

TE Verg Bescheid 2009/1/29 VKS-10362/08

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.01.2009

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 Z5
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 §4
BVergG 2006 §12 Abs3
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §129 Abs1 Z2
BVergG 2006 §345 sowie
GewO 1994 §32 Abs1 Z1

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 § 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 § 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 § 32 heute
 2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
 3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
 4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
 5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der ***GmbH, ***, vertreten durch Siemer-Siegl-Füreder & Partner, Rechtsanwälte in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe der Bauleistungen „Fensterausarbeiten Holz/Alu (Demontage, Herstellung und Einbau von Holz/Alu-Fenstern)“, Ausschreibungsnummer LV/WWKD21/0621371-01-BT4, durch die Antragsgegnerin Stadt Wien – Wiener Wohnen, Franz Jonas Platz 12, 1210 Wien, vertreten durch schwarz und huber-medek, Rechtsanwälte OEG in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 3.12.2008, wonach die Antragstellerin beabsichtigt, den Zuschlag an den Bieter ***gmbH & Co. KG zu erteilen, wird abgewiesen.
1. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 16.12.2008 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 3.Ziffer 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 5, 25 Abs. 1, 26 Abs. 1, 36 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 4, 12 Abs. 3, 19 Abs. 1, 129 Abs. 1 Z 2, 345 BVergG 2006 sowie § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994.Paragraphen eins, 2, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 5, 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, 4, 12, Absatz 3, 19, Absatz eins, 129, Absatz eins, Ziffer 2, 345, BVergG 2006 sowie Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994.

Begründung:

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen, Kundendienstzentrum für den 21. Bezirk (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe von Fenstertauscharbeiten in der von ihr verwalteten Anlage in 1210 Wien, Nordmanngasse 14-16. Die Bekanntgabe des Vergabeverfahrens ist im Amtsblatt der Stadt Wien vom 16. Oktober 2008, Nr. 42, sowie auf der Webseite der Antragsgegnerin ordnungsgemäß erfolgt. Einziges Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis“. Das Ende der Angebotsfrist war der 30.10.2008, 9.30 Uhr. Die Angebotseröffnung erfolgte anschließend.

Insgesamt haben sich am Vergabeverfahren vier Unternehmen durch Legung von Angeboten, darunter die Antragstellerin, beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde ihr Angebot als an vierter Stelle liegend verlesen.

Mit Schreiben vom 3.12.2008, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, den Zuschlag auf das Angebot des an erster Stelle gereihten Bieters erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 9.12.2008 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 5 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz (Schriftsatz vom 18.12.2008). Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, nach den Festlegungen in der Ausschreibung handle es sich bei den in OG 02 des Leistungsverzeichnisses aufgelisteten Positionen unter anderem auch um Leistungen, die ausschließlich von Baumeistern erbracht und durchgeführt werden dürfen. Die Antragstellerin habe ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und da sie nur über die Befugnisse zur Durchführung von „Tischlerarbeiten“ und „Montagearbeiten“ verfüge, habe sie hinsichtlich der Baumeistertätigkeiten einen Subunternehmer angeführt und eine entsprechende Erklärung eines Baumeisters mit dem Angebot abgegeben. Im Rahmen der Angebotseröffnung habe sich ergeben, dass sich keines der der Antragstellerin vorgereichten Unternehmen eines Baumeisters als Subunternehmer bediene. Dies wäre aber auch für diese Bieter erforderlich gewesen, da die Antragstellerin auf Grund ihrer Marktkenntnisse wisse, dass keiner dieser Bieter über die Befugnis eines Baumeisters verfüge. Damit hätten die der Antragstellerin vorgereichten Bieter kein ausschreibungskonformes Angebote gelegt, weshalb diese Angebote gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 auszuschneiden wären. Damit müsste die Antragstellerin im Ergebnis den Zuschlag erhalten. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 9.12.2008 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz (Schriftsatz vom 18.12.2008). Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, nach den Festlegungen in der Ausschreibung handle es sich bei den in OG 02 des Leistungsverzeichnisses aufgelisteten Positionen unter anderem auch um Leistungen, die ausschließlich von Baumeistern erbracht und durchgeführt werden dürfen. Die Antragstellerin habe ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und da sie nur über die Befugnisse zur Durchführung von „Tischlerarbeiten“ und „Montagearbeiten“ verfüge, habe sie hinsichtlich der Baumeistertätigkeiten einen Subunternehmer angeführt und eine entsprechende Erklärung eines Baumeisters mit dem Angebot abgegeben. Im Rahmen der Angebotseröffnung habe sich ergeben, dass sich keines der der Antragstellerin vorgereichten Unternehmen eines Baumeisters als Subunternehmer bediene. Dies wäre aber auch für diese Bieter erforderlich gewesen, da die Antragstellerin auf Grund ihrer Marktkenntnisse wisse, dass keiner dieser Bieter über die Befugnis eines Baumeisters verfüge. Damit hätten die der Antragstellerin vorgereichten Bieter kein ausschreibungskonformes Angebote gelegt, weshalb diese Angebote gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 auszuschneiden wären. Damit müsste die Antragstellerin im Ergebnis den Zuschlag erhalten.

Durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen und vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung und in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt.

Sollte die Antragstellerin, die ein durch Angebotslegung nachgewiesenes, evidentes und rechtliches Interesse am Vertragsabschluss habe, den Auftrag nicht erhalten, drohe ihr ein Schaden in Höhe des branchenüblichen

entgangenen Gewinns von rund 15 % des Auftragswertes, Verlust des Aufwandes für die Angebotslegung sowie des Aufwandes für die rechtsfreundliche Vertretung. Weiters würde die Antragstellerin ein zusätzliches Referenzprojekt für künftige Vergaben verlieren.

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

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 16.12.2008 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 16.12.2008 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen in das Verfahren als Teilnehmaberechtigte eingetreten und hat vorgebracht, dass die ausgeschriebenen Leistungen nur einen geringen Anteil an Baumeisterarbeiten vorsehen würden. Bei diesen Arbeiten würde es sich um Vor- bzw. Vollendungsarbeiten handeln, deren Anteil an der Gesamtangebotssumme nur 2,4 % betrage. Die Teilnehmaberechtigte sei zur Durchführung der in der OG 02 beschriebenen Arbeiten nach § 32 Abs. 1 Z 1 GewO berechtigt, weshalb die Nennung eines Subunternehmers für diese Arbeiten nicht erforderlich gewesen sei. Mit Schriftsatz vom 16.12.2008 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen in das Verfahren als Teilnehmaberechtigte eingetreten und hat vorgebracht, dass die ausgeschriebenen Leistungen nur einen geringen Anteil an Baumeisterarbeiten vorsehen würden. Bei diesen Arbeiten würde es sich um Vor- bzw. Vollendungsarbeiten handeln, deren Anteil an der Gesamtangebotssumme nur 2,4 % betrage. Die Teilnehmaberechtigte sei zur Durchführung der in der OG 02 beschriebenen Arbeiten nach Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO berechtigt, weshalb die Nennung eines Subunternehmers für diese Arbeiten nicht erforderlich gewesen sei.

Mit Schriftsatz vom 19.12.2008 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und in der Sache ausgeführt, dass im Zuge der ausgeschriebenen Leistungen ca. 348 Stück in der Wohnhausanlage 21, Nordmanngasse 14-16, ausgetauscht werden sollen. Das Schwergewicht der ausgeschriebenen Leistungen liege mit 94 bis 97 % in der Herstellung und Lieferung sowie dem Ausbau der alten und dem Einbau der neuen Fenster. Die unter der OG 02-Baumeisterarbeiten, ausgeschriebenen Leistungen würden Abbrucharbeiten und Maurerarbeiten, insbesondere das Verputzen von Fensterleibungen nach dem Einbau der Fenster betreffen. Dieser Leistungsanteil wäre mit ca. 3 % bis 6 % zu beziffern.

