

TE Verg Bescheid 2009/2/19 VKS-821/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.02.2009

Norm

WVRG 2007 §1
WVRG 2007 §2
WVRG 2007 §11 Abs2
WVRG 2007 §13 Abs3
WVRG 2007 §18
WVRG 2007 §19
WVRG 2007 §20
WVRG 2007 §23 Abs1
WVRG 2007 §24 Abs1 Z6
WVRG 2007 §25 Abs1
WVRG 2007 §26 Abs1
WVRG 2007 §36 in Verbindung mit
BVergG 2006 §2 Z16 lita, sublitaa
BVergG 2006 §3 Abs1 Z1
BVergG 2006 §6
BVergG 2006 §12 Abs1 Z2
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §69
BVergG 2006 §70 Abs1
BVergG 2006 §129 Abs1 Z2
BVergG 2006 §345
GewO 1994 §134 Abs1 u. 2

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 § 6 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 § 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 § 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 § 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 § 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
1. GewO 1994 § 134 heute
2. GewO 1994 § 134 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 134 gültig von 14.09.2012 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
4. GewO 1994 § 134 gültig von 27.02.2008 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
5. GewO 1994 § 134 gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 134 gültig von 19.03.1994 bis 31.07.2002

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag von ***, Technisches Büro, ***, vertreten durch Mag. Marcus Essl, LL.M., M.E.S., Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe von „Baumanagerdienstleistungen für die Instandsetzung der städtischen Wohnhausanlage in Wien 10, Erlachgasse 53-57“, Ausschreibungsnummer LV/WWDT/BMBT-0810348-KOP, durch die Stadt Wien, Wiener Wohnen, Direktion Technik, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwarz und huber-medek, rechtsanwälte oeg in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.)eins,
Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 12.1.2009, wonach für die Zuschlagserteilung im Verfahren zur Vergabe eines Baumanagervertrages (Baumanagerdienstleistung) zur Durchführung von Instandsetzungsarbeiten an der städtischen Wohnhausanlage in „Wien 10, Erlachgasse 53-57“, Ausschreibungsnummer LV/WWDT/BMBT-0810348-KOP, das Angebot der Bieterin „***KEG“, ***, vorgesehen ist, für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
1. 2.)2,
Die einstweilige Verfügung vom 29.1.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 3.)3,

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

Rechtsgrundlagen:

§§ 1, 2, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 26 Abs. 1, 36 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a, sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 12 Abs. 1 Z 2, 19 Abs. 1, 69, 70 Abs. 1, 129 Abs. 1 Z 2, 345 BVergG 2006 sowie § 134 Abs. 1 u. 2 GewO 1994. Paragraphen eins,, 2, 11 Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 26, Absatz eins, 36, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a,, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 12, Absatz eins, Ziffer 2, 19, Absatz eins, 69, 70, Absatz eins, 129, Absatz eins, Ziffer 2, 345, BVergG 2006 sowie Paragraph 134, Absatz eins, u. 2 GewO 1994.

Begründung:

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen, Direktion Technik (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages betreffend Baumanagerleistungen im Zuge der Sanierung der allgemeinen Teile der von ihr verwalteten Wohnhausanlage in Wien 10, Erlachgasse 53-57. Die Vergabe soll im Rahmen eines offenen Verfahrens im Oberschwellerbereich erfolgen, wobei als Zuschlagskriterium der Preis (Gewichtung 55 %) und die Qualität (Gewichtung 45 %) vorgesehen sind. Die Ausschreibung wurde ordnungsgemäß sowohl im Amtsblatt der EU vom 4.7.2008 (Zl. 2008/S128-170333) als auch im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 28 vom 10.7.2008 und auf der Webseite der Stadt Wien kundgemacht. Das Ende der Angebotsfrist war der 11.9.2008, 8.30 Uhr. Die Angebotsöffnung erfolgte anschließend.

Insgesamt haben sich 10 Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Das Angebot eines Bieters musste wegen verspäteter Angebotslegung zurückgestellt werden, sodass insgesamt neun Bieter im Verfahren verblieben sind.

Mit Schreiben vom 12.1.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines anderen Unternehmens mitgeteilt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 26.1.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, bei Bewertung der Angebote habe sich die Antragsgegnerin nicht an die von ihr festgelegten Zuschlagskriterien gehalten. So habe die Antragsgegnerin etwa beim Qualitäts-Unterkriterium „Projektteam“ der präsumtiven Zuschlagsempfängerin 126 Punkte gegeben, obwohl nach den Ausschreibungsunterlagen bei diesem Kriterium lediglich maximal 54 Punkte zu erzielen gewesen seien. Die Antragstellerin und ihr Mitarbeiter hätten auf Grund jahrelanger Tätigkeit im ausschreibungsrelevanten Bereich umfangreiche Erfahrungen gesammelt. Obwohl dies der Antragsgegnerin bekannt sei, wäre diese Tätigkeit von der Antragsgegnerin im Rahmen von Referenzen nicht entsprechend berücksichtigt worden. Eine richtige Bewertung des Angebotes der Antragstellerin hätte beim Bereich „Qualität des Angebotes..... um zumindest 160 Punkte höher“ bzw. zumindest in einer Höhe ausfallen müssen, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin unter Berücksichtigung der beim Qualitätskriterium „Projektteam“ maximal erzielbaren Punktezahl „jedenfalls eine geringere Punktbewertung als die Antragstellerin“ erzielt hätte. Damit wäre die Antragstellerin jedenfalls Bestbieterin, weshalb die Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten zu lauten hätte. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 26.1.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, bei Bewertung der Angebote habe sich die Antragsgegnerin nicht an die von ihr festgelegten Zuschlagskriterien gehalten. So habe die Antragsgegnerin etwa beim Qualitäts-Unterkriterium „Projektteam“ der präsumtiven Zuschlagsempfängerin 126 Punkte gegeben, obwohl nach den Ausschreibungsunterlagen bei diesem Kriterium lediglich maximal 54 Punkte zu erzielen gewesen seien. Die Antragstellerin und ihr Mitarbeiter hätten auf Grund jahrelanger Tätigkeit im ausschreibungsrelevanten Bereich umfangreiche Erfahrungen gesammelt. Obwohl dies der Antragsgegnerin bekannt sei, wäre diese Tätigkeit von der Antragsgegnerin im Rahmen von Referenzen nicht entsprechend berücksichtigt worden. Eine richtige Bewertung des

Angebotes der Antragstellerin hätte beim Bereich „Qualität des Angebotes..... um zumindest 160 Punkte höher" bzw. zumindest in einer Höhe ausfallen müssen, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin unter Berücksichtigung der beim Qualitätskriterium „Projektteam" maximal erzielbaren Punkteanzahl „jedenfalls eine geringere Punktbewertung als die Antragstellerin" erzielt hätte. Damit wäre die Antragstellerin jedenfalls Bestbieterin, weshalb die Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten zu lauten hätte.

