

TE Verg Bescheid 2008/11/20 VKS-9065/08 und VKS-9068/08

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.11.2008

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1
WVRG 2007 §2 Abs1
WVRG 2007 §11 Abs2
WVRG 2007 §13 Abs3
WVRG 2007 §18
WVRG 2007 §19
WVRG 2007 §20 Abs1
WVRG 2007 §22 Abs3
WVRG 2007 §23 Abs1
WVRG 2007 §24 Abs1 Z6
WVRG 2007 §25 Abs1
WVRG 2007 §31 Abs6
WVRG 2007 §39 WVRG 2007 in Verbindung mit
BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §4
BVergG 2006 §12 Abs1 Z3
BVergG 2006 §69 Abs1
BVergG 2006 §76 Abs1
BVergG 2006 §126
BVergG 2006 §129 Abs1 Z2 und 7 sowie
GewO §32
GewO §99 Abs1 Z4
GewO §100 Abs1
GewO §133 Abs3 und
GewO §149 Abs5

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

1. BVergG 2006 § 76 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 76 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

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

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

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** Gesellschaft m.b.H., ***, vertreten durch Prof. Dr. Strigl, Dr. Horak, Mag. Stolz, Rechts-anwälte-Partnerschaft in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Spenglerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen für die Gebietseinheiten (Lose) KD 09 GE1 (= HG 11) und KD 10 GE 2 (= HG 22), Ausschreibungsnummer LV/WWDT/QS-Spengler-2008-07-18, durch die Stadt Wien, Wiener Wohnen – Direktion Technik, Doblhoffgasse 6, 1080 Wien, vertreten durch schwartz und hubermedek rechtsanwälte oeg in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin vom 15.10.2008 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 30.10.2008 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 3.Ziffer 3

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

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20 Abs. 1, 22 Abs. 3, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 31 Abs. 6, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 4, 12 Abs. 1 Z 3, 69 Abs. 1, 76 Abs. 1, 126, 129 Abs. 1 Z 2 und 7 BVergG 2006 sowie §§ 32, 99 Abs. 1 Z 4, 100 Abs. 1, 133 Abs. 3 und 149 Abs. 5 GewO.Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, Absatz eins, 22, Absatz 3, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 31, Absatz 6, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 4, 12, Absatz eins, Ziffer 3, 69, Absatz eins, 76, Absatz eins, 126, 129, Absatz eins, Ziffer 2 und 7 BVergG 2006 sowie Paragraphen 32, 99, Absatz eins, Ziffer 4, 100, Absatz eins, 133, Absatz 3 und 149 Absatz 5, GewO.

Begründung:

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von Spenglerarbeiten in den von ihr in

allen 23 Wiener Bezirken verwalteten Objekten. Es handelt sich um die Vergabe von Bauaufträgen im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren. Die Ausschreibung wurde am 2.8.2008 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter GZ 2008/S149-200368 veröffentlicht. Die Rahmenverträge sollen für die Dauer von drei Jahren mit Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre abgeschlossen werden. Die Antragsgegnerin ist in Kundendienstzentren (KD) unterteilt, die ihrerseits in jeweils mehrere Gebietseinheiten (GE) gegliedert sind. Die einzelnen Gebietseinheiten, denen jeweils ein Wohnhausbestand eindeutig zugeordnet ist, bilden Lose des Gesamtvorhabens. Den Bietern stand es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose anzubieten. Einziges Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis“. Das Ende der Angebotsfrist war der 23.9.2008, 8.00 Uhr. Die Angebotseröffnung erfolgte anschließend.

Neben zahlreichen anderen Unternehmern hat sich auch die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt und ein Angebot für die Lose KD 09 GE 1 (= HG 11) und KD 10 GE 2 (= HG 22) gelegt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde ihr Angebot hinsichtlich des Loses HG 11 an 1. Stelle, hinsichtlich des Loses HG 22 an 3. Stelle verlesen. Nach Ausscheidung des an 1. Stelle gereihten Unternehmens liegt nunmehr die Antragstellerin beim Los HG 22 an 2. Stelle.

