreters dieser Auftraggeber samt dessen Kontaktdaten (E-Mail, Telefax und Telefon) zu erbringen.

Auf die Erfordernisse für Referenzen gemäß § 75 Abs. 2 und 3 BVergG wird hingewiesen; eine Amtsbescheinigung bzw. beglaubigte Bescheinigung des öffentlichen Auftraggebers ist nur dann nicht notwendig, wenn es sich bei diesem Auftraggeber um die Stadt Wien – Wiener Wohnen gehandelt hat. Auf die Erfordernisse für Referenzen gemäß Paragraph 75, Absatz 2 und 3 BVergG wird hingewiesen; eine Amtsbescheinigung bzw. beglaubigte Bescheinigung des öffentlichen Auftraggebers ist nur dann nicht notwendig, wenn es sich bei diesem Auftraggeber um die Stadt Wien – Wiener Wohnen gehandelt hat.

Punkt 2.15 Vertragsdauer:

Der Rahmenvertrag ist auf 3 Jahre befristet. Dem Auftraggeber steht das Recht zu, den vorliegenden Rahmenvertrag um weitere 3 (drei) Jahre zu verlängern (Vertragsverlängerungsoption)."

Die Gesamtreferenzsumme für jene Lose, für die die Antragstellerin angeboten hat, beträgt EUR 12,520.000,--.

Die Antragstellerin hat Angebote für insgesamt sieben Lose gelegt, deren Bezeichnung kann dem Spruch dieses Bescheides entnommen werden. Im Zuge der Angebotseröffnung vom 25.5.2007 wurde das Angebot der Antragstellerin zu diesen sieben Losen als jeweils jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen.

Nach umfangreicher Prüfung des Angebotes der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin am 21.12.2007 ihre (erste) Ausscheidungsentscheidung bezüglich dieses Angebotes bekanntgegeben. Die Antragstellerin hat die Ausscheidungsentscheidung rechtzeitig bekämpft, worüber zu VKS – 3/08 ein Nichtigkeitsverfahren abgeführt wurde. In diesem Verfahren wurde mit Bescheid vom 13.3.2008 die angefochtene (erste) Ausscheidungsentscheidung

vom 21.12.2007 für nichtig erklärt, wobei der Vergabekontrollsenat von einer mangelhaften Prüfung vor allem der von der Antragstellerin genannten zahlreichen Referenzen ausgegangen ist.

Mit ihrem Angebot hat die Antragstellerin Referenznachweise über Euro 14.630.000,-

erbracht, wobei es sich um rund 10.000 Referenzen, großteils mit Kleinstbeträgen ab rund Euro 30,- handelt. Nach Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung vom 21.12.2007 hat die Antragsgegnerin ihr Vergabeverfahren fortgesetzt und zunächst die Antragstellerin zur Vorlage von geeigneten und prüfbaren Referenzen aufgefordert. In der Folge hat ein mehrfacher Schriftverkehr zwischen der Antragstellerin bzw. ihrem Rechtsvertreter und der Antragsgegnerin sowie am 21.1.2009, 12.2.2009 und 3.3.2009 Aufklärungsgespräche stattgefunden. Sowohl der Schriftverkehr zwischen den Parteien als auch der Inhalt der Aufklärungsgespräche ist in den Vergabeakten eingehend dokumentiert. Jene Referenzobjekte, deren Anerkennung strittig war, sind der dem Ordner 6, Teil 2 angeschlossenen gebundenen Beilage zu entnehmen. Diese Beilage ist punktwweise nach Referenzobjekten gegliedert und enthält nur jene Referenzobjekte, die von der Antragsgegnerin nicht anerkannt wurden. Bei jedem einzelnen Objekt wird sowohl der, der Antragstellerin gemachte Vorhalt als auch die Stellungnahme der Antragstellerin wieder gegeben und folgt abschließend dazu die Beurteilung der Antragsgegnerin, dass die jeweilige Referenz nicht anerkannt wird.

Von den geltend gemachten Referenzprojekten hat die Antragsgegnerin 98 nicht anerkannt. Dabei handelt es sich um jeweils „große“ Referenzen, weil die Antragsgegnerin bei der Berechnung, ob die Antragstellerin, die für die sieben Lose erforderliche Referenzsumme von Euro 12.520.000,- nachgewiesen hat, derart vorgegangen ist, dass sie, zunächst von der Fiktion ausgegangen ist, dass alle von der Antragstellerin genannten Referenzen im Gesamtbetrag von Euro 14.630.000,- geeignet sind. Von diesem Betrag ausgehend hat die Antragsgegnerin sodann jeweils größere Referenzen geprüft und bei deren Nichteignung diese, von dem von der Antragstellerin genannte Referenzvolumen abgezogen. Diese Vorgangsweise wurde von der Antragsgegnerin solange eingehalten, bis das geforderte Referenzvolumen von Euro 12.520.000,- um Euro 613.259,96 unterschritten war und die Antragstellerin mit den restlichen Referenzen das geforderte Referenzvolumen nicht nachweisen konnte. Dies bedeutet jedoch nicht – wie sich aus den Vergabeakten eindeutig ergibt – dass die Antragstellerin ein Referenzvolumen von Euro 11.906.740,04 erfüllt hätte (gefordertes Referenzvolumen Euro 12.520.000,-, minus Euro 613.259,96). Die restlichen Referenzen wurden von der Antragsgegnerin bisher nicht geprüft, weil die Prüfung von ihr abgebrochen wurde, als erkennbar war, dass die Antragstellerin das geforderte Referenzvolumen nicht erreichen kann.