Bei der Angebotseröffnung habe sich ergeben, dass keines der „abgegebenen Kuverts auf die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin" gelautet hätte. Das Kuvert, in dem das Angebot der späteren, präsumtiven Zuschlagsempfängerin enthalten war, habe Aufschrift und Unterschrift von Frau *** getragen. Erst nach Öffnung dieses Kuverts habe sich herausgestellt, dass das darin enthaltene Angebot nicht von Frau *** stammt, sondern von der nunmehr in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin.

Durch die angefochtene Entscheidung werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages sowie in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens verletzt.

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, drohe ihr jedenfalls ein Schaden in Form eines ihr entgehenden angemessenen Gewinnes sowie der anfallenden, nicht verminderten kalkulierten Geschäftsgemeinkosten (Erfüllungsinteresse). Der der Antragstellerin drohende Schaden sei mit „voraussichtlich zumindest EUR 19.935,43 ***" zu beziffern. Darüber hinaus würde die Antragstellerin ein weiteres, für sie wichtiges Referenzprojekt verlieren.

Die Antragsgegnerin sei von der beabsichtigten Antragstellung rechtzeitig verständigt worden, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich seien beigebracht worden.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 29.1.2009 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

In ihrer Stellungnahme vom 28.1.2009 zur beantragten einstweiligen Verfügung hat die Antragsgegnerin bereits darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin nach Bewertung der Angebote mit ihrem Angebot, das auf Grund der verlesenen Angebotspreise zwar das Billigste gewesen sei, auf Grund der Qualitätsbewertung entsprechend den in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Qualitätskriterien lediglich an 6. Stelle hätte gereiht werden können.

Mit Schriftsatz vom 2.2.2009 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007) in das Verfahren eingetreten und hat begehrt, den Anträgen der Antragstellerin nicht Folge zu geben. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten sei in einem Umschlag ihrer Komplementärin Frau *** abgegeben worden. Dies sei auch bei der Angebotseröffnung verlesen und allen anwesenden Teilnehmern mitgeteilt worden. Soweit die Antragstellerin die Ausschreibungsbedingungen, insbesondere die Bewertungskriterien, bezweifelt, hätte sie ihre Bedenken, im Rahmen einer Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen rechtzeitig geltend machen müssen. Allein der Verweis der Antragstellerin darauf, dass sie seit 25 Jahren (bzw. Herr *** seit 13 Jahren) für die Antragsgegnerin tätig sei „sage nichts über die Erfüllung der einzelnen Kriterien aus". Mit Schriftsatz vom 2.2.2009 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007) in das Verfahren eingetreten und hat begehrt, den Anträgen der Antragstellerin nicht Folge zu geben. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten sei in einem Umschlag ihrer Komplementärin Frau *** abgegeben worden. Dies sei auch bei der Angebotseröffnung verlesen und allen anwesenden Teilnehmern mitgeteilt worden. Soweit die Antragstellerin die Ausschreibungsbedingungen, insbesondere die Bewertungskriterien, bezweifelt, hätte sie ihre Bedenken, im Rahmen einer Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen rechtzeitig geltend machen müssen. Allein der Verweis der Antragstellerin darauf, dass sie seit 25 Jahren (bzw. Herr *** seit 13 Jahren) für die Antragsgegnerin tätig sei „sage nichts über die Erfüllung der einzelnen Kriterien aus".

Mit Schriftsatz vom 6.2.2009 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und zunächst ausgeführt, die Bewertung der Angebote sei entsprechend den in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Kriterien erfolgt. Erst nach Ermittlung der Qualitätspunkte seien der Bewertungskommission auch die Angebotspreise bekannt gegeben und die Preispunkte ermittelt worden. Im Angebot der Antragstellerin hätten – anders als bei den übrigen Angeboten, etwa bei jenem der Teilnahmeberechtigten – weitgehend aussagekräftige Ausführungen zu den einzelnen Qualitätssubkriterien gefehlt. Schon aus diesem Grund habe die Antragstellerin beim Zuschlagskriterium Qualität nur insgesamt 149 Qualitätspunkte erlangt. Das Angebot der Antragstellerin liege deshalb unter Berücksichtigung der

Preispunkte nur an 6. – und damit aussichtsloser vorletzter – Stelle.

Vor allem aber hat die Antragsgegnerin geltend gemacht, dass das Angebot der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden sei, da es ihr nicht gelungen sei, die geforderte Eignung nachzuweisen. Die Antragstellerin sei weder befugt die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen zu erbringen, noch habe sie die geforderte Mindestreferenz nachweisen können. Sie verfüge über die Befugnisse „Technisches Büro – Ingenieurbüros (beratende Ingenieure) auf dem Fachgebiet Innenarchitektur“ und „Anfertigen von technischen Zeichnungen auf Grund vom Auftraggeber vollständig vorgegebener Angaben unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit“. Beide Gewerbeberechtigungen würden nicht ausreichen, um die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen auch nur zum Teil erbringen zu dürfen. So seien als Erhaltungs- und Verbesserungsmaßnahmen vorgesehen: Fenstererneuerung, Fassadeninstandsetzung mit zusätzlicher Wärmedämmung, Sanierung der Balkone, Dämmung der obersten Geschoßdecke, Erneuerung der Stiegenhausmalerei etc.

Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot als (Mindest-)Referenzen drei von Wiener Wohnen verwaltete Wohnhausanlagen, deren Sanierung sie angeblich im Rahmen ihrer Tätigkeit für Wiener Wohnen erbracht haben will, genannt. Zunächst weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass die Antragstellerin seit 1.4.2004 bei Wiener Wohnen karenziert (Urlaub gegen Entfall der Bezüge) sei. Sie befinde sich seither in „Bildungskarenz“ und habe seit diesem Zeitpunkt weder als Dienstnehmerin noch als Auftragnehmerin Leistungen für die Antragsgegnerin erbracht. Selbst wenn man die von der Antragstellerin genannten Referenzen anerkennen wollte, wären sie deutlich älter als drei Jahre. Schon deshalb könnten sie nicht berücksichtigt werden. Letztlich habe die Antragstellerin aber auch nicht mit den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen vergleichbare Leistungen erbracht, zumal sie auch nicht über die dafür notwendige Befähigung verfüge. Sofern die Antragstellerin Leistungen bei verschiedenen Bauvorhaben während ihrer Tätigkeit für die Antragsgegnerin erbracht habe, habe sie diese Leistungen im Rahmen eines Dienstverhältnisses und nicht unter eigener Verantwortung erbracht. Weiters enthält dieser Schriftsatz umfangreiche Ausführungen, worin die Antragsgegnerin im Wesentlichen darstellt, wieso ihrer Ansicht nach eine vergabe- und ausschreibungskonforme Bewertung erfolgt sei.

