

TE Verg Bescheid 2009/7/23 VKS-5394/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.07.2009

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §28

WVRG 2007 §29 Abs2

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §69 Z1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der ***ges.m.b.H., ***, vertreten durch Dr. Herbert Pochieser, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Vergabe des Auftrages der „Trockenbauarbeiten-Gipskartonständerwände, Wand- und Installationsverkleidungen“, im Zuge der Sanierung der Schule in 1230 Wien, Kanitzgasse 8, Ausschreibungsnummer MA 34 – 214/2009, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien – MA 34, Bau- und Gebäudemanagement, Muthgasse 62, 1190 Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden: Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der ***ges.m.b.H., ***, vertreten durch Dr. Herbert Pochieser, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Vergabe des Auftrages der „Trockenbauarbeiten-Gipskartonständerwände, Wand- und Installationsverkleidungen“, im Zuge der Sanierung der Schule in 1230 Wien, Kanitzgasse 8, Ausschreibungsnummer MA 34 – 214 aus 2009, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien – MA 34, Bau- und Gebäudemanagement, Muthgasse 62, 1190 Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

Der Antrag, die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin vom 28.5.2009 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen:

§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13, 18, 19, 20 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 28, 29 Abs. 2, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 4, 19 Abs. 1, 69 Z 1, 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Paragraph eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, 18, 19, 20, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 28, 29, Absatz 2, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 4, 19, Absatz eins, 69, Ziffer eins, 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006.

Begründung:

Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 34, Bau- und Gebäudemanagement (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich der Trockenbauarbeiten-Gipskartonständerwände, Wand- und Installationsverkleidungen, im Zuge der Sanierung der Schule in Wien 23, Kanitzgasse 8. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der EU ist am 7.4.2009 ordnungsgemäß erfolgt (Zl. 2009/S67-096399). Das Ende der Angebotsfrist war der 29.4.2009, 10.00 Uhr, die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich 14 Unternehmer am Vergabeverfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Im Zuge der im Anschluss an das Angebotsende durchgeführten Angebotseröffnung wurde ihr Angebot, als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen.

Mit Schreiben vom 28.5.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, deren Angebot nach § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ausscheiden zu wollen, da die Antragstellerin nicht über die erforderliche Befugnis verfügt. Mit Schreiben vom 28.5.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, deren Angebot nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ausscheiden zu wollen, da die Antragstellerin nicht über die erforderliche Befugnis verfügt.

Gegen diese Entscheidung richtete sich der am 12.6.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte, mit Schriftsatz vom 15.6.2009 fristgerecht verbesserte, Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens mit dem erkennbaren Antrag, die Ausscheidungsentscheidung für nichtig zu erklären. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin darin aus, sie habe ein Angebot mit dem niedrigsten Preis abgegeben und müsste daher nach den Ausschreibungsbedingungen den Zuschlag erhalten. Die Begründung, das Angebot sei deshalb auszuschneiden, da im Zeitpunkt der Angebotseröffnung „keine Befugnis gegeben war“, sei unrichtig. Tatsächlich