Die unter der OG 02 ausgeschriebenen Leistungen würden daher wertmäßig nur untergeordnete Hilfsleistungen, die zur Ausführung der Hauptleistung erforderlich sind bzw. die Hauptleistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen, darstellen. Entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin sei für die Erbringung dieser Leistungen keine Baumeisterbefugnis erforderlich. In der OG 02 seien lediglich Abbrucharbeiten im Zuge der Demontage bzw. Montage der Fenster (z.B. Stemmarbeiten bei Leibungen und Überlagern) sowie Maurerarbeiten zur Vollendung der Montagearbeiten (z.B. Sturz herstellen bzw ergänzen, Gewände nachmauern bzw. ausgleichen und Leibungen verputzen) enthalten. Dabei handle es sich ausnahmslos um Vor- bzw. Vollendungsarbeiten, die die eigenen Leistungen (Demontage, Neuerstellung und Montage von Fenstern) absatzfähig machen bzw. wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Diese Leistungen könnten im Rahmen des gewerblichen Nebenrechts gemäß § 32 Abs. 1 Z 1 erster Fall GewO erbracht werden, ohne dass dazu die Befugnis des Baumeisters erforderlich wäre. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin wäre daher in der Lage diese Leistungen auch ohne Nennung eines Subunternehmers zu erbringen. Die unter der OG 02 ausgeschriebenen Leistungen würden daher wertmäßig nur untergeordnete Hilfsleistungen, die zur Ausführung der Hauptleistung erforderlich sind bzw. die Hauptleistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen, darstellen. Entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin sei für die Erbringung dieser Leistungen keine Baumeisterbefugnis erforderlich. In der OG 02 seien lediglich Abbrucharbeiten im Zuge der Demontage bzw. Montage der Fenster (z.B. Stemmarbeiten bei Leibungen und Überlagern) sowie Maurerarbeiten zur Vollendung der Montagearbeiten (z.B. Sturz herstellen bzw ergänzen, Gewände nachmauern bzw. ausgleichen und Leibungen verputzen) enthalten. Dabei handle es sich ausnahmslos um Vor- bzw. Vollendungsarbeiten, die die eigenen Leistungen (Demontage, Neuerstellung und Montage von Fenstern) absatzfähig machen bzw. wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Diese Leistungen könnten im Rahmen des gewerblichen Nebenrechts gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall GewO erbracht werden, ohne dass dazu die Befugnis des Baumeisters erforderlich wäre. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin wäre daher in der Lage diese Leistungen auch ohne Nennung eines Subunternehmers zu erbringen.

Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin dahingehend repliziert, dass die „Baumeisterarbeiten“ als eigene Obergruppe 02 ausgeschrieben worden wären. „Das wäre nicht geboten gewesen, würden die „Baumeisterarbeiten“ bei Betrachtung aller Umstände des konkreten Vergabeverfahrens als geringe Nebenleistung anzusehen sein“. Diese Leistungen könnten auch nicht als Vor- und Vollendungsarbeiten im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO angesehen werden. Letztlich habe die Antragsgegnerin durch die Festlegung einer Obergruppe 02 ausdrücklich klargestellt und bestandfest festgelegt, „dass sie für die in dieser Obergruppe aufgezählten Tätigkeiten die Befugnis als Baumeister verlangt“. Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin dahingehend repliziert, dass die „Baumeisterarbeiten“ als eigene Obergruppe 02 ausgeschrieben worden wären. „Das wäre nicht geboten gewesen, würden die „Baumeisterarbeiten“ bei Betrachtung aller Umstände des konkreten Vergabeverfahrens als geringe Nebenleistung anzusehen sein“. Diese Leistungen könnten auch nicht als Vor- und Vollendungsarbeiten im Sinne des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO angesehen werden. Letztlich habe die Antragsgegnerin durch die Festlegung einer Obergruppe 02 ausdrücklich klargestellt und bestandfest festgelegt, „dass sie für die in dieser Obergruppe aufgezählten Tätigkeiten die Befugnis als Baumeister verlangt“.