Im Schriftsatz vom 6.2.2009 hat die Antragstellerin zum Vorbringen der Teilnahmeberechtigten Stellung genommen und ausgeführt, „dass ich im Rahmen meiner selbständigen Tätigkeit bislang noch keinen einzigen Auftrag von der Antragsgegnerin erhalten habe“. Der Hinweis auf ihre zahlreichen konkreten Erfahrungen im ausschreibungsgegenständlichen Bereich sei darin begründet, dass die Antragsgegnerin über ausreichende Kenntnisse über die Tätigkeit der Antragstellerin im Rahmen des Dienstverhältnisses verfüge. Die im Dienstatk der Antragstellerin erliegenden Nachweise würden bestätigen, dass sie zahlreiche, eigenverantwortlich durchgeführte Sanierungen städtischer Wohnhausanlagen vorgenommen habe. Im Übrigen sei von einer objektiven Abwicklung des Vergabeverfahrens und einer nachvollziehbaren Begründung der Punktebewertung nicht auszugehen.

In ihrer Stellungnahme vom 11.2.2009 weist auch die Teilnahmeberechtigte darauf hin, dass die Antragstellerin nicht über die notwendige Befugnis zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen verfüge.

Unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung vom 19.2.2009 hat die Antragstellerin um

3.30 Uhr dieses Tages eine weitere Stellungnahme samt Beilagen im Fax-Wege abgegeben (Gesamtumfang 44 Seiten) in dem sie zur Befugnis der Antragstellerin ausführt, diese verfüge über die aufrechte Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes eines Technischen Büros – Ingenieurbüros (beratende Ingenieure) auf dem Fachgebiet Innenarchitektur sowie des Gewerbes des Anfertigens von technischen Zeichnungen auf Grund vom Auftraggeber vollständig vorgegebener Angaben unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit. Unter Wiedergabe des Wortlautes des § 134 Abs. 1 GewO und unter Hinweis auf § 94 Z 69 GewO vertritt sie darin die Ansicht, dass „ein technisches Büro für Innenarchitektur die Innenarchitektur eines Bauwerkes planen und hierfür die erforderlichen Vorentwürfe auf dem Gebiete des Hoch- und Tiefbaues verfassen darf. Wenn mit diesen Planungen im untergeordneten Ausmaß auch Planungen an der Außenseite des Gebäudes verbunden sind, können diese im Sinne eines Gesamtauftrages mitgeplant werden (z.B. Fenster, Portale etc.). Ob diese Vorentwürfe realisierbar sind, wird im Sinne des § 134 Abs. 2 zweiter Satz GewO, deren konstruktive Bearbeitung und statische Berechnung durch einen hiezu Befugten ergeben“. Der Berechtigungsumfang eines technischen Büros für Innenarchitektur ergebe sich auch aus der Stellungnahme des BMWA vom 2.10.2002, einer Aussendung des Magistrats der Stadt Wien, MA 37, vom

12.5.2006 sowie den Kalkulationsempfehlungen – Leistungsbild Innenarchitektur des zuständigen Fachverbandes. Danach seien technische Büros für Innenarchitektur auch befugt, Energieausweise nach dem EAVG auszustellen, womit sie „wohl auch geeignet (sind), die Herstellung bzw. Erneuerung solcher Bauteile zu überwachen“. 3.30 Uhr dieses Tages eine weitere Stellungnahme samt Beilagen im Fax-Wege abgegeben (Gesamtumfang 44 Seiten) in dem sie zur Befugnis der Antragstellerin ausführt, diese verfüge über die aufrechte Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes eines Technischen Büros – Ingenieurbüros (beratende Ingenieure) auf dem Fachgebiet Innenarchitektur sowie des Gewerbes des Anfertigers von technischen Zeichnungen auf Grund vom Auftraggeber vollständig vorgegebener Angaben unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit. Unter Wiedergabe des Wortlautes des Paragraph 134, Absatz eins, GewO und unter Hinweis auf Paragraph 94, Ziffer 69, GewO vertritt sie darin die Ansicht, dass „ein technisches Büro für Innenarchitektur die Innenarchitektur eines Bauwerkes planen und hierfür die erforderlichen Vorentwürfe auf dem Gebiete des Hoch- und Tiefbaues verfassen darf. Wenn mit diesen Planungen im untergeordneten Ausmaß auch Planungen an der Außenseite des Gebäudes verbunden sind, können diese im Sinne eines Gesamtauftrages mitgeplant werden (z.B. Fenster, Portale etc.). Ob diese Vorentwürfe realisierbar sind, wird im Sinne des Paragraph 134, Absatz 2, zweiter Satz GewO, deren konstruktive Bearbeitung und statische Berechnung durch einen hiezu Befugten ergeben“. Der Berechtigungsumfang eines technischen Büros für Innenarchitektur ergebe sich auch aus der Stellungnahme des BMWA vom 2.10.2002, einer Aussendung des Magistrats der Stadt Wien, MA 37, vom 12.5.2006 sowie den Kalkulationsempfehlungen – Leistungsbild Innenarchitektur des zuständigen Fachverbandes. Danach seien technische Büros für Innenarchitektur auch befugt, Energieausweise nach dem EAVG auszustellen, womit sie „wohl auch geeignet (sind), die Herstellung bzw. Erneuerung solcher Bauteile zu überwachen“.

Zu der von der Antragsgegnerin behaupteten fehlenden Mindestreferenz führt die Antragstellerin in diesem Schriftsatz aus, die Antragsgegnerin hätte gemäß § 70 BVergG 2006 „die von mir im Rahmen meiner Tätigkeit bei ihr erworbenen Referenzen berücksichtigen müssen, sondern insbesondere auch die von Herrn ***, der mit 28.2.2009 aus dem aktiven Dienst bei der Antragsgegnerin ausscheidet und in den Ruhestand versetzt wird“. Herr *** habe „zahlreiche Projekte im ausscheidungsrelevanten Umfang bis vor seinem seit Montag angetretenen Urlaub als verantwortlicher Werkmeister abgewickelt, die mir allesamt als Referenz zuzuzählen gewesen wären“. Da Herr *** mit Ende Februar 2009 in den Ruhestand versetzt werde, werde er zum Zeitpunkt „der ausschreibungsgegenständlichen Leistungserbringung jedenfalls als mein Mitarbeiter uneingeschränkt zur Verfügung stehen. Im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit und der Eignung sind seine Fähigkeiten, Nachweise und Referenzen daher jedenfalls zu meinen Gunsten zu berücksichtigen“. Zu der von der Antragsgegnerin behaupteten fehlenden Mindestreferenz führt die Antragstellerin in diesem Schriftsatz aus, die Antragsgegnerin hätte gemäß Paragraph 70, BVergG 2006 „die von mir im Rahmen meiner Tätigkeit bei ihr erworbenen Referenzen berücksichtigen müssen, sondern insbesondere auch die von Herrn ***, der mit 28.2.2009 aus dem aktiven Dienst bei der Antragsgegnerin ausscheidet und in den Ruhestand versetzt wird“. Herr *** habe „zahlreiche Projekte im ausscheidungsrelevanten Umfang bis vor seinem seit Montag angetretenen Urlaub als verantwortlicher Werkmeister abgewickelt, die mir allesamt als Referenz zuzuzählen gewesen wären“. Da Herr *** mit Ende Februar 2009 in den Ruhestand versetzt werde, werde er zum Zeitpunkt „der ausschreibungsgegenständlichen Leistungserbringung jedenfalls als mein Mitarbeiter uneingeschränkt zur Verfügung stehen. Im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit und der Eignung sind seine Fähigkeiten, Nachweise und Referenzen daher jedenfalls zu meinen Gunsten zu berücksichtigen“.