verfüge die Antragstellerin seit 1993 über die Befugnis, Baumeisterarbeiten ausführen zu dürfen. Als gewerberechtlicher Geschäftsführer fungiere „ein Baumeister.“ Infolge der Einleitung eines Gewerbeentziehungsverfahrens wurde mit Bescheid im Winter 2008 der Entzug der Gewerbeberechtigung in letzter Instanz rechtskräftig. Daraufhin wurde umgehend eine neue Gewerbeberechtigung „am 12.2.2009 bei der Magistratsabteilung 63 beantragt“. Der Antrag sei jedoch so schleppend bearbeitet worden, dass erst am 5.5.2009 ein mit 7.5.2009 in Kraft getretener Bescheid über die Erteilung der Gewerbeberechtigung ergangen sei (einleitender Schriftsatz vom 12.6.2009). Im Verbesserungsverfahren nach § 13 Abs. 3 AVG brachte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 15.6.2009 ergänzend vor, an der Erlangung des ausgeschriebenen Auftrages sehr interessiert zu sein, sollte sie den Auftrag nicht erhalten, würde ihr großer Schaden entstehen, nicht zuletzt müsste sie Personal kündigen. Hätte die Antragsgegnerin den Sachverhalt geprüft, hätte sie feststellen müssen, dass die Antragstellerin ständig durch einen Baumeister als gewerberechtlichen Geschäftsführer für Baumeisterarbeiten vertreten ist. Gegen diese Entscheidung richtete sich der am 12.6.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte, mit Schriftsatz vom 15.6.2009 fristgerecht verbesserte, Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens mit dem erkennbaren Antrag, die Ausscheidungsentscheidung für nichtig zu erklären. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin darin aus, sie habe ein Angebot mit dem niedrigsten Preis abgegeben und müsste daher nach den Ausschreibungsbedingungen den Zuschlag erhalten. Die Begründung, das Angebot sei deshalb auszuschneiden, da im Zeitpunkt der Angebotseröffnung „keine Befugnis gegeben war“, sei unrichtig. Tatsächlich verfüge die Antragstellerin seit 1993 über die Befugnis, Baumeisterarbeiten ausführen zu dürfen. Als gewerberechtlicher Geschäftsführer fungiere „ein Baumeister.“ Infolge der Einleitung eines Gewerbeentziehungsverfahrens wurde mit Bescheid im Winter 2008 der Entzug der Gewerbeberechtigung in letzter Instanz rechtskräftig. Daraufhin wurde umgehend eine neue Gewerbeberechtigung „am 12.2.2009 bei der Magistratsabteilung 63 beantragt“. Der Antrag sei jedoch so schleppend bearbeitet worden, dass erst am 5.5.2009 ein mit 7.5.2009 in Kraft getretener Bescheid über die Erteilung der Gewerbeberechtigung ergangen sei (einleitender Schriftsatz vom 12.6.2009). Im Verbesserungsverfahren nach Paragraph 13, Absatz 3, AVG brachte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 15.6.2009 ergänzend vor, an der Erlangung des ausgeschriebenen Auftrages sehr interessiert zu sein, sollte sie den Auftrag nicht erhalten, würde ihr großer Schaden entstehen, nicht zuletzt müsste sie Personal kündigen. Hätte die Antragsgegnerin den Sachverhalt geprüft, hätte sie feststellen müssen, dass die Antragstellerin ständig durch einen Baumeister als gewerberechtlichen Geschäftsführer für Baumeisterarbeiten vertreten ist.

Letztlich brachte die Antragstellerin – diesmal anwaltlich vertreten – vor, ihr sei die Gewerbeberechtigung nur „vorübergehend und kurzfristig ... entzogen“ worden. Der Antrag auf Wiederverleihung der Gewerbeberechtigung sei von der zuständigen Referentin der Magistratsabteilung 63 derartig schleppend bearbeitet worden, dass trotz Urghenzen erst am 5.5.2009 ein Bescheid ergangen sei, der der Antragstellerin am 7.5.2009 zugestellt wurde. Sollte es bei der Ausscheidung ihres Angebotes bleiben, wäre die Antragstellerin aufgrund des Verhaltens der Gewerbebehörde genötigt, Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Die Antragstellerin sei zuverlässig und leistungsfähig. Es sei unbillig, auf einen Zeitpunkt abzustellen, der nur einige Tage vor der tatsächlichen Erlangung der Gewerbebefugnis liege, noch dazu wo „die zeitliche Lücke des formellen Vorliegens des Baumeistergewerbes durch rechtswidrige Untätigkeit der Verwaltungsbehörden, der Magistratsabteilung 63, zustande kam“. Dass die „formelle Eintragung der Gewerbeberechtigung in das Gewerberegister gerade einige Tage nach der Angebotseröffnung“ erfolgte, sei daher nicht weiter zu beachten (Schriftsatz vom 29.6.2009).

Schließlich vertritt die Antragstellerin weiterhin den Standpunkt, dass der von ihr als Geschäftsführer genannte Baumeister sämtliche zum relevanten Zeitpunkt erforderliche berufliche Qualifikationen aufgewiesen habe. Dazu komme, dass die Antragstellerin „während des gegenständlichen Vergabeverfahrens Aufträge zur vollsten Zufriedenheit“ für die Antragsgegnerin erfüllt habe. Für den überwiegenden Teil der Herkunftsländer (der EU) sei der Nachweis einer Eintragung im jeweiligen Handelsregister ausreichend. Demgegenüber werde im Fall der Antragstellerin die Forderung gestellt, „die obendrein wie bereits dargelegt, äußerst formalistisch ist, wonach eine Eintragung in das Handelsregister nicht genügt sondern darüber hinaus, eine formelle Eintragung in das Gewerberegister in Österreich“. Dadurch werde die Antragstellerin als österreichisches Unternehmen gegenüber Unternehmen aus anderen EU-Staaten diskriminiert (Schriftsatz vom 21.7.2009).