Bei der Prüfung der Referenzen ist die Antragsgegnerin von der Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen ausgegangen, wonach als Referenzen nur Projekte anerkannt werden konnten, die in den Jahren 2004, 2005 und 2006 ordnungsgemäß abgeschlossen und in bewohnten, mehrgeschossigen Wohnhausanlagen erbracht wurden. So wurden insbesondere alle Referenzen nicht anerkannt, die Leistungserbringungen in Amtshäusern, in Bürohäusern, in Einfamilienhäusern und ähnlichen Wohnobjekten zum Gegenstand hatten. Jedes einzelne Referenzprojekt, das von der Antragsgegnerin nicht anerkannt wurde, wurde der Antragstellerin vorgehalten und ihr Gelegenheit gegeben, dazu begründet Stellung zu nehmen. Diesbezüglich kann nicht nur auf den umfangreichen Schriftverkehr, sondern insbesondere auf die drei Bietergespräche (21.1.2009, 12.2.2009 und 3.3.2009) verwiesen werden. An diesen Bietergesprächen haben die Parteien jeweils im Beisein ihrer Rechtsvertretungen teilgenommen. Gegen Ende der Prüfung des Angebotes der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin auch eine Prüfung im Hinblick auf Preisangemessenheit und Plausibilität vorgenommen, wobei auch in diese Prüfung die Antragstellerin eingebunden war.

Mit Entscheidung vom 8.4.2009 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, neuerlich zu beabsichtigen, deren Angebot auszuschneiden. Als Gründe für das Ausschneiden macht die Antragsgegnerin unter anderem geltend, im Zuge der Angebotsprüfung habe sich herausgestellt, dass die Antragstellerin nicht leistungsfähig sei, weil sie die geforderte Referenzsumme nicht nachweisen konnte.

Die Ausscheidungsentscheidung vom 8.4.2009 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Nichtigklärung derselben ist am 21.4.2009 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat aufgrund des Inhaltes der vorgelegten Vergabeakten sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlungen vom 16.7.2009 und 17.9.2009. Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hat die

Antragstellerin zunächst zugestanden, dass in den von ihr geltend gemachten Gesamtreferenzen von Euro 14.630.000,- - sowohl die Referenz „***“ als auch die Referenzen betreffend Amtshäuser sowie jene Referenzen, die auf der Liste „B“ angeführt sind, enthalten sind. Sie hat zugestanden, wenn die darauf entfallenden Beträge nicht berücksichtigt werden, „komme man auf einen Referenzbetrag von Euro 12.989.125,35.“ Da weiterhin zwischen den Parteien strittig war, welche in der Beilage B angeführten, von der Antragsgegnerin nicht anerkannten Referenzen doch anzuerkennen wären, wurde die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 16.7.2009 aufgefordert, einen Schriftsatz dahingehend zu erstatten, welche Referenzen, die von der Antragsgegnerin nicht anerkannt wurden, ihrer Ansicht nach anzuerkennen gewesen wären. In Erfüllung dieser Aufforderung hat die Antragstellerin einen Schriftsatz samt Beilagen eingebracht, in dem im einzelnen jene Referenzen angeführt werden, die ihrer Ansicht nach als taugliche Referenzen anzuerkennen wären. Darunter befinden sich auch Referenzen betreffend Einfamilienhäuser und andere gleichwertige Objekte, mit einem Gesamtbetrag von Euro 17.898,32, sonstige Referenzprojekte mit einem Wert von Euro 1.587,55, das „***“ mit einem Referenzwert von Euro 480.087,23 sowie die Referenzliste „B“ mit einem Summenwert von Euro 55.530,95 (***). Weiters führt die Antragstellerin darin bewohnte, mehrgeschossige Wohnhausanlagen mit einem Gesamtreferenzwert von Euro 129.373,30 an, unter denen sich das *** das Objekt ***, das *** und das Museum *** und ein Bürohaus (***) befinden. Weiters werden in diesem Schriftsatz unter Pkt. 2.2 ausgewählte Referenzprojekte mit detaillierter Darstellung angeführt (***). Mit diesem Schriftsatz macht die Antragstellerin geltend, dass die in diesem Schriftsatz angeführten Referenzen mit einer Gesamtreferenzsumme von Euro 1.489.251,70 als taugliche Referenzen anzuerkennen wären, weil es sich dabei um Leistungen handelt, die in bewohnten, mehrgeschossigen Wohnhausanlagen erbracht worden sind.

In der mündlichen Verhandlung vom 17.9.2009 hat die Antragstellerin über Aufforderung durch den Senat anzugeben, bei welchen unter den im Schriftsatz vom 3.8.2009 angeführten Referenzen es sich um „Wohnhausanlagen in dem Sinn handelt, dass es Anlagen sind, die aus mehreren Wohnhäusern bestehen und mit Gemeinschaftseinrichtungen bzw. zusätzlichen Flächen udgl. ausgestattet sind, mehrgeschossig sind und überwiegend bewohnt werden“, hat die Antragstellerin erklärt, bei den im Schriftsatz vom 3.8.2009 unter den Nrn. 24 bis 31 (***), Pkt. 3.32, 3.64, 3.76, 3.75, 3.77, 3.34 (***) Pkt. 13, 17, 41 (***) sowie 3.34, 5 (***), 21 und 22 (***) genannten Referenzen „handle es sich insbesondere um Wohnhausanlagen, wie der Begriff auch von der Auftraggeberin verstanden wird“ (***). Weiters hat die Antragstellerin auch noch die unter Pkt. 24 bis 31, 34 angeführten Objekte „als mehrgeschossige Wohnobjekte“ angegeben. Dazu hat die Antragstellerin auf ein umfangreiches Konvolut von Beilagen, betreffend nahezu jedes von ihr im Schriftsatz vom 3.8.2009 als tauglich bezeichnetes Referenzobjekt, verwiesen. Die systematische Ordnung dieser Beilagen orientiert sich an der Zusammenstellung der Ergebnisse der Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin, wie sie mit den Vergabeakten, Ordner 6, vorgelegt worden sind.