Mit Schriftsatz vom 27.1.2009 hat die Antragsgegnerin ihre Ausführungen zur Bestimmung des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO ergänzt und mitgeteilt, dass auch die für Gewerbefragen zuständige Zentralbehörde ihre Rechtsansicht teile. Mit Schriftsatz vom 27.1.2009 hat die Antragsgegnerin ihre Ausführungen zur Bestimmung des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO ergänzt und mitgeteilt, dass auch die für Gewerbefragen zuständige Zentralbehörde ihre Rechtsansicht teile.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenem Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat an Hand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten (deren inhaltliche Richtigkeit nicht bestritten wurde) 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 29.1.2009 folgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe der Fenstertauscharbeiten (Demontage, Herstellung und Einbau von Holz/Alu-Fenster) in der von ihr verwalteten Wohnhausanlage in Wien 21, Nordmannasse 14-16. Einziges Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis“. Das Ende der Angebotsfrist war der 30.10.2008, 9.30 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Am Vergabeverfahren haben sich vier Bieter, darunter die Antragstellerin, durch Legung von Angeboten beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als an der vierten Stelle liegend verlesen. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe der Fenstertauscharbeiten (Demontage, Herstellung und Einbau von Holz/Alu-Fenster) in der von ihr verwalteten Wohnhausanlage in Wien 21, Nordmannasse 14-16. Einziges Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis“. Das Ende der Angebotsfrist war der 30.10.2008, 9.30 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Am Vergabeverfahren haben sich vier Bieter, darunter die Antragstellerin, durch Legung von Angeboten beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als an der vierten Stelle liegend verlesen.

Soweit für das Nachprüfungsverfahren von Bedeutung, ist festzustellen, dass das AusschreibungsLeistungsverzeichnis in drei Obergruppen gegliedert ist und zwar in OG 00 (allgemeine Vertragsbestimmungen), OG 01 (Fenster) und OG 02 (Baumeisterarbeiten). Insgesamt sollen rund 348 Stück Fenster ausgetauscht werden.

Die OG 02 ist mit „Baumeisterarbeiten“ überschrieben. In dieser Obergruppe sind Positionen für Abbrucharbeiten (Geradestemmungen von Leibungen, Auflagen für Überlagerstemmen, Entsorgen von mineralischem Bauschutt und Maurerarbeiten (Sturz neu herstellen –ergänzen, Gewände nachmauern, Mauerziegel, Gewände ausgleichen mit Holzwolleplatten, Fensterbrüstung herrichten, Verkleidung, Leibung Gipskartonplatten, Leibung verputzen) sowie Regieleistungen festgelegt.

Die OG 01 (Fenster) stellt die Hauptleistung der ausgeschriebenen Leistungen dar und umfasst im Wesentlichen – neben der Baustelleneinrichtung – die Demontage der alten Fenster, die Neuherstellung und Montage der neuen Fenster und schließlich je 20 Regiestunden für Fach- und Hilfsarbeiter. Der wertmäßige Anteil für diese Leistungen ist nach den vorliegenden Angeboten mit rund 94 % bis 97 % des gesamten Leistungsvolumens anzunehmen. Die in OG 02 (Baumeisterarbeiten) festgelegten Leistungen liegen zwischen rund 3 % bis 6 % der Angebotssummen.

Nach dem Angebotsdeckblatt MDBD-SR 75 hatten die Bieter zum Nachweis ihrer Befugnis eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistungen zu erbringen, nicht aber den Nachweis einer Baumeisterbefugnis. Weiters hatten die Bieter die Möglichkeit, für bestimmte Leistungen einen Subunternehmer namhaft zu machen. Alle vier Bieter, damit auch die Antragstellerin und die Teilnahmeberechtigte, verfügen über die Befugnisse „Tischler“, „fabriksmäßige Erzeugung von Fenstern und Türen“ „bzw. industrielle Produktion, Montage und Instandhaltung von Fenstern und Türen“. Die Antragstellerin verfügt insbesondere über die Befugnis „Tischler, verbunden mit Modellbauer und Bootbauer“. Damit verfügen alle vier am Verfahren beteiligten Bieter über entsprechende Befugnisse, zumindest zur Erbringung der Hauptleistungen, nämlich der Demontage der alten Fenster, Herstellung und Montage der neuen Fenster. Lediglich die Antragstellerin hat zur Durchführung der unter OG 02 ausgeschriebenen Baumeisterarbeiten einen geeigneten Subunternehmer namhaft gemacht.