Die Antragsgegnerin hat sich gegen den gestellten Antrag ausgesprochen und im Wesentlichen darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin im Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht über die zur Ausführung der ausgeschriebenen

Leistungen erforderliche Befugnis verfügt habe. Der Antragstellerin sei die Befugnis mit Rechtswirksamkeit vom 4.10.2008 entzogen und erst mit Bescheid der Magistratsabteilung 63 vom 5.5.2009, rechtswirksam mit 7.5.2009, wieder erteilt worden. Im Zeitpunkt der Angebotseröffnung, 29.4.2009 sei die erforderliche Befugnis nicht vorhanden gewesen.

Ergänzend brachte die Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 22.7.2009 vor, dass der Nachweis der Befugnis für ein in Österreich niedergelassenes Unternehmen, nach den in Österreich vorgesehenen Bescheinigungen zu erfolgen habe. Indem die Antragstellerin erst mit Bescheid vom 5.5.2009 die erforderliche Befugnis wieder erlangt hat, seien die Voraussetzungen des § 69 BVergG 2006 nicht erfüllt. Ergänzend brachte die Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 22.7.2009 vor, dass der Nachweis der Befugnis für ein in Österreich niedergelassenes Unternehmen, nach den in Österreich vorgesehenen Bescheinigungen zu erfolgen habe. Indem die Antragstellerin erst mit Bescheid vom 5.5.2009 die erforderliche Befugnis wieder erlangt hat, seien die Voraussetzungen des Paragraph 69, BVergG 2006 nicht erfüllt.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, 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 anderen Seite mit der Möglichkeit zur Gegenäußerung zugestellt wurden, sowie der Auskunft der Gewerbebehörde Magistratsabteilung 63 vom 7.7.2009, deren Inhalt auch der Antragstellerin zur Kenntnis gebracht wurde, folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (§ 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006) ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich der Trockenbauarbeiten-Gipskartonständerwände, Wand- und Installationsverkleidungen im Zuge der Sanierung der Schule in Wien 23, Kanitzgasse 8. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 29.4.2009, die Angebotseröffnung fand am gleichen Tage ab 10.40 Uhr statt. Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt 14 Bieter, darunter auch die Antragstellerin, beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen. Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006) ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich der Trockenbauarbeiten-Gipskartonständerwände, Wand- und Installationsverkleidungen im Zuge der Sanierung der Schule in Wien 23, Kanitzgasse 8. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 29.4.2009, die Angebotseröffnung fand am gleichen Tage ab 10.40 Uhr statt. Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt 14 Bieter, darunter auch die Antragstellerin, beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen.

Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um die Ausführung von Bauarbeiten im Zuge der Sanierung eines Schulgebäudes.

In der Beilage 13.07.1 zum Angebotsdeckblatt MDBD-SR 75 hat die Antragstellerin im Formblatt zu den Angaben über die zur Leistungserbringung erforderlichen Befugnisse angeführt, jeweils selbst über die Befugnis zur Durchführung dieser Leistungen zu verfügen und hat angegeben, den erforderlichen Gewerbeschein zu besitzen. Im Formblatt 13.07.2 „Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern“ hat die Antragstellerin ein Unternehmen für die Leistungsgruppe „Trockenbau“ namhaft gemacht und erklärt, auf dieses Unternehmen aus Gründen der technischen Leistungsfähigkeit (Spalte B) oder, im Ausnahmefall, der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Spalte C) zurückzugreifen.

Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 30.4.2009 die Antragstellerin aufgefordert, einen Nachweis zur Befugnis (Gewerbeberechtigung etc.) zu erbringen. Dazu hat die Antragstellerin der Antragsgegnerin am 12.5.2009 den Bescheid der Magistratsabteilung 63 vom 5.5.2009 vorgelegt, in dem bestätigt wird, dass die Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes „Baumeister“ im Standort Wien ***, ... durch die Antragstellerin ... vorliegen. Gleichzeitig wurde die Bestellung des Herrn Ing. *** zum Geschäftsführer bei Ausübung des Gewerbes genehmigt.