Die von der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 3.8.2009 angeführten Referenzen haben einen Gesamtauftragswert von Euro 1.489.251,17. Werden davon die Referenzen betreffend „Einfamilienhäuser und andere gleichwertige Objekte“, „sonstige Referenzprojekte“, „***“ und die Referenzliste „B“ in Abzug gebracht, verbleibt entsprechend den Angaben der Antragstellerin eine Referenzsumme von Euro 934.147,12. Wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird, sind diese *** angeführten Referenzen nicht geeignet als Referenzen im Sinne der Festlegung der Ausschreibung beurteilt zu werden.

Bei keiner der von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 17.9.2009 angegebenen Referenzen handelt es sich, mit Ausnahme der Referenz ***, um eine Wohnhausanlagen dergestalt, dass es sich um Anlagen handelt, die aus mehreren Wohnhäusern bestehen und mit Gemeinschaftseinrichtungen bzw. zusätzlichen Flächen und dergleichen ausgestattet sind. Bei der Referenz *** wird der Begriff „Wohnhausanlage“ von der Antragstellerin in dem Sinn ausgelegt, wie dies auch die Antragsgegnerin tut, indem sie ausführt „die Referenz betrifft ein Objekt in einer städtischen Wohnhausanlage der Stadt Wien“. Es handelt sich dabei um eine bewohnte, mehrgeschossige Wohnhausanlage. Das darin situierte Gebäude des *** ist Bestandteil dieser Wohnhausanlage. Daher ist es irrelevant, ob die Arbeiten konkret in einem mehrgeschossigen oder ebenerdigen Gebäude dieser Wohnhausanlage ausgeführt werden, da sämtliche Bestandteile (Gebäude) zur Wohnhausanlage zu zählen sind. Die Ausschreibung verlangt lediglich Leistungen in bewohnten mehrgeschossigen Wohnhausanlagen, schränkt aber nicht auf Leistungen in mehrgeschossigen bewohnten Gebäuden ein, die Bestandteile einer Wohnhausanlage sind. Diese Ausführungen sind

zutreffend, weshalb der dafür verzeichnete Referenzwert von Euro 6.772,26 anzuerkennen gewesen wäre. Ob es sich bei jenen Objekten, die die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 17.9.2009 (***) als Wohnhausanlagen und damit als taugliche Referenzen geltend machte handelt, ist im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zu klären.

In der 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 im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Rahmenvertrages über die Durchführung von Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationsarbeiten bezüglich der im Spruch genannten Gebietseinheiten. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden. 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 im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Rahmenvertrages über die Durchführung von Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationsarbeiten bezüglich der im Spruch genannten Gebietseinheiten. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden. 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 Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung 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 für ein Verfahren 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. 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 Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung 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 für ein Verfahren 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 angefochtene Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin am 8.4.2009 zugegangen ist, ist ihr am 21.4.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag gemäß § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007 rechtzeitig. Da die angefochtene Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin am 8.4.2009 zugegangen ist, ist ihr am 21.4.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007 rechtzeitig.

Der Antrag erweist sich im Ergebnis jedoch als nicht berechtigt.

Zunächst macht die Antragstellerin geltend, an der Prüfung und Beurteilung ihres Angebotes habe eine Person teilgenommen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür nicht erfüllen würde. Die Angebotsprüfung sei nämlich von ***, einem Bediensteten der Stadt Wien, vorgenommen worden, gegen den im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren ein Strafverfahren anhängig sei. Damit liege der Befangenheitsgrund des § 7 Abs. 1 Z 3 AVG vor, wodurch die „vom befangenen Organ gefällte Ausscheidungsentscheidung“ rechtswidrig wäre. Zunächst

macht die Antragstellerin geltend, an der Prüfung und Beurteilung ihres Angebotes habe eine Person teilgenommen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür nicht erfüllen würde. Die Angebotsprüfung sei nämlich von ***, einem Bediensteten der Stadt Wien, vorgenommen worden, gegen den im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren ein Strafverfahren anhängig sei. Damit liege der Befangenheitsgrund des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 3, AVG vor, wodurch die „vom befangenen Organ gefällte Ausscheidungsentscheidung“ rechtswidrig wäre.

Nach der Aktenlage steht fest, dass das Vergabeverfahren im „Referat Haustechnik“ der Antragsgegnerin vorbereitet und geführt wurde, wobei der Leiter des Referates ***, vier sonstige Mitarbeiter, ein externer Sachverständiger für Kalkulation sowie die Rechtsvertreter der Antragsgegnerin beteiligt waren. Die Antragsgegnerin hat dazu vorgebracht, der von der Antragstellerin geltend gemachte Befangenheitsvorwurf entbehre jeglicher Grundlage, vor allem schon deshalb, weil *** privatwirtschaftlich tätig geworden ist und deshalb schon § 7 AVG auf ihn nicht anwendbar sei. Die Entscheidungen im gegenständlichen Vergabeverfahren seien nicht allein von *** getroffen worden. Eine Befangenheit könne schon aus diesem Grunde ausgeschlossen werden, *** fühle sich auch nicht selbst befangen. Dieses Vorbringen ist nach der Aktenlage nachvollziehbar, weshalb keine Bedenken am Zustandekommen der Ausscheidungsentscheidung seitens des Senates bestehen. Nach der Aktenlage steht fest, dass das Vergabeverfahren im „Referat Haustechnik“ der Antragsgegnerin vorbereitet und geführt wurde, wobei der Leiter des Referates ***, vier sonstige Mitarbeiter, ein externer Sachverständiger für Kalkulation sowie die Rechtsvertreter der Antragsgegnerin beteiligt waren. Die Antragsgegnerin hat dazu vorgebracht, der von der Antragstellerin geltend gemachte Befangenheitsvorwurf entbehre jeglicher Grundlage, vor allem schon deshalb, weil *** privatwirtschaftlich tätig geworden ist und deshalb schon Paragraph 7, AVG auf ihn nicht anwendbar sei. Die Entscheidungen im gegenständlichen Vergabeverfahren seien nicht allein von *** getroffen worden. Eine Befangenheit könne schon aus diesem Grunde ausgeschlossen werden, *** fühle sich auch nicht selbst befangen. Dieses Vorbringen ist nach der Aktenlage nachvollziehbar, weshalb keine Bedenken am Zustandekommen der Ausscheidungsentscheidung seitens des Senates bestehen.