Abschließend wiederholt die Antragstellerin in diesem Schriftsatz ihre Ausführungen zur Angebotsbewertung.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt, trifft der Vergabekontrollsenat an Hand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 19.2.2009 folgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Vertrages zur Durchführung von Baumanagerdienstleistungen im Zuge der Instandsetzung der von ihr verwalteten städtischen Wohnhausanlage in Wien 10, Erlachgasse 53-57. Es handelt sich dabei um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Rahmen eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich. Als Zuschlagskriterien sind vorgesehen der Preis (Gewichtung 55 %) und die Qualität (Gewichtung 45 %). Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Web-seite der Stadt Wien

kundgemacht worden. Das Ende der Angebotsfrist war der 11.9.2008, 8.30 Uhr, die Angebotseröffnung erfolgte anschließend. Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt 10 Bieter, darunter die Antragstellerin, durch Legung von Angeboten beteiligt. Das Angebot eines Bieters war wegen Verspätung zurückzustellen. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Vertrages zur Durchführung von Baumanagerdienstleistungen im Zuge der Instandsetzung der von ihr verwalteten städtischen Wohnhausanlage in Wien 10, Erlachgasse 53-57. Es handelt sich dabei um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Rahmen eines offenen Verfahrens im Oberschwellerbereich. Als Zuschlagskriterien sind vorgesehen der Preis (Gewichtung 55 %) und die Qualität (Gewichtung 45 %). Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Web-seite der Stadt Wien kundgemacht worden. Das Ende der Angebotsfrist war der 11.9.2008, 8.30 Uhr, die Angebotseröffnung erfolgte anschließend. Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt 10 Bieter, darunter die Antragstellerin, durch Legung von Angeboten beteiligt. Das Angebot eines Bieters war wegen Verspätung zurückzustellen.

Im Hinblick auf die Einwendungen der Antragsgegnerin sowie der Teilnahmeberechtigten hat der Senat in der mündlichen Verhandlung vom 19.2.2009 das Verfahren zunächst auf die Frage, ob die Antragstellerin über eine für die ausgeschriebenen Leistungen geeignete Befugnis verfügt, eingeschränkt.

Dazu werden aus den Ausschreibungsunterlagen – soweit zur Beurteilung dieser Frage erforderlich – folgende Feststellungen getroffen:

In der Beilage A der Ausschreibungsunterlagen wird unter Punkt 3 „Art und Umfang der Leistung“ ausgeführt:

1. „3.Ziffer 3

Art und Umfang der Leistung:

Planung und Abwicklung von Instandsetzungs-, Erneuerungs- und Verbesserungsarbeiten mit Förderung nach dem WWFSG, unter besonderer Berücksichtigung der Mietermitbestimmung bei diesen Maßnahmen:

Durchführung von Bauschadenserhebungen und Erstellung von Sanierungskonzepten, Mieterbetreuung und Abhalten von Mieterinformationsveranstaltungen, Erstellung sämtlicher Massenermittlungen und der erforderlichen Ausschreibungen. Abwicklung der gesamten Vorbereitung für die Auftragsvergaben, Durchführung der Bauleitung und Bauaufsicht sowie der gemäß Bauarbeitenkoordinationsgesetz erforderlichen Leistungen, Prüfung und Abnahme der projektgemäßen Ausführungen einschließlich der Prüfung der Abrechnungen der jeweiligen Professionistenleistungen, mängelfreie Übergabe des sanierten Objektes an den Auftraggeber gemäß Leistungsbild des beiliegenden Baumanagervertrages für die Wohnsiedlung 1100 Wien, Erlachgasse 53- 57 (Beilage B; samt Zusatzvereinbarung betreffend Huckepackwohnungen). Obige Beschreibung versteht sich lediglich als überblicksmäßige Darstellung. Die vollständigen Pflichten des Baumanagers ergeben sich aus dem beiliegenden Baumanagervertrag (Beilage B; samt Zusatzvereinbarung betreffend Huckepackwohnungen) sowie den dort angeführten weiteren Vertragsgrundlagen."

Sanierungsmaßnahmen in Wohnungen (ausgenommen die Huckepackwohnungen, sofern sich dafür ein Bedarf ergibt) sind nicht vorgesehen.

Unter Punkt 4 der Beilage A werden als Eignungskriterien an Referenzen ein „Nachweis über eine durchgeführte oder abgeschlossene Sanierung an mindestens einer vergleichbaren Anlage in den letzten drei Jahren (Eignungskriterium), wobei insbesondere Erfahrungen nachzuweisen sind...." verlangt.

Unter Beilage B der Ausschreibungsunterlagen wird der Baumanagervertrag wiedergegeben. Im Punkt 1 wird als Vertragsgegenstand ausgeführt, dass „das Vorhaben, die Instandsetzung, Erneuerung und Verbesserung von allgemeinen Teilen des Hauses, unter besonderer Berücksichtigung der Mietermitbestimmung bei diesen Maßnahmen" umfasst.

Unter Punkt 3 dieses Baumanagervertrages wird der Leistungsumfang und das Leistungsverzeichnis auf insgesamt 12 (A) 4 – Seiten detailliert dargestellt. Die Leistung setzt sich aus folgenden Hauptteilen zusammen:

1. 1.)eins,

Generalplanung unterteilt in Vorentwurf, Entwurf, Einreichunterlagen, Kostenberechnungsgrundlagen, Ausführungs- und Detailplanung, Bauzeit- und Finanzierungsplanung, Mitwirkung in behördlichen Verfahren und bei Verhandlungen mit Dritten, Koordinierungstätigkeit, Mitwirkung bei Auftragsvergaben/Vergabeverfahren.

2. 2.)2,

Mieterbetreuung

3. 3.)3,

Örtliche Bauaufsicht unterteilt in Bauaufsicht und Baumanagement, Kosten- und Bauzeitverfolgung, Rechnungsbearbeitung, Qualitätssicherung, Übernahmen und Teilübernahmen der Leistungen der ausführenden Firmen, Endabrechnung, Bauarbeitenkoordinierungsgesetz – Bestellung zum Projektleiter.