Die Prüfung der Angebote ist in den Vergabeakten ausreichend und nachvollziehbar dokumentiert, woraus sich auch ergibt, dass sich die Antragsgegnerin mit der Frage der gewerberechtlichen Befugnis zur Durchführung von Baumeisterarbeiten durch Einholung entsprechender Auskünfte auseinander gesetzt hat (Auskunft der WKOÖ vom 10.11.2008).

Die Zuschlagsentscheidung vom 3.12.2008 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung derselben ist am 9.12.2008 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Unterschwellenbereich.

Dieser Sachverhalt ergibt sich vor allem aus den von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit nicht bestritten wurde, sowie aus den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung. Dass die in der OG 02 angeführten Leistungen nur einen sehr geringen Umfang im Verhältnis zur Gesamtleistung haben, ergibt sich sowohl aus dem Angebot der Teilnahmeberechtigten als auch der Antragstellerin. Jedenfalls ist der Anteil der Leistungen in OG 02 mit einem Prozentsatz von maximal 6 % anzunehmen. Dass Arbeiten an Überlagern, insbesondere Überlager im Zuge des Fenstertausches ausgewechselt werden sollen, ergibt sich weder aus dem Leistungsverzeichnis noch konnte die Antragstellerin diesbezüglich ein konkretes Vorbringen erstatten. So hat insbesondere die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass ein Austausch von Überlagern nicht vorgesehen ist, sondern lediglich für den Fall „dass der zusätzliche Einbau eines Überlagers notwendig ist, zum Verdichten von Hohlräumen“ entsprechende Ansätze als „Vorsichtspositionen“ in der Ausschreibung vorgesehen wurden. Diesem Vorbringen hat die Antragstellerin nicht widersprochen.

Rechtlich ist dieser Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

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 Bauauftrag im Sinne des § 4 BVergG 2006 wurde ordnungsgemäß kundgemacht. Es handelt sich um die Vergabe von Bauleistungen im Unterschwellenbereich (§ 12 Abs. 3 BVergG 2006), nämlich um die Durchführung von Fenstertauscharbeiten (Demontage, Herstellung und Einbau von Holz/Alu-Fenstern) in einer von der Antragsgegnerin verwalteten Wohnhausanlage. 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 Bauauftrag im Sinne des Paragraph 4, BVergG 2006 wurde ordnungsgemäß kundgemacht. Es handelt sich um die Vergabe von Bauleistungen im Unterschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz 3, BVergG 2006), nämlich um die Durchführung von Fenstertauscharbeiten (Demontage, Herstellung und Einbau von Holz/Alu-Fenstern) in einer von der Antragsgegnerin verwalteten Wohnhausanlage. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit 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 auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Unterschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit 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 auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Unterschwellenbereich 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 3.12.2008 zugegangen ist, ist der am 9.12.2008 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 5 WVRG 2007. Da die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 3.12.2008 zugegangen ist, ist der am 9.12.2008 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2007.

Der Antrag erweist sich aber im Ergebnis als nicht berechtigt.

Die mit ihrem Angebot an vierter Stelle gereichte Antragstellerin hat die Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen mit der Begründung bekämpft, sowohl das Angebot der Teilnehmberechtigten als auch die Angebote der zweit- und dritt gereichten Bieter wären auszuschneiden gewesen, da es ihnen an der notwendigen Befugnis zur Durchführung der in der OG 02 des Leistungsverzeichnisses festgelegten Baumeisterarbeiten mangle. Dazu vertritt die Antragsgegnerin ebenso wie die Teilnehmberechtigte den Standpunkt, bei den unter OG 02 zusammengefassten Baumeisterarbeiten handle es sich um solche, die im Rahmen der Bestimmungen des § 32 Abs. 1 Die mit ihrem Angebot an vierter Stelle gereichte Antragstellerin hat die Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen mit der Begründung bekämpft, sowohl das Angebot der Teilnehmberechtigten als auch die Angebote der zweit- und dritt gereichten Bieter wären auszuschneiden gewesen, da es ihnen an der notwendigen Befugnis zur Durchführung der in der OG 02 des Leistungsverzeichnisses festgelegten Baumeisterarbeiten mangle. Dazu vertritt die Antragsgegnerin ebenso wie die Teilnehmberechtigte den Standpunkt, bei den unter OG 02 zusammengefassten Baumeisterarbeiten handle es sich um solche, die im Rahmen der Bestimmungen des Paragraph 32, Absatz eins

GewO 1994 durchgeführt werden dürfen.