Die Antragstellerin hat neuerlich vorgebracht, die nunmehr angefochtene (zweite) Ausscheidungsentscheidung wäre mangelhaft, weil sich dieser nicht mit „hinreichender Deutlichkeit“ entnehmen lasse, aus welchen Gründen das Ausscheiden nun konkret erfolgt sei. Nach § 129 Abs. 3 BVergG 2006 hat der Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich zu verständigen. Diesen Aufforderungen entspricht die Ausscheidungsentscheidung vom 8.4.2009 durchaus. Eine weitergehende, detaillierte Darstellung war nach Ansicht des Senates nicht erforderlich, zumal die Antragsgegnerin kurz den Grund für das Ausscheiden und die bezughabende Gesetzesstelle in ihrer Entscheidung anführt. Die Antragstellerin hat neuerlich vorgebracht, die nunmehr angefochtene (zweite) Ausscheidungsentscheidung wäre mangelhaft, weil sich dieser nicht mit „hinreichender Deutlichkeit“ entnehmen lasse, aus welchen Gründen das Ausscheiden nun konkret erfolgt sei. Nach Paragraph 129, Absatz 3, BVergG 2006 hat der Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich zu verständigen. Diesen Aufforderungen entspricht die Ausscheidungsentscheidung vom 8.4.2009 durchaus. Eine weitergehende, detaillierte Darstellung war nach Ansicht des Senates nicht erforderlich, zumal die Antragsgegnerin kurz den Grund für das Ausscheiden und die bezughabende Gesetzesstelle in ihrer Entscheidung anführt.

Nach Pkt. 2.10 lit. e wird zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit verlangt, „dass jeder Bieter nachweisen muss, dass er in den letzten drei Jahren Leistungen über ein Auftragsvolumen, dessen Höhe für die einzelnen Gebietseinheiten der einzelnen Lose (KD) angeführt ist, in bewohnten, mehrgeschossigen Wohnhausanlagen erbracht hat“. Die Gesamtpreferenzsumme für jene Lose, für die die Antragstellerin angeboten hat, beträgt Euro 12.520.000,-- . Nach Pkt. 2.10 Litera e, wird zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit verlangt, „dass jeder Bieter nachweisen muss, dass er in den letzten drei Jahren Leistungen über ein Auftragsvolumen, dessen Höhe für die einzelnen Gebietseinheiten der einzelnen Lose (KD) angeführt ist, in bewohnten, mehrgeschossigen Wohnhausanlagen erbracht hat“. Die Gesamtpreferenzsumme für jene Lose, für die die Antragstellerin angeboten hat, beträgt Euro 12.520.000,--.

Ausschlaggebend für die Beurteilung der Tauglichkeit der Referenzen ist, wie der Begriff „bewohnte, mehrgeschossige Wohnhausanlagen“ ausgelegt wird. Die Antragstellerin versteht unter dem Begriff Wohnhausanlagen grundsätzlich alle jene Objekte, die im Wohnhäuserverzeichnis von Wiener Wohnen, das den Ausschreibungsunterlagen angeschlossen

war, angeführt sind. Unstrittigerweise sind darin enthalten, sowohl Einfamilienhäuser, Garagen, Abstellplätze, Lokale etc. Daraus leitet die Antragstellerin ab, dass „alles was Wiener Wohnen verwaltet, betreut und saniert ... unter dem Begriff städtische Wohnhausanlage im Sinne der Ausschreibung zu subsumieren ist" (***).

Demgegenüber vertritt die Antragsgegnerin den Standpunkt, dass es sich bei den Referenzen um Arbeiten in einer Wohnhausanlage handeln musste, die zum Zeitpunkt der Arbeiten bewohnt war. Unter Wohngebäude seien Gebäude, die ausschließlich oder überwiegend für Wohnzwecke bestimmt sind, zu verstehen. Gebäude, die mehrheitlich oder auch nur gleichteilig zu Geschäfts- oder Bürozwecken bestimmt sind, seien keine Wohngebäude im Sinne der Ausschreibung. Der Begriff der „Wohnhausanlagen" knüpfe an den Wohngebäudebegriff an und meine ein Bauwerk, das eine Vielzahl von Wohnungen sowie allgemeine Teile (z.B. Stiegen, Spielplätze, Waschküchen, Grünanlagen, etc.) umfasst und räumlich gesehen eine Einheit bildet. Dazu verweist die Antragsgegnerin auf § 119 Abs. 6 der Wiener Bauordnung. Sohin seien „mehrgeschossige Wohnhausanlagen" solche Wohnhausanlagen, bei denen in mehreren Geschossen Wohnungen sind und wo mehrere Wohnhäuser zu einer Anlage zusammengeschlossen sind. Demgegenüber vertritt die Antragsgegnerin den Standpunkt, dass es sich bei den Referenzen um Arbeiten in einer Wohnhausanlage handeln musste, die zum Zeitpunkt der Arbeiten bewohnt war. Unter Wohngebäude seien Gebäude, die ausschließlich oder überwiegend für Wohnzwecke bestimmt sind, zu verstehen. Gebäude, die mehrheitlich oder auch nur gleichteilig zu Geschäfts- oder Bürozwecken bestimmt sind, seien keine Wohngebäude im Sinne der Ausschreibung. Der Begriff der „Wohnhausanlagen" knüpfe an den Wohngebäudebegriff an und meine ein Bauwerk, das eine Vielzahl von Wohnungen sowie allgemeine Teile (z.B. Stiegen, Spielplätze, Waschküchen, Grünanlagen, etc.) umfasst und räumlich gesehen eine Einheit bildet. Dazu verweist die Antragsgegnerin auf Paragraph 119, Absatz 6, der Wiener Bauordnung. Sohin seien „mehrgeschossige Wohnhausanlagen" solche Wohnhausanlagen, bei denen in mehreren Geschossen Wohnungen sind und wo mehrere Wohnhäuser zu einer Anlage zusammengeschlossen sind.