Mit Schreiben vom 15.10.2008, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass sie beabsichtige deren Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 und Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden, „da für die angebotenen Gerüstungsarbeiten die erforderliche Befugnis nicht gegeben ist und die Nennung eines entsprechenden Subunternehmers bereits im Angebot bei Angebotslegung vorhanden sein muss“. Mit Schreiben vom 15.10.2008, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass sie beabsichtige deren Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden, „da für die angebotenen Gerüstungsarbeiten die erforderliche Befugnis nicht gegeben ist und die Nennung eines entsprechenden Subunternehmers bereits im Angebot bei Angebotslegung vorhanden sein muss“.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 28.10.2008 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, sie verfüge über sämtliche zur Ausführung der angebotenen Leistungen erforderlichen Berechtigungen, insbesondere über die gewerberechtlichen Befugnisse „Dachdecker“ und „Spengler“. Hievon sei die Berechtigung zur Ausführung sämtlicher angebotener Gerüstungsarbeiten entsprechend den gewerberechtlichen Vorschriften mit umfasst. Dies werde auch von der zuständigen Fachinnung der Wirtschaftskammer Wien ausdrücklich bestätigt. Die Ausführung der angebotenen Gerüstungsarbeiten dürfe durch die Antragstellerin aufgrund der vorliegenden Gewerbeberechtigungen erfolgen. Im Hinblick auf statisch belangreiche Gerüste werde nach dem Angebot der Antragstellerin als ausgebildete und erfahrene Fachkraft *** herangezogen. Die beabsichtigte Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sei als rechtswidrig zu qualifizieren. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 28.10.2008 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, sie verfüge über sämtliche zur Ausführung der angebotenen Leistungen erforderlichen Berechtigungen, insbesondere über die gewerberechtlichen Befugnisse „Dachdecker“ und „Spengler“. Hievon sei die Berechtigung zur Ausführung sämtlicher angebotener Gerüstungsarbeiten entsprechend den gewerberechtlichen Vorschriften mit umfasst. Dies werde auch von der zuständigen Fachinnung der Wirtschaftskammer Wien ausdrücklich bestätigt. Die Ausführung der angebotenen Gerüstungsarbeiten dürfe durch die Antragstellerin aufgrund der vorliegenden Gewerbeberechtigungen erfolgen. Im Hinblick auf statisch belangreiche Gerüste werde nach dem Angebot der Antragstellerin als ausgebildete und erfahrene Fachkraft *** herangezogen. Die beabsichtigte Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sei als rechtswidrig zu qualifizieren.

Durch die Vorgangsweise der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung einer gesetzmäßigen und den in den verfahrensgegenständlichen Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bestimmungen entsprechenden Angebotsprüfung und -bewertung, in ihrem Recht auf Nichtausscheidung ihres Angebotes, sowie auf Fällung einer Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten verletzt.

Sollte die Antragstellerin die Aufträge nicht erhalten, drohe ihr ein Schaden von zumindest EUR 40.000,-- (entgangener Gewinn, Kosten der Angebotslegung, Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung, Verlust eines Deckungsbeitrages) zu

entstehen. Dazu käme noch der Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 30.10.2008 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 10.11.2008 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und in der Sache ausgeführt, im Rahmen der Angebotsprüfung seien im Angebot der Antragstellerin mehrere Mängel festgestellt worden. Neben der zunächst nicht nachgewiesenen Höhe einschlägiger Referenzen sei dem Angebot kein Nachweis über die Befugnis hinsichtlich der ausschreibungsgegenständlichen Gerüstungsarbeiten angeschlossen gewesen. Schließlich habe die Antragstellerin in ihrem Angebot bloß einen Nachweis über das Vorliegen einer aufrechten Haftpflichtversicherung von EUR 750.000,-- nachgewiesen, obwohl in den Ausschreibungsunterlagen eine Mindestdeckungssumme von EUR 1,5 Millionen gefordert war. Die Antragstellerin sei daher am 30.9.2008 zur Mängelbehebung aufgefordert worden. Am 3.10.2008 habe die Antragstellerin zur Befugnis für die ausschreibungsgegenständlichen Gerüstungsarbeiten darauf hingewiesen, dass sie sich mit der *** Ges.m.b.H. „auf Grund der Zertifizierung“ in einem „Unternehmensverbund“ befinde und die *** Ges.m.b.H. „einen geeigneten Fachmann für Gerüstungsarbeiten im kleineren Umfang“ beschäftigt. Für „Gerüstungsarbeiten im größeren Umfang“