Der Beilage B ist eine „Ergänzung zum Baumanagervertrag für Huckepackverfahren“ angeschlossen. Danach soll das „vertragsgegenständliche Bauvorhaben auch die Verbesserung (Standardanhebung) in bewohnten Mietgegenständen (sogenanntes Huckepackverfahren)“ umfassen. Schließlich enthält Beilage B auch einen Abschnitt überschrieben mit „Angebot zur Honorarermittlung“, aus dem sich ergibt, dass auch Leistungen im Zusammenhang mit der Neuerrichtung und Erneuerung von Aufzügen anzubieten waren.

In Beilage B, letzte Seite, wird schließlich eine Grobübersicht über den zur Zeit bekannten und notwendigen Arbeitsumfang – bezüglich „Erhaltung und Verbesserung des Wohnhauses“ angeführt. Darin sind angekreuzt: Fenstererneuerung, Fassadeninstandsetzung mit zusätzlicher Wärmedämmung, Sanierung der Balkone, Dämmung der obersten Geschoßdecke, Erneuerung der Stiegenhausmalerei.

In den projektbezogenen Ausschreibungsunterlagen befinden sich keine besonderen Festlegungen über die erforderliche Befugnis. Gemäß der Beilage 13.08.1 zum Formblatt „Angebot“ MDBD-SR 75 hat der Bieter eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistungen vorzuweisen.

Die Wohnhausanlage wurde 1937 errichtet, ist in 8 Stiegen gegliedert und weist 93 Wohnungen auf.

Der Bedarf an Huckepackwohnungen wurde mit zwei geschätzt und dafür eine Pauschale je Wohnung von EUR 380,-- vorgeben (Seite 4 des Angebotes zur Honorarermittlung).

Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein Angebot abgegeben. In der Beilage 13.07.1 – Angaben über die zur Leistungserbringung erforderlichen Befugnisse, hat die Antragstellerin für die Leistungsteile Büroleistung, Mieterbetreuung, örtliche Bauaufsicht, Baumanagement als erforderliche Befugnis „Technisches Büro“ eingetragen, für den Leistungsteil Bauarbeitenkoordinierungsgesetz „Zertifizierte Baukoordinatorin“. In der Spalte „Bieter selbst befugt? ja/nein“ hat sie jeweils „Ja“ angekreuzt.

Zur Mieterbetreuung führt die Antragstellerin in ihrem Angebot aus, dass „auch Herr *** auf eine 25-jährige Erfahrung im Zuge seiner Tätigkeit bei der Gemeinde Wien und fast ebenso lange auf die Erfahrung bei Wiener Wohnen (vormals MA 27, MA 17) als technischer Mitarbeiter verweisen“ kann. Auch hinsichtlich der bautechnischen, gestalterischen und ästhetischen Kompetenz sowie bezüglich des organisatorischen Konzepts und der Verfahrensabwicklung bezieht sich die Antragstellerin auf den Einsatz von Herrn ***. So führt sie aus, dass „Herr *** ... seine Erfahrung als Polier (einbringt). Auch er sammelte seine Erfahrungen bei Wiener Wohnen. Durch seine langjährige Tätigkeit im Sanierungssektor bringt er einen unverzichtbaren Erfahrungsschatz auf diesem Gebiet mit“. In der Darstellung des Projektes führt die Antragstellerin aus: „Mir wird Herr *** zur Seite stehen. Er ist der Praktiker und wird für einen reibungslosen Ablauf der Baustellen sorgen. Er sammelte seine Erfahrungen ebenfalls bei Wiener Wohnen und betreute im Zuge seiner Arbeit eine Vielzahl von Baustellen. Er wird hauptsächlich für die örtliche Bauaufsicht zuständig sein“. In einer weiteren Beilage zum Angebot stellt die Antragstellerin ihren Mitarbeiterstab, nämlich „zur Zeit vier österreichische Mitarbeiter“ dar. Weiters führt sie darin aus, „da sich die Auftragslage ständig steigert, bin ich zur Zeit mit neuen Mitarbeitern im Gespräch. Als Techniker plane ich Herrn *** einzustellen. Er ist langjähriger Mitarbeiter bei Wiener Wohnen und möchte in seiner Pension weiterhin sein Wissen am Bau unter Beweis stellen“. In keiner der Beilagen zum Angebot wird von der Antragstellerin angegeben, dass *** bereits in einem Dienstverhältnis zu ihr steht, noch dass *** etwa im Rahmen eines Werkvertrages als Subunternehmer tätig werden soll. Nach dem Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 19.2.2009 steht *** noch bis 28.2.2009 in einem aufrechten Dienstverhältnis zur Antragsgegnerin. Er wird mit Ablauf des 28.2.2009 in den Ruhestand treten. Zur Verwendung des Werkmeisters *** hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung noch ergänzend ausgeführt, dass sie mit ihm „einen Anstellungsvertrag mit der auflösenden Bedingung, dass das Angestelltendienstverhältnis erst dann beginnt, wenn die Antragstellerin den gegenständlichen Auftrag erhält“, abgeschlossen hat. Er könne von diesem

Anstellungsvertrag nicht zurücktreten, zum Zeitpunkt der Leistungserbringung werde er jedenfalls nicht mehr Angehöriger von Wiener Wohnen sein. Im Übrigen verfüge die Antragstellerin im fraglichen Zeitraum über keine geeignete Referenz, wie sie gegenständlich verlangt wurde. „Dafür haben wir den Herrn ***“ (Protokoll Seite 8).

In der Referenzliste werden von der Antragstellerin drei als Generalsanierung bezeichnete Projekte angeführt. Als Vertragspartner ist jeweils Wiener Wohnen für den 3., 4. und 11. Bezirk angeführt. Weiters ist in der Referenzliste eingetragen mit dem Jahr 2007 „diverse Bestandsaufnahmen, Planungen, Einreichungen, BauKG“. Als Vertragspartner werden „Diverse“ angeführt und auf die Eintragungen im ANKÖ verwiesen. Die als Generalsanierungen bezeichneten Projekte stammen aus den Jahren 1999/2002, 2003 und 2006/2007. Weiters finden sich im Angebot 11 Referenznachweise, von denen 10 mit „Diverse Bauprojekte in Wien und Niederösterreich“ bezeichnet sind. Bei diesen zehn Referenznachweisen wird der Gegenstand der Leistung durchwegs mit „Bestandsaufnahmen, Planungen, Planerstellungen, Einreichungen“ beschrieben. In der Referenzliste werden von der Antragstellerin drei als Generalsanierung bezeichnete Projekte angeführt. Als Vertragspartner ist jeweils Wiener Wohnen für den 3., 4. und 11. Bezirk angeführt. Weiters ist in der Referenzliste eingetragen mit dem Jahr 2007 „diverse Bestandsaufnahmen, Planungen, Einreichungen, BauKG“. Als Vertragspartner werden „Diverse“ angeführt und auf die Eintragungen im ANKÖ verwiesen. Die als Generalsanierungen bezeichneten Projekte stammen aus den Jahren 1999 aus 2002, 2003 und 2006 aus 2007. Weiters finden sich im Angebot 11 Referenznachweise, von denen 10 mit „Diverse Bauprojekte in Wien und Niederösterreich“ bezeichnet sind. Bei diesen zehn Referenznachweisen wird der Gegenstand der Leistung durchwegs mit „Bestandsaufnahmen, Planungen, Planerstellungen, Einreichungen“ beschrieben.