Zunächst ist darauf zu verweisen, dass die Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen, wonach Referenzen in „bewohnten, mehrgeschossigen Wohnhausanlagen" erbracht werden müssen, bestandfest geworden ist. Damit ist sowohl die Antragsgegnerin als auch jeder Bieter an diese Festlegung gebunden. Der Ausschreibung liegt ein Wohnhäuserverzeichnis bei, in dem alle möglichen Arten von Wohnhäusern enthalten sind. Zum Wohnhäuserverzeichnis ist anzumerken, dass dieses als Grundlage für die Erstellung der Angebote erforderlich ist und somit einen Teil der Kalkulationsbasis darstellt. Aus dem Wohnhäuserverzeichnis kann jedoch kein Schluss – wie dies die Antragstellerin vermeint – für die Definition der Referenzobjekte abgeleitet werden. Es trifft zwar zu, dass der Begriff „Wohnhausanlage" in der Ausschreibung nicht definiert ist, er lässt sich jedoch aus verschiedenen Bestimmungen eingrenzen. Wiener Wohnen selbst nimmt zur Erklärung des Begriffs „Wohnhausanlage" Bezug auf die Bauordnung für Wien. Gemäß § 119 Abs. 1 Bauordnung für Wien (BO) sind Wohngebäude Gebäude, die ausschließlich oder überwiegend für Wohnzwecke bestimmt sind. Im § 119 Abs. 6 leg. cit. wird der Begriff Wohnhausanlage vom Gesetzgeber verwendet. Darin heißt es „werden in Wohngebäuden bzw. in Wohnhausanlagen mehr als 50 Wohnungen errichtet, besteht zusätzlich die Verpflichtung einen Spielplatz für anzulegen". Gleichfalls wird in der Spielplatzverordnung der Begriff „Wohngebäude" und „Wohnhausanlage" unterschiedlich verwendet. Auch das Bodenbeschaffungsgesetz nimmt Bezug auf größere Wohnhausanlagen mit mehr als 200 Klein- oder Mittelwohnungen. Aus diesen Begriffsverwendungen leitet der Senat Folgendes ab: Zunächst ist darauf zu verweisen, dass die Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen, wonach Referenzen in „bewohnten, mehrgeschossigen Wohnhausanlagen" erbracht werden müssen, bestandfest geworden ist. Damit ist sowohl die Antragsgegnerin als auch jeder Bieter an diese Festlegung gebunden. Der Ausschreibung liegt ein Wohnhäuserverzeichnis bei, in dem alle möglichen Arten von Wohnhäusern enthalten sind. Zum Wohnhäuserverzeichnis ist anzumerken, dass dieses als Grundlage für die Erstellung der Angebote erforderlich ist und somit einen Teil der Kalkulationsbasis darstellt. Aus dem Wohnhäuserverzeichnis kann jedoch kein Schluss – wie dies die Antragstellerin vermeint – für die Definition der Referenzobjekte abgeleitet werden. Es trifft zwar zu, dass der Begriff „Wohnhausanlage" in der Ausschreibung nicht definiert ist, er lässt sich jedoch aus verschiedenen Bestimmungen eingrenzen. Wiener Wohnen selbst nimmt zur Erklärung des Begriffs „Wohnhausanlage" Bezug auf die Bauordnung für Wien. Gemäß Paragraph 119, Absatz eins, Bauordnung für Wien (BO) sind Wohngebäude Gebäude, die ausschließlich oder überwiegend für Wohnzwecke bestimmt sind. Im Paragraph 119, Absatz 6, leg. cit. wird der Begriff Wohnhausanlage vom Gesetzgeber verwendet. Darin heißt es „werden in Wohngebäuden bzw. in Wohnhausanlagen mehr als 50 Wohnungen errichtet, besteht zusätzlich die Verpflichtung einen Spielplatz für anzulegen". Gleichfalls wird in der Spielplatzverordnung der Be-

griff „Wohngebäude“ und „Wohnhausanlage“ unterschiedlich verwendet. Auch das Bodenbeschaffungsgesetz nimmt Bezug auf größere Wohnhausanlagen mit mehr als 200 Klein- oder Mittelwohnungen. Aus diesen Begriffsverwendungen leitet der Senat Folgendes ab:

Ein Wohngebäude ist ein einzelnes Wohnhaus, in dem mehrere Wohnungen in mehreren Stockwerken untergebracht sein können. Eine Wohnhausanlage besteht zumindest aus einem Wohngebäude und aus einem oder mehreren weiteren Wohngebäuden, die auch mehrgeschossig sein können und/oder anderen Anlagen, die eine gemeinsame Struktur wie z.B. Kinderspielplätzen, Gemeinschaftsanlagen, Grünanlagen, Verbindungswegen, Garagenanlagen etc... aufweisen. Teil einer Wohnhausanlage kann auch ein Kindergarten sein. Daher sind die Leistungen, die die Antragstellerin im Kindergarten *** erbracht hat, als taugliche Referenz anzuerkennen, weil – wie die Antragstellerin selbst ausführt – diese Arbeiten in einem Objekt, das zu einer Wohnhausanlage gehört, erbracht worden sind. In diesem Zusammenhang wird der Begriff Wohnhausanlage von der Antragstellerin durchaus in jenem Sinne ausgelegt, wie dies auch die Antragsgegnerin tut.