Die in OG 02 des Leistungsverzeichnisses ausgeschriebenen „Baumeisterarbeiten“ sind in den Positionen 27 und 28 näher beschrieben. In keiner dieser Positionen wird das Auswechseln oder der Einbau von neuen Überlagern festgelegt. Dazu hat auch die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung (unwidersprochen) vorgebracht, dass die zu erneuernden Fenster „normal mit Überlagern versehen“ sind und der „Ausbau von Überlagern nicht ausgeschrieben“ wurde. Bei allen anderen in der OG 02 zusammengefassten Arbeiten handelt es sich um Arbeiten, die im Zusammenhang mit dem Ausbau der alten Fensterstöcke und dem Einbau der neuen Fenster stehen und dazu dienen, nach dem Einbau der neuen Fensterstöcke das umfassende Mauerwerk wieder in einen sach- und fachgemäßen Zustand zu bringen (Nachmauern, Ausfüllen von Hohlräumen, Verputzarbeiten etc.). Die Ausführung dieser unter OG 02 zusammengefassten Leistungen haben im Verhältnis zum Gesamtauftragsvolumen beim Angebot der Teilnehmberechtigten nur einen geringen Umfang von 2,4 %. Auch im Angebot der Antragstellerin liegt der Anteil dieser Leistungen an der Gesamtangebotssumme unter 6 %.

Unstrittig ist, dass sowohl die Antragstellerin als auch die Teilnehmberechtigte jedenfalls über die Befugnisse „Tischler“, „fabrikmäßige Erzeugung von Fenstern und Türen“ oder „industrielle Produktion, Montage und Instandhaltung von Fenstern und Türen“ verfügen. Damit sind sowohl die Teilnehmberechtigten als auch die

Antragstellerin grundsätzlich zur Erbringung der Hauptleistung, nämlich der Erzeugung und des Einbaus der neuen Fenster nach Demontage der alten Fenster befugt.

Gemäß § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 steht Gewerbetreibenden im Rahmen der gewerblichen Nebenrechte insbesondere das Recht zu, „alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen“. Damit sind Gewerbetreibende nach dieser Bestimmung berechtigt, Vor- und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, um die eigenen Leistungen/Produkte absatzfähig zu machen und generell in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen. Es trifft zu, dass die Ausführung der in der OG 02 angeführten Leistungen nur einen geringen Umfang hat, nämlich – ausgehend vom Angebot der Teilnehmereberechtigten – von 2,4 % bis unter 6 % (Angebot der Antragstellerin) der Gesamtangebotssumme. Weiters verlangt § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 gemäß § 32 Abs. 2 GewO, dass der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben. Auch diese Anforderung ist gegenständlich bei Ausführung der Baumeisterarbeiten erfüllt. Gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 steht Gewerbetreibenden im Rahmen der gewerblichen Nebenrechte insbesondere das Recht zu, „alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen“. Damit sind Gewerbetreibende nach dieser Bestimmung berechtigt, Vor- und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, um die eigenen Leistungen/Produkte absatzfähig zu machen und generell in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen. Es trifft zu, dass die Ausführung der in der OG 02 angeführten Leistungen nur einen geringen Umfang hat, nämlich – ausgehend vom Angebot der Teilnehmereberechtigten – von 2,4 % bis unter 6 % (Angebot der Antragstellerin) der Gesamtangebotssumme. Weiters verlangt Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 gemäß Paragraph 32, Absatz 2, GewO, dass der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben. Auch diese Anforderung ist gegenständlich bei Ausführung der Baumeisterarbeiten erfüllt.