Die Antragstellerin verfügt nach den Eintragungen im Zentralen Gewerberegister und dem Wiener Gewerberegister über folgende Gewerbeberechtigungen:

Technisches Büro – Ingenieurbüro (beratende Ingenieure) auf dem Fachgebiet Innenarchitektur (Magistrat der Stadt Wien, ***);

Anfertigen von technischen Zeichnungen auf Grund vom Auftraggeber vollständig vorgegebener Angaben unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit (Magistrat der Stadt Wien, ***). Die Einsichtnahme in das Verzeichnis der Ziviltechniker hat für die Antragstellerin keine Eintragung erbracht.

Die Wohnhausanlage weist einige Wohnungen mit Balkonen auf. Im Zuge der Sanierungsmaßnahmen ist auch eine baustatische Prüfung der Balkone sowie deren Sanierung vorgesehen. Die Wohnhausanlage verfügt über keine Aufzugsanlagen. Solche sollen im Zuge der Sanierung errichtet werden, wobei vom Ergebnis der Planung abhängt, ob diese Aufzüge im Gebäudeinneren oder außen errichtet werden. Sofern die Antragsgegnerin Förderungsmittel erhält, soll auch eine „Thewosansanierung“ durchgeführt werden. Zur Erstellung des Konzeptes einer derartigen Sanierung ist eine bauphysikalische Befugnis des Planers erforderlich (Protokoll Seite 6).

Eine Ausscheidungsentscheidung bezüglich des Angebotes der Antragstellerin liegt nicht vor.

Die Zuschlagsentscheidung vom 12.1.2009 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung derselben ist am 26.1.2009 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigen Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Der Wortlaut der der Antragstellerin zur Verfügung stehenden Befugnisse ist unstrittig. Dass im Zuge der vorgesehenen Sanierungsmaßnahmen auch die Statik der vorhandenen Balkone geprüft und gegebenenfalls entsprechende Reparaturmaßnahmen durchgeführt werden müssen, sowie dass der Baumanagementvertrag auch die Planung der Errichtung von Aufzugsanlagen vorsieht, ergibt sich sowohl aus den Ausschreibungsunterlagen als auch aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung. Dass die Antragstellerin nicht über eigene, geeignete Referenzen im Zeitraum der letzten drei Jahre verfügt, ergibt sich sowohl aus den von ihr mit dem Angebot gelegten Referenznachweisen als auch aus ihrem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung, wonach sie „über keine geeignete Referenz, wie sie gegenständlich verlangt wurde“, verfügt (Protokoll Seite 8). Soweit die Feststellungen die Person des Werkmeisters *** betreffen, dessen Tätigkeit von der Antragstellerin als „geeignete Referenznachweise“ gewertet werden, gründen sich diese auf die von der Antragstellerin mit ihrem Angebot abgegebenen, im Rahmen der Feststellungen zitierten Erklärungen.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen als Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 6 BVergG 2006 wurde ordnungsgemäß kundgemacht. Es handelt sich um ein offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, nämlich um die Planung und Abwicklung von Instandsetzungs-, Erneuerungs- und Verbesserungsarbeiten mit Förderung nach dem WWFSG, wobei von diesen Sanierungsmaßnahmen die allgemeinen Teile des Hauses betroffen sind. 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 Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen als Dienstleistungsauftrag im Sinne des Paragraph 6, BVergG 2006 wurde ordnungsgemäß kundgemacht. Es handelt sich um ein offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, nämlich um die Planung und Abwicklung von Instandsetzungs-, Erneuerungs- und Verbesserungsarbeiten mit Förderung nach dem WWFSG, wobei von diesen Sanierungsmaßnahmen die allgemeinen Teile des Hauses betroffen sind. 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 der den 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 beantragen, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung 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 richtet sich 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 der den 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 beantragen, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung 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 richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, 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 Entscheidung der Antragstellerin am 12.1.2009 zugegangen ist, ist der am 26.1.2009 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007. Da die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 12.1.2009 zugegangen ist, ist der am 26.1.2009 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007.

Der Antrag erweist sich aber im Ergebnis als nicht berechtigt.

In ihrem Angebot hat die Antragstellerin in dem dafür vorgesehenen Formblatt erklärt, für sämtliche Leistungen selbst befugt zu sein und hiefür ihre Befugnis als Technisches Büro und zertifizierte Baukoordinatorin angeführt. Sie hat in ihrem Angebot keinen Subunternehmer genannt.

Der Gewerbeumfang der Befugnis der Antragstellerin (Technisches Büro - Ingenieurbüros, Beratende Ingenieure auf dem Fachgebiet Innenarchitektur) ist im § 134 Abs. 1 GewO 1994 näher geregelt. Danach umfasst der Gewerbeumfang der Ingenieurbüros (§ 94 Z 69) die Beratung, Verfassung von Plänen, Berechnungen und Studien, die Durchführung von Untersuchungen, Überprüfungen und Messungen, die Ausarbeitung von Projekten, Überwachung der Ausführung von Projekten, die Überwachung der Ausführung von Projekten, die Abnahme von Projekten und die Prüfung der projektgemäßen Ausführung einschließlich der Prüfung der projektgemäßen Ausführung einschließlich der Prüfung der projektbezogenen Rechnungen sowie die Erstellung von Gutachten auf einschlägigen Fachgebieten, die einer