Es hat der erkennende Senat daher ausgehend von dieser Begriffsauslegung die von der Antragstellerin mit ihrem Schriftsatz vom 3.8.2009 angeführten Referenzen dahingehend geprüft, ob es sich dabei um die Erbringung von Leistungen in Wohnhausanlagen (im verstandenen Sinne) gehandelt hat oder nicht. Der Senat hat alle jene Leistungen in Objekten, bei denen es sich um einzelne Wohngebäude handelt, insbesondere um Einfamilienhäuser, nicht als taugliche Referenzen gewertet. Ebenso nicht jene Referenzen, die auf Seite 4 des Schriftsatzes vom 3.8.2009 angeführt sind (Einfamilienhäuser und andere gleichwertige Objekte; sonstige Referenzprojekte; „***“; Referenzliste „B“). Dazu kommt eine Vielzahl von angegebenen Referenzen, die in Wohnungen erbracht wurden, wobei das Gebäude aber nicht Teil einer Anlage ist. Gleiches gilt für Referenzen in hauptsächlich gewerblich genutzten Gebäuden, da diesen die Eigenschaft fehlt, ausschließlich oder überwiegend für Wohnzwecke bestimmt zu sein. Nach der Wiener Bauordnung wird die Einteilung in Wohngebäude (§ 119) sowie in Büro- und Geschäftsgebäude (§ 120) als auch in Beherbergungsstätten und Heime (§ 121) getroffen. Somit fallen alle Gebäude, die hauptsächlich Büro- oder Geschäftszwecken dienen, sowie Hotels und Heime nicht unter die Definition „Wohnhausanlage“, wie sie der Senat versteht. Es fallen daher das ***, Bürohäuser (z.B. Pkt. 3.13, 3.53) als taugliche Referenzen weg. Es hat der erkennende Senat daher ausgehend von dieser Begriffsauslegung die von der Antragstellerin mit ihrem Schriftsatz vom 3.8.2009 angeführten Referenzen dahingehend geprüft, ob es sich dabei um die Erbringung von Leistungen in Wohnhausanlagen (im verstandenen Sinne) gehandelt hat oder nicht. Der Senat hat alle jene Leistungen in Objekten, bei denen es sich um einzelne Wohngebäude handelt, insbesondere um Einfamilienhäuser, nicht als taugliche Referenzen gewertet. Ebenso nicht jene Referenzen, die auf Seite 4 des Schriftsatzes vom 3.8.2009 angeführt sind (Einfamilienhäuser und andere gleichwertige Objekte; sonstige Referenzprojekte; „***“; Referenzliste „B“). Dazu kommt eine Vielzahl von angegebenen Referenzen, die in Wohnungen erbracht wurden, wobei das Gebäude aber nicht Teil einer Anlage ist. Gleiches gilt für Referenzen in hauptsächlich gewerblich genutzten Gebäuden, da diesen die Eigenschaft fehlt, ausschließlich oder überwiegend für Wohnzwecke bestimmt zu sein. Nach der Wiener Bauordnung wird die Einteilung in Wohngebäude (Paragraph 119,) sowie in Büro- und Geschäftsgebäude (Paragraph 120,) als auch in Beherbergungsstätten und Heime (Paragraph 121,) getroffen. Somit fallen alle Gebäude, die hauptsächlich Büro- oder Geschäftszwecken dienen, sowie Hotels und Heime nicht unter die Definition „Wohnhausanlage“, wie sie der Senat versteht. Es fallen daher das ***, Bürohäuser (z.B. Pkt. 3.13, 3.53) als taugliche Referenzen weg.

Der Senat hat sich im Zuge des Nachprüfungsverfahrens darauf beschränkt, jene Objekte, die von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 17.9.2009 insbesondere als taugliche Referenzen bezeichnet wurden, weil es sich dabei um Wohnhausanlagen handelt, auf ihre Eignung zu prüfen.

Dabei war davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin im Zuge ihres Prüfverfahrens ein Referenzvolumen von Euro 11.906.740,04 als nachgewiesen angenommen hat, woraus sich die noch auf die Mindestreferenzsumme für die sieben Lose von Euro 12.520.000,-- errechnende Differenz mit Euro 613.259,96 ergibt. Zum Nachweis dafür, dass diese fehlende Referenzsumme jedenfalls gedeckt sei, hat die Antragstellerin im Schriftsatz vom 3.8.2009 geltend gemacht, dass von der Antragsgegnerin weitere Referenzen von Euro 1.489.251,17 anzuerkennen gewesen wären. Nach Ansicht des Senates können die auf Seite 3 und 4 des Schriftsatzes vom 3.8.2009 angeführten Referenzen im Gesamtbetrag von Euro 684.477,35 nicht als taugliche Referenzen anerkannt werden, weil sie nicht in mehrgeschossigen, bewohnten Wohnhausanlagen erbracht wurden. Damit vermindert sich der im Schriftsatz vom 3.8.2009 angeführte Betrag von Euro 1.489.251,17 auf Euro 804.733,82.