Mit Schreiben vom 7.7.2009 hat die Magistratsabteilung 63 (Gewerbebehörde) auf Anfrage des Senates mitgeteilt, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens am 7.4.2009 über keine aufrechte Gewerbeberechtigung verfügt hat. Die ursprünglich bestandene Gewerbeberechtigung hat nach Durchführung eines

Entziehungsverfahrens mit Ablauf des 3.10.2008 geendet. Am 12.3.2009 hat die Antragstellerin das Gewerbe Baumeister angemeldet und um Genehmigung der Bestellung eines gewerberechtl. Geschäftsführers angesucht. Mit Bescheid vom 5.5.2009, Zl. MA 63/002432/2009, wurde die Gewerbebeanmeldung seitens der Gewerbebehörde zur Kenntnis genommen und der beantragte gewerberechtl. Geschäftsführer genehmigt. Der Bescheid ist mit Zustellung am 7.5.2009 in Rechtskraft erwachsen. Am 29.4.2009, dem Zeitpunkt der Angebotseröffnung, hat die Antragstellerin über keine aufrechten Gewerbeberechtigungen verfügt (Schreiben der MA 63 vom 7.7.2009).

In den Vergabeakten findet sich eine Niederschrift zur Prüfung der Angebote, worin zum Angebot der Antragstellerin festgehalten wird, dass die Ermittlungen der Auftraggeberin ergeben haben, dass diese im Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht über die erforderliche Befugnis zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen verfügt hat; damit liege der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z. 2 „Befugnis ist nicht gegeben“ vor. In den Vergabeakten findet sich eine Niederschrift zur Prüfung der Angebote, worin zum Angebot der Antragstellerin festgehalten wird, dass die Ermittlungen der Auftraggeberin ergeben haben, dass diese im Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht über die erforderliche Befugnis zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen verfügt hat; damit liege der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, „Befugnis ist nicht gegeben“ vor.

Die Ausscheidungsentscheidung vom 28.5.2009 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der Nachprüfungsantrag ist am 12.6.2009 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Im Zuge eines Verbesserungsverfahrens nach § 13 Abs. 3 AVG hat die Antragstellerin ihren Antrag mit Schriftsatz vom 15.6.2009 fristgerecht ergänzt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Die Ausscheidungsentscheidung vom 28.5.2009 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der Nachprüfungsantrag ist am 12.6.2009 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Im Zuge eines Verbesserungsverfahrens nach Paragraph 13, Absatz 3, AVG hat die Antragstellerin ihren Antrag mit Schriftsatz vom 15.6.2009 fristgerecht ergänzt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Zu diesen ergänzenden Feststellungen gelangt der Senat vor allem aufgrund des Inhaltes der vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren beteiligten sowie der Auskunft der Gewerbebehörde MA 63 vom 7.7.2009. Selbst die Antragstellerin hat nicht bestritten, dass sie im Zeitpunkt der Angebotseröffnung, dem 29.4.2009 nicht über die erforderliche gewerberechtl. Befugnis zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen verfügte. Der Genehmigungsbescheid vom 5.5.2009 sei erst mit 7.5.2009 rechtswirksam geworden, ab diesem Zeitpunkt habe sie auch formal über die erforderliche Baumeisterbefugnis verfügt. Wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird, hatte der Senat nicht zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Gewerbebehörde eine verspätete Bescheiderlassung zu vertreten hat. Soweit im Rahmen der Feststellungen Akteninhalte zitiert wurden, sind die entsprechenden Belegstellen dazu angegeben.