Bei dem in OG 02 ausgeschriebenen Baumeisterarbeiten handelt es sich jedenfalls um Vor- bzw. Vollendungsarbeiten, die die eigenen Leistungen (Demontage, Neuherstellung und Montage von Fenstern) absatzfähig machen und wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Die Teilnehmereberechtigte war daher nicht genötigt, zur Ausführung der unter OG 02 beschriebenen Leistungen einen Baumeister als Subunternehmer namhaft zu machen, weil sie diese geringfügigen Leistungen im Rahmen des gewerblichen Nebenrechtes nach § 32 Abs. 1 Z 1 erster Fall GewO 1994 selbst erbringen kann. Diese Rechtsansicht wird auch – wie sich aus der in den Vergabeakten erliegenden Auskunft ergibt – von der Wirtschaftskammer Oberösterreich geteilt. Auch das ressortzuständige BMWA hat in seiner, auch der Antragstellerin übermittelten Stellungnahme vom 18.12.2008 den Standpunkt vertreten, dass durch die Gewerbeberechtigung „industrielle Produktion, Montage und Instandhaltung von Fenstern und Türen“, die in der OG 02 angeführten Baumeisterleistungen im Rahmen des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 vom Bieter erbracht werden können, sofern das dafür anfallende Entgelt umgangsmäßig 10 % des Gesamtentgelts nicht übersteigen darf (Beilage zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 27.1.2009). Bei dem in OG 02 ausgeschriebenen Baumeisterarbeiten handelt es sich jedenfalls um Vor- bzw. Vollendungsarbeiten, die die eigenen Leistungen (Demontage, Neuherstellung und Montage von Fenstern) absatzfähig machen und wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Die Teilnehmereberechtigte war daher nicht genötigt, zur Ausführung der unter OG 02 beschriebenen Leistungen einen Baumeister als Subunternehmer namhaft zu machen, weil sie diese geringfügigen Leistungen im Rahmen des gewerblichen Nebenrechtes nach Paragraph 32, Absatz eins, erster Fall GewO 1994 selbst erbringen kann. Diese Rechtsansicht wird auch – wie sich aus der in den Vergabeakten erliegenden Auskunft ergibt – von der Wirtschaftskammer Oberösterreich geteilt. Auch das ressortzuständige BMWA hat in seiner, auch der Antragstellerin übermittelten Stellungnahme vom 18.12.2008 den Standpunkt vertreten, dass durch die Gewerbeberechtigung „industrielle Produktion, Montage und Instandhaltung von Fenstern und Türen“, die in der OG 02 angeführten Baumeisterleistungen im Rahmen des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 vom Bieter erbracht werden können, sofern das dafür anfallende Entgelt umgangsmäßig 10 % des Gesamtentgelts nicht übersteigen darf (Beilage zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 27.1.2009).

Sofern sich die Antragstellerin auf die Entscheidung des Senates vom 10.5.2007, VKS – 2479/07, bezieht, liegt dieser ein nicht vergleichbarer Sachverhalt zugrunde. In diesem Nachprüfungsverfahren hat der Auftraggeber in den bestandfest

gewordenen Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich den Nachweis der Befugnis des „Bodenmarkierers“ verlangt und für diese Leistungen deshalb eine eigene Obergruppe gebildet. Da im Zeitpunkt der Angebotseröffnung die zur Durchführung der Bodenmarkierungsarbeiten erforderliche Befugnis weder bei der Antragstellerin (einem Bauunternehmen) vorlag, noch durch ein dazu befugtes Unternehmen substituiert wurde, sondern die Nennung eines Subunternehmers erst nachträglich im Angebotsprüfungsverfahren erfolgte, hat der Senat die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin für gerechtfertigt erachtet.

Da somit die ausgeschriebenen Baumeisterarbeiten von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als Nebenrecht im Rahmen des § 32 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 erbracht werden dürfen, liegt der von der Antragstellerin angezogene Ausscheidungsgrund nicht vor. Ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung war daher nicht Folge zu geben. Da somit die ausgeschriebenen Baumeisterarbeiten von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als Nebenrecht im Rahmen des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 erbracht werden dürfen, liegt der von der Antragstellerin angezogene Ausscheidungsgrund nicht vor. Ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung war daher nicht Folge zu geben.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 16.12.2008 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 16.12.2008 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 beginnen 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 beginnen jedoch erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Erforderliche Befugnis, Vollendungsarbeiten; Nebenrecht im Sinne des § 32 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994.

Zuletzt aktualisiert am

24.11.2009

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