In der mündlichen Verhandlung vom 17.9.2009 hat die Antragstellerin abschließend vorgebracht, dass unter den auf Seite 5 ihres Schriftsatzes vom 3.8.2009 angeführten Referenzen (ausgewählte Referenzprojekte mit detaillierter Darstellung) sich auch Wohnhausanlagen in dem Sinne befinden, „dass es Anlagen sind, die aus mehreren Wohnhäusern bestehen und mit Gemeinschaftseinrichtungen bzw. zusätzlichen Flächen oder dergleichen ausgestattet sind, mehrgeschossig sind und überwiegend bewohnt werden“. Es handelt sich dabei um folgende Referenzen, die mit gleicher Referenznummer sowohl in der Beilage A der Antragsgegnerin als auch im Beilagenkonvolut der Antragstellerin, das von ihr mit dem Schriftsatz vom 3.8.2009 vorgelegt wurde, angeführt sind. Insbesondere bei den Referenzen Pkt. 3.32, 3.34, 3.64, 3.75, 3.76 3.77 und 5 (***), 13, 17, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34 und 41 (***), handelt es sich nach Ansicht der Antragstellerin um Wohnhausanlagen. Die von der Antragstellerin vorgelegte Dokumentation ergibt ohne Zweifel, dass lediglich das auf Seite 6 unter Pkt. 15 angeführte Objekt in ***, bei dem es sich um einen Kindergarten in einer Wohnhausanlage handelt, als taugliches Referenzprojekt angesehen werden kann. Bei allen anderen angeführten Objekten handelt es sich auch nach der Dokumentation der Antragstellerin nicht um Wohnhausanlagen in dem Sinn, wie oben dargestellt. Unter diesen von der Antragstellerin als Wohnhausanlagen bezeichneten, soeben aufgezählten Referenzen, stehen die Referenzen Pkt. 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 und 31 im Eigentum der Antragstellerin, wie sich aus der Beilage A, die von ihr in der mündlichen Verhandlung vom 17.9.2009 zum Protokoll gelegt worden ist, ergibt. Die Gesamtreferenzsumme für diese im Eigenbesitz der Antragstellerin befindlichen Objekte errechnet sich mit € 325.518,51. Bei keinem dieser Referenzprojekte handelt es sich, entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin, um eine Wohnhausanlage. Die dafür geltend gemachten Beträge wurden von der Antragsgegnerin zwar nicht mit der Begründung, es handle sich nicht um taugliche Referenzprojekte, nicht anerkannt, sondern im Wesentlichen, dass es sich bei diesen Referenzen um nicht prüfbare Eigenerklärungen handelt, zu denen keine weiteren Nachweise erbracht wurden und dass Doppelnennungen vorliegen. Ob dieser Standpunkt stichhaltig ist, war vom erkennenden Senat jedoch nicht zu prüfen, weil nach der vorliegenden Dokumentation keines dieser Projekte ein taugliches Referenzprojekt im Sinne einer mehrgeschossigen, überwiegend bewohnten Wohnhausanlage darstellt. Der hierfür errechnete Betrag von € 325.518,91 hat daher als nicht tauglicher Referenzbetrag unberücksichtigt zu bleiben. Bringt man diesen Betrag von der mit € 804.773,82 bisher verbliebenen Referenzsumme in Abzug, ergibt sich ein Betrag von €

479.254,91, womit die von der Antragstellerin zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit geforderte noch fehlende Referenzsumme von € 613.259,96 nicht annähernd nachgewiesen ist. Es konnte daher eine weitere Prüfung der Referenzen Pkt. 3.32, 3.34, 3.64, 3.75, 3.76, 3.77, 5, 13, 17, 21, 34 und 41 unterbleiben weil selbst wenn man diese mit der Antragstellerin als „Wohnhausanlagen“ bezeichnen wollte, die noch fehlende Referenzsummen damit nicht erreicht werden könnte.

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass nach Pkt. 2.10 e der Vergabeverfahrensbestimmungen Bieter nachzuweisen hatten, dass sie vergleichbare Leistungen in den letzten drei Jahren in bewohnten, mehrgeschossigen Wohnhausanlagen erbracht haben. Diese Festlegungen in der Ausschreibung sind mangels Anfechtung bestandfest geworden, sodass sowohl die Bieter als auch die Antragsgegnerin bei der Beurteilung der Referenzen daran gebunden sind. Die Antragsgegnerin hat zutreffend den Begriff „Wohnhausanlage“ wie er sich aus § 119 Abs. 6 der Bauordnung für Wien ableiten lässt, verwendet, wonach es sich dabei um mehrere verschiedene Wohngebäude handelt, die aber durch eine einheitliche Struktur (allgemeine Flächen, Kinder- und Jugendspielplätze, Garagen, Grünflächen, Erschließungswege zwischen den Wohnhäusern etc) miteinander verbunden sind. In Hinblick auf die von der Antragstellerin angebotenen Lose hatte sie ein Referenzvolumen von € 2.520.000,00 nachzuweisen. Obwohl die Antragstellerin an die 10.000 Referenzen geltend gemacht hat, darunter zahlreiche Kleinstreferenzen mit Beträgen unter € 50,- ist es hier nicht gelungen die von ihr benötigte Referenzsumme nachzuweisen. Damit ist ihr der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, wie er von der Antragsgegnerin verlangt worden ist, nicht gelungen. Soweit sich in diesem Zusammenhang die Antragstellerin auf die Bestimmung des § 75 Abs. 2 BVergG 2006 beruft, kann ihr nicht gefolgt werden. Gemäß dieser Bestimmung ist eine Eigenerklärung nur dann zulässig „falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist“. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Leistungsempfänger aus welchem Grund auch immer nicht zur Ausstellung der Bescheinigung oder Abgabe der Erklärung bereit ist (Materialien zu § 75 BVergG 2006, RV 127 XXIII GP). Obwohl die Antragstellerin im Zuge des Angebotsprüfungsverfahrens dazu aufgefordert worden ist, hat sie entsprechende Nachweise für die Unmöglichkeit der Erlangung von Referenzen privater Auftraggeber nicht erbracht. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass nach Pkt. 2.10 e der Vergabeverfahrensbestimmungen Bieter nachzuweisen hatten, dass sie vergleichbare Leistungen in den letzten drei Jahren in bewohnten, mehrgeschossigen