Studienrichtung oder einem mindestens 4-semesterigen Aufbaustudium einer inländischen Universität, einer Fachhochschule oder Hochschule künstlerischer Richtung oder einer einschlägigen inländischen Berufsbildenden Höheren Schule entsprechen. In Abs. 2 leg. cit. wird für die Ingenieurbüros für Innenarchitektur ergänzend festgelegt, dass deren Berechtigungsumfang sämtliche Befugnisse des Ingenieurbüros im Sinne des Abs. 1 leg. cit. umfasst. Wenn jedoch die Tätigkeit des Ingenieurbüros für Innenarchitektur statisch relevante Bauteile berührt, so ist deren konstruktive Bearbeitung und statische Berechnung durch einen hierzu Befugten durchzuführen. Der Gewerbeumfang der Befugnis der Antragstellerin (Technisches Büro - Ingenieurbüros, Beratende Ingenieure auf dem Fachgebiet Innenarchitektur) ist im Paragraph 134, Absatz eins, GewO 1994 näher geregelt. Danach umfasst der Gewerbeumfang der Ingenieurbüros (Paragraph 94, Ziffer 69.) die Beratung, Verfassung von Plänen, Berechnungen und Studien, die Durchführung von Untersuchungen, Überprüfungen und Messungen, die Ausarbeitung von Projekten, Überwachung der Ausführung von Projekten, die Überwachung der Ausführung von Projekten, die Abnahme von Projekten und die Prüfung der projektgemäßen Ausführung einschließlich der Prüfung der projektgemäßen Ausführung einschließlich der Prüfung der projektbezogenen Rechnungen sowie die Erstellung von Gutachten auf einschlägigen Fachgebieten, die einer Studienrichtung oder einem mindestens 4-semesterigen Aufbaustudium einer inländischen Universität, einer Fachhochschule oder Hochschule künstlerischer Richtung oder einer einschlägigen inländischen Berufsbildenden Höheren Schule entsprechen. In Absatz 2, leg. cit. wird für die Ingenieurbüros für Innenarchitektur ergänzend festgelegt, dass deren Berechtigungsumfang sämtliche Befugnisse des Ingenieurbüros im Sinne des Absatz eins, leg. cit. umfasst. Wenn jedoch die Tätigkeit des Ingenieurbüros für Innenarchitektur statisch relevante Bauteile berührt, so ist deren konstruktive Bearbeitung und statische Berechnung durch einen hierzu Befugten durchzuführen.

Nach den der Antragstellerin zur Verfügung stehenden gewerberechtlichen Befugnissen ist es ihr etwa nicht gestattet statische Berechnungen vorzunehmen oder statisch belangreiche Konstruktionen, wie etwa Aufzuganlagen, zu planen, wobei es unerheblich ist, ob diese Anlagen im Inneren eines Gebäudes oder außen errichtet werden sollen. Fragen der Statik sind auch bei der Prüfung der Balkone und deren allfälligen Sanierung zu lösen. Mit der der Antragstellerin zur Verfügung stehenden eingeschränkten Befugnis als Technisches Büro kann sie diese, statische Belange betreffenden Planungen nicht übernehmen. Die Befugnis eines Technischen Büros für Innenarchitektur, Pläne auf dem Gebiet der Innenarchitektur zu erfassen, wird nämlich durch die Bestimmungen des § 134 Abs. 2 GewO 1994 eingeschränkt. Berührt diese Tätigkeit des Technischen Büros für Innenarchitektur statisch relevante Bauteile, so ist deren konstruktive Bearbeitung und statische Berechnung grundsätzlich durch einen hierzu Befugten durchzuführen. Dazu sind vor allem Ziviltechniker und Baumeister befugt. Für diese Leistungsanteile hätte die Antragstellerin mangels eigener ausreichender Befugnis einen Subunternehmer heranziehen müssen. Nach den der Antragstellerin zur Verfügung stehenden gewerberechtlichen Befugnissen ist es ihr etwa nicht gestattet statische Berechnungen vorzunehmen oder statisch belangreiche Konstruktionen, wie etwa Aufzuganlagen, zu planen, wobei es unerheblich ist, ob diese Anlagen im Inneren eines Gebäudes oder außen errichtet werden sollen. Fragen der Statik sind auch bei der Prüfung der Balkone und deren allfälligen Sanierung zu lösen. Mit der der Antragstellerin zur Verfügung stehenden eingeschränkten Befugnis als Technisches Büro kann sie diese, statische Belange betreffenden Planungen nicht übernehmen. Die Befugnis eines Technischen Büros für Innenarchitektur, Pläne auf dem Gebiet der Innenarchitektur zu erfassen, wird nämlich durch die Bestimmungen des Paragraph 134, Absatz 2, GewO 1994 eingeschränkt. Berührt diese Tätigkeit des Technischen Büros für Innenarchitektur statisch relevante Bauteile, so ist deren konstruktive Bearbeitung und statische Berechnung grundsätzlich durch einen hierzu Befugten durchzuführen. Dazu sind vor allem Ziviltechniker und Baumeister befugt. Für diese Leistungsanteile hätte die Antragstellerin mangels eigener ausreichender Befugnis einen Subunternehmer heranziehen müssen.

Von der Befugnis der Antragstellerin sind aber auch nicht jene Leistungen umfasst, die Fragen der Bauphysik oder Planungen von Heizung und Elektroanlagen (Steigsträngen) in den allgemeinen Teilen einer Wohnhausanlage betreffen. In diesem Sinne wird auch in einer Mitteilung der MA 37 – Baupolizei vom 12.5.2006 festgehalten, dass Innenarchitektur-Büros zwar zum Verfassen von Bauplänen berechtigt sind, jedoch „Bauphysik und Statik ... sie dagegen nicht erstellen“ dürfen.

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Voraussetzung für eine Auftragserteilung ist somit, dass der am Vergabeverfahren teilnehmende Bieter über die zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen benötigte Befugnis verfügt. Es hat daher ein Auftraggeber zunächst zu prüfen, ob ein Angebot – etwa wegen fehlender Eignung des Bieters –

auszuscheiden ist. Von den nicht auszuscheidenden Angeboten ist sodann eines den Ausschreibungsbestimmungen entsprechendes für die Zuschlagsentscheidung auszuwählen. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Voraussetzung für eine Auftragserteilung ist somit, dass der am Vergabeverfahren teilnehmende Bieter über die zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen benötigte Befugnis verfügt. Es hat daher ein Auftraggeber zunächst zu prüfen, ob ein Angebot – etwa wegen fehlender Eignung des Bieters – auszuscheiden ist. Von den nicht auszuscheidenden Angeboten ist sodann eines den Ausschreibungsbestimmungen entsprechendes für die Zuschlagsentscheidung auszuwählen.

Die Antragsgegnerin hat zwar eine Prüfung der Angebote vorgenommen, aber offensichtlich wegen der Reihung des Angebotes der Antragstellerin an sechster Stelle hinsichtlich dieses Angebotes eine Ausscheidungsentscheidung nicht getroffen. Gründe für die Ausscheidung dieses Angebotes wurden von ihr (und der Teilnahmeberechtigten) erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht. Wenn es auch grundsätzlich nicht Aufgabe des Senates als Nachprüfungsbehörde sein kann, jene Entscheidungen, die von der Auftraggeberin zu treffen wären, selbst zu treffen (vgl. VwGH 7.11.2005, Zl. 2005/04/0061-8), kann von diesem Grundsatz dann abgegangen werden, wenn sich im Nachprüfungsverfahren ein offensichtlicher Ausscheidungsgrund ergibt. Die Antragsgegnerin hat zwar eine Prüfung der Angebote vorgenommen, aber offensichtlich wegen der Reihung des Angebotes der Antragstellerin an sechster Stelle hinsichtlich dieses Angebotes eine Ausscheidungsentscheidung nicht getroffen. Gründe für die Ausscheidung dieses Angebotes wurden von ihr (und der Teilnahmeberechtigten) erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht. Wenn es auch grundsätzlich nicht Aufgabe des Senates als Nachprüfungsbehörde sein kann, jene Entscheidungen, die von der Auftraggeberin zu treffen wären, selbst zu treffen vergleiche VwGH 7.11.2005, Zl. 2005/04/0061-8), kann von diesem Grundsatz dann abgegangen werden, wenn sich im Nachprüfungsverfahren ein offensichtlicher Ausscheidungsgrund ergibt.

Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Antragstellerin aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Befugnisse alle ausgeschriebenen Leistungen alleine, ohne für den fehlenden Leistungsumfang einen geeigneten Subunternehmer namhaft zu machen, nicht erbringen kann.

Zu dem von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgrund der mangelnden Befugnis hatte die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren ausreichend Gelegenheit Stellung zu nehmen, was sie auch – nicht zuletzt mit dem am 19.2.2009 im Faxwege übermittelten Schriftsatz – getan hat. Weiters hat die Antragstellerin zu dem Problem der mangelnden Befugnis im Rahmen der mündlichen Verhandlung ausführlich Stellung genommen und ihren Standpunkt dargelegt. Damit hatte die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren ausreichend Gelegenheit, die Stichhaltigkeiten des im Zuge des Nachprüfungsverfahrens herangezogenen Ausscheidungsgrundes „anzuzweifeln“ (vgl. VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094 ua). Aufgrund der Ergebnisse des Nachprüfungsverfahrens und dem Inhalt der Vergabeakten ist davon auszugehen, dass das Angebot der Antragstellerin zumindest wegen mangelnder Befugnis nach § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 auszuscheiden ist. Zu dem von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgrund der mangelnden Befugnis hatte die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren ausreichend Gelegenheit Stellung zu nehmen, was sie auch – nicht zuletzt mit dem am 19.2.2009 im Faxwege übermittelten Schriftsatz – getan hat. Weiters hat die Antragstellerin zu dem Problem der mangelnden Befugnis im Rahmen der mündlichen Verhandlung ausführlich Stellung genommen und ihren Standpunkt dargelegt. Damit hatte die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren ausreichend Gelegenheit, die Stichhaltigkeiten des im Zuge des Nachprüfungsverfahrens herangezogenen Ausscheidungsgrundes „anzuzweifeln“ vergleiche VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094 ua). Aufgrund der Ergebnisse des Nachprüfungsverfahrens und dem Inhalt der Vergabeakten ist davon auszugehen, dass das Angebot der Antragstellerin zumindest wegen mangelnder Befugnis nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 auszuscheiden ist.

Dazu kommt noch, wie sich ebenfalls im Nachprüfungsverfahren ergeben hat, dass die Antragstellerin – wie von ihr selbst zugestanden – über keine im Sinne der Ausschreibungsbedingungen geeignete Referenz verfügt. Die Berufung auf „die Referenz Werkmeister ***“ ist – ohne dass dies einer weiteren Begründung bedürfte – nicht geeignet, die fehlende Referenz zu ersetzen. Ohne die fachliche Qualifikation des Werkmeister *** näher prüfen zu wollen (ein entsprechendes Vorbringen zur Ausbildung und zum beruflichen Werdegang wurden von der Antragstellerin nicht gemacht) hat das Verfahren ergeben, dass *** im Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht in einem Dienstverhältnis zur Antragstellerin gestanden ist, sondern vielmehr in einem Dienstverhältnis zur Antragsgegnerin. Gemäß § 69 Z 1

BVergG 2006 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein. Auch zu diesem Problem war der Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung ausreichend Gelegenheit gegeben, Stellung zu nehmen. Die mangelnde Referenz an sich stellt einen weiteren Ausscheidungsgrund nach § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 dar. Dazu kommt noch, wie sich ebenfalls im Nachprüfungsverfahren ergeben hat, dass die Antragstellerin – wie von ihr selbst zugestanden – über keine im Sinne der Ausschreibungsbedingungen geeignete Referenz verfügt. Die Berufung auf „die Referenz Werkmeister ***“ ist – ohne dass dies einer weiteren Begründung bedürfte – nicht geeignet, die fehlende Referenz zu ersetzen. Ohne die fachliche Qualifikation des Werkmeister *** näher prüfen zu wollen (ein entsprechendes Vorbringen zur Ausbildung und zum beruflichen Werdegang wurden von der Antragstellerin nicht gemacht) hat das Verfahren ergeben, dass *** im Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht in einem Dienstverhältnis zur Antragstellerin gestanden ist, sondern vielmehr in einem Dienstverhältnis zur Antragsgegnerin. Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein. Auch zu diesem Problem war der Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung ausreichend Gelegenheit gegeben, Stellung zu nehmen. Die mangelnde Referenz an sich stellt einen weiteren Ausscheidungsgrund nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 dar.

Kommt eine Nachprüfungsbehörde zum Ergebnis, dass der Antragsteller zu Recht auszuschneiden wäre, so hat sie den Nachprüfungsantrag ungeachtet allfälliger Rechtsverletzungen im Rahmen des Verfahrens zur Wahl eines Angebotes für den Zuschlags jedenfalls abzuweisen (vgl. VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094). Da nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens das Angebot der Antragstellerin zwingend auszuschneiden wäre, kann auch bei Nichtberücksichtigung ihres Angebotes – abgesehen von der Reihung an sechster Stelle – ihr ein Schaden nicht entstehen. Mangelt es nämlich einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Vergabegesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist die Antragslegitimation dieses Bieters zu verneinen (VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 ua). Kommt eine Nachprüfungsbehörde zum Ergebnis, dass der Antragsteller zu Recht auszuschneiden wäre, so hat sie den Nachprüfungsantrag ungeachtet allfälliger Rechtsverletzungen im Rahmen des Verfahrens zur Wahl eines Angebotes für den Zuschlags jedenfalls abzuweisen (vergleiche VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094). Da nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens das Angebot der Antragstellerin zwingend auszuschneiden wäre, kann auch bei Nichtberücksichtigung ihres Angebotes – abgesehen von der Reihung an sechster Stelle – ihr ein Schaden nicht entstehen. Mangelt es nämlich einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Vergabegesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist die Antragslegitimation dieses Bieters zu verneinen (VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 ua).

Aus diesen Gründen war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, ohne dass auf die sonst geltend gemachten Rechtswidrigkeiten eingegangen werden musste, abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 29.1.2009 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 29.1.2009 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, genannten 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 Höchstgerichte des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des 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 Höchstgerichte des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Mangelnde Befugnis; Offensichtlicher Ausscheidungsgrund im Nachprüfungsverfahren; Vorliegen der Befugnis im offenen Verfahren; Mangelhafte Referenzen; Fehlende Antragslegitimation.

Zuletzt aktualisiert am

15.01.2010

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