Bei dieser Sachlage bedurfte es auch nicht der Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Nach § 13 Abs. 2 WVRG 2007 kann eine mündliche Verhandlung, ungeachtet eines Parteienantrages, entfallen wenn unter anderem (Z 3) „bereits aufgrund der Aktenlage feststeht dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass dieser abzuweisen ist“. Diese Voraussetzungen liegen gegenständlich vor. Die Antragstellerin hatte ausreichend Gelegenheit und hat dies auch tatsächlich getan, zum Vorliegen des Ausscheidungsgrundes, nämlich der mangelnden Befugnis im Zeitpunkt der Angebotseröffnung, Stellung zu nehmen. Ihr wurden auch die Schriftsätze der Antragsgegnerin sowie die Auskunft der Magistratsabteilung 63 zur Gegenäußerung übermittelt. Dass die Antragstellerin im Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht über die erforderliche Befugnis verfügte, ist unstrittig und ergibt sich auch aus ihrem eigenem Vorbringen. Damit liegen aber keinerlei Umstände vor, die die Durchführung eines Beweisverfahrens erforderlich gemacht hätten, zumal es sich bei der Lösung der Frage, wann die für die ausgeschriebenen Leistungen erforderlichen Befugnisse vorliegen müssen, ausschließlich um die Lösung einer Rechtsfrage handelt. Es war daher das Nachprüfungsverfahren ohne mündliche Verhandlung durchzuführen. Bei dieser Sachlage bedurfte es auch nicht der Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Nach Paragraph 13, Absatz 2, WVRG 2007 kann eine mündliche Verhandlung, ungeachtet eines Parteienantrages, entfallen wenn unter anderem (Ziffer 3,) „bereits aufgrund der Aktenlage feststeht dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass dieser abzuweisen ist“. Diese Voraussetzungen liegen gegenständlich vor. Die Antragstellerin hatte ausreichend Gelegenheit und hat dies auch

tatsächlich getan, zum Vorliegen des Ausscheidungsgrundes, nämlich der mangelnden Befugnis im Zeitpunkt der Angebotseröffnung, Stellung zu nehmen. Ihr wurden auch die Schriftsätze der Antragsgegnerin sowie die Auskunft der Magistratsabteilung 63 zur Gegenäußerung übermittelt. Dass die Antragstellerin im Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht über die erforderliche Befugnis verfügte, ist unstrittig und ergibt sich auch aus ihrem eigenem Vorbringen. Damit liegen aber keinerlei Umstände vor, die die Durchführung eines Beweisverfahrens erforderlich gemacht hätten, zumal es sich bei der Lösung der Frage, wann die für die ausgeschriebenen Leistungen erforderlichen Befugnisse vorliegen müssen, ausschließlich um die Lösung einer Rechtsfrage handelt. Es war daher das Nachprüfungsverfahren ohne mündliche Verhandlung durchzuführen.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z. 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis 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 eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis 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 Anwendungsbereiches 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 die 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 ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereiches 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 die 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 ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007.

Die Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin am 28.5.2009 zugekommen.

Ihr am 12. Juni 2009 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher gemäß § 24 Abs. 1 Z. 6 WVRG 2007 rechtzeitig. Der Nachprüfungsantrag ist aber im Ergebnis nicht berechtigt. Ihr am 12. Juni 2009 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher gemäß Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007 rechtzeitig. Der Nachprüfungsantrag ist aber im Ergebnis nicht berechtigt.

Die Antragstellerin hatte in ihrem Angebot auch anzugeben, ob sie über die zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderliche Befugnis verfügt. Die Antragstellerin hat dazu in der Beilage 13.07.1 zum Formblatt MDBD-SR75 angegeben selbst über die erforderlichen Befugnisse zu verfügen.

Gemäß § 69 Z. 1 BVergG 2006 muss die Befugnis „spätestens (1.) beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung“ vorliegen. Nun hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass im Zeitpunkt der Angebotsöffnung

29.4.2009 die Antragstellerin – trotz ihrer Erklärung im Angebot – über die erforderliche Befugnis nicht verfügt hat, sondern erst ab 7.5.2009, nachdem ihr der Bescheid über die Wiederverleihung der Baumeisterbefugnis zugestellt wurde. Entgegen ihrem Vorbringen, sie habe nur „kurze Zeit“ nicht über die erforderliche Befugnis verfügt, hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die Antragstellerin ab dem Zeitpunkt der Wirksamkeit der Entziehung mit 4.10.2008 bis zur Wiederverleihung mit Bescheid vom 5.5.2009 über die erforderliche Befugnis nicht verfügte. Dennoch hat sie in dem mit Kundmachung vom 7.4.2009 eingeleiteten Vergabeverfahren ein Angebot abgegeben. Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 muss die Befugnis „spätestens (1.) beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung“ vorliegen. Nun hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass im Zeitpunkt der Angebotsöffnung 29.4.2009 die Antragstellerin – trotz ihrer Erklärung im Angebot – über die erforderliche Befugnis nicht verfügt hat, sondern erst ab 7.5.2009, nachdem ihr der Bescheid über die Wiederverleihung der Baumeisterbefugnis zugestellt wurde. Entgegen ihrem Vorbringen, sie habe nur „kurze Zeit“ nicht über die erforderliche Befugnis verfügt, hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die Antragstellerin ab dem Zeitpunkt der Wirksamkeit der Entziehung mit 4.10.2008 bis zur Wiederverleihung mit Bescheid vom 5.5.2009 über die erforderliche Befugnis nicht verfügte. Dennoch hat sie in dem mit Kundmachung vom 7.4.2009 eingeleiteten Vergabeverfahren ein Angebot abgegeben.