Wohnhausanlagen erbracht haben. Diese Festlegungen in der Ausschreibung sind mangels Anfechtung bestandfest geworden, sodass sowohl die Bieter als auch die Antragsgegnerin bei der Beurteilung der Referenzen daran gebunden sind. Die Antragsgegnerin hat zutreffend den Begriff „Wohnhausanlage“ wie er sich aus Paragraph 119, Absatz 6, der Bauordnung für Wien ableiten lässt, verwendet, wonach es sich dabei um mehrere verschiedene Wohngebäude handelt, die aber durch eine einheitliche Struktur (allgemeine Flächen, Kinder- und Jugendspielplätze, Garagen, Grünflächen, Erschließungswege zwischen den Wohnhäusern etc) miteinander verbunden sind. In Hinblick auf die von der Antragstellerin angebotenen Lose hatte sie ein Referenzvolumen von € 2.520.000,00 nachzuweisen. Obwohl die Antragstellerin an die 10.000 Referenzen geltend gemacht hat, darunter zahlreiche Kleinstreferenzen mit Beträgen unter € 50,- ist es hier nicht gelungen die von ihr benötigte Referenzsumme nachzuweisen. Damit ist ihr der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, wie er von der Antragsgegnerin verlangt worden ist, nicht gelungen. Soweit sich in diesem Zusammenhang die Antragstellerin auf die Bestimmung des Paragraph 75, Absatz 2, BVergG 2006 beruft, kann ihr nicht gefolgt werden. Gemäß dieser Bestimmung ist eine Eigenerklärung nur dann zulässig „falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist“. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Leistungsempfänger aus welchem Grund auch immer nicht zur Ausstellung der Bescheinigung oder Abgabe der Erklärung bereit ist (Materialien zu Paragraph 75, BVergG 2006, Regierungsvorlage 127 XXIII Gesetzgebungsperiode). Obwohl die Antragstellerin im Zuge des Angebotsprüfungsverfahrens dazu aufgefordert worden ist, hat sie entsprechende Nachweise für die Unmöglichkeit der Erlangung von Referenzen privater Auftraggeber nicht erbracht.

Dass die Antragsgegnerin bemüht war, entsprechende Aufklärung zu den von der Antragstellerin geltend gemachten Referenzen zu erlangen, ergibt sich nachvollziehbar aus den Vergabeakten, insbesondere aus der Dokumentation des Vergabeaktes, nachdem die erste Ausscheidungsentscheidung für nichtig erklärt worden war. Diesbezüglich kann auf die zahlreiche Korrespondenz, wie sie sich aus den Vergabeakten ergibt, sowie auf das Protokoll über die Bietergespräche vom 21.1.2009, 12.2.2009 und 3.3.2009 verwiesen werden. Damit ist die Antragsgegnerin im ausreichendem Maße ihrer Verpflichtung nach § 126 BVergG 2006 nachgekommen. Sie hat auch zutreffend die Referenzprüfung in einem kontradiktorischen Verfahren vorgenommen, sodass sich ihre Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin für die sieben im Spruch genannten Lose auszuschneiden als im Einklang mit § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 stehend, erweist. In Hinblick darauf, dass das Angebot der Antragstellerin bereits wegen der fehlenden Referenznachweise auszuschneiden war, hat sich ein näheres Eingehen auf die von ihr weiters geltend gemachten Anfechtungsgründe erübrigt. Dass die Antragsgegnerin bemüht war, entsprechende Aufklärung zu den von der Antragstellerin geltend gemachten Referenzen zu erlangen, ergibt sich nachvollziehbar aus den Vergabeakten, insbesondere aus der Dokumentation des Vergabeaktes, nachdem die erste Ausscheidungsentscheidung für nichtig erklärt worden war. Diesbezüglich kann auf die zahlreiche Korrespondenz, wie sie sich aus den Vergabeakten ergibt, sowie auf das Protokoll über die Bietergespräche vom 21.1.2009, 12.2.2009 und 3.3.2009 verwiesen werden. Damit ist die Antragsgegnerin im ausreichendem Maße ihrer Verpflichtung nach Paragraph 126, BVergG 2006 nachgekommen. Sie hat auch zutreffend die Referenzprüfung in einem kontradiktorischen Verfahren vorgenommen, sodass sich ihre Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin für die sieben im Spruch genannten Lose auszuschneiden als im Einklang mit Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 stehend, erweist. In Hinblick darauf, dass das Angebot der Antragstellerin bereits wegen der fehlenden Referenznachweise auszuschneiden war, hat sich ein näheres Eingehen auf die von ihr weiters geltend gemachten Anfechtungsgründe erübrigt.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 28.4.2009 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 28.4.2009 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über den Kostenersatzanspruch gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Entscheidung über den Kostenersatzanspruch 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

Eigenerklärung; Mangelnde Referenznachweise; Umfang der Referenzprüfung; Preisangemessenheit; Technische Leistungsfähigkeit.

Zuletzt aktualisiert am

10.02.2010

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