Die Antragstellerin hat damit argumentiert, dass sie im fraglichen Zeitraum ohnedies einen Geschäftsführer beschäftigt hat, der über die erforderliche Befugnis verfügte. Damit ist für sie jedoch nichts gewonnen, weil die Antragstellerin als juristische Person das Angebot abgegeben hat und als solche über die Gewerbeberechtigung für das Gewerbe Baumeister im Zeitpunkt der Angebotsöffnung verfügen musste. Soweit die Antragstellerin argumentiert, nicht sie, sondern die Gewerbebehörde, hätte es zu vertreten, dass sie erst ab 7.5.2009 über die erforderliche Befugnis wieder verfügt hat, war darauf nicht einzugehen, weil nach dem klaren Wortlaut des § 69 Z. 1 BVergG 2006 die erforderliche Befugnis spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein muss, soweit nicht die gegenständlich nicht zu berücksichtigenden Ausnahmbestimmungen des § 20 BVergG 2006 vorliegen. Ob eine verspätete Ausstellung des gewerberechtlichen Bescheides vorliegt, war daher von der Nachprüfungsbehörde nicht weiter zu prüfen. Da somit im Zeitpunkt der Angebotseröffnung 29.4.2009 die zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderliche Befugnis durch die Antragstellerin nicht nachgewiesen werden konnte, hat die Antragsgegnerin in vergaberechtlich unbedenklicher Weise den Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 angenommen. Jede andere Vorgangsweise hätte den fundamentalen Grundsätzen des § 19 Abs. 1 BVergG 2006, nämlich den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter widersprochen. Aus diesen Gründen war daher dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung nicht statt zu geben. Die Antragstellerin hat damit argumentiert, dass sie im fraglichen Zeitraum ohnedies einen Geschäftsführer beschäftigt hat, der über die erforderliche Befugnis verfügte. Damit ist für sie jedoch nichts gewonnen, weil die Antragstellerin als juristische Person das Angebot abgegeben hat und als solche über die Gewerbeberechtigung für das Gewerbe Baumeister im Zeitpunkt der Angebotsöffnung verfügen musste. Soweit die Antragstellerin argumentiert, nicht sie, sondern die Gewerbebehörde, hätte es zu vertreten, dass sie erst ab 7.5.2009 über die erforderliche Befugnis wieder verfügt hat, war darauf nicht einzugehen, weil nach dem klaren Wortlaut des Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 die erforderliche Befugnis spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein muss, soweit nicht die gegenständlich nicht zu berücksichtigenden Ausnahmbestimmungen des Paragraph 20, BVergG 2006 vorliegen. Ob eine verspätete Ausstellung des gewerberechtlichen Bescheides vorliegt, war daher von der Nachprüfungsbehörde nicht weiter zu prüfen. Da somit im Zeitpunkt der Angebotseröffnung 29.4.2009 die zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderliche Befugnis durch die Antragstellerin nicht nachgewiesen werden konnte, hat die Antragsgegnerin in vergaberechtlich unbedenklicher Weise den Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 angenommen. Jede andere Vorgangsweise hätte den fundamentalen Grundsätzen des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006, nämlich den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter widersprochen. Aus diesen Gründen war daher dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung nicht statt zu geben.

Eine Kostenentscheidung konnte entfallen, da ein Kostenersatzanspruch nicht gestellt wurde.

Schlagworte

Ausscheiden; Mangelnde Befugnis im Zeitpunkt der Angebotsöffnung.

Zuletzt aktualisiert am

08.02.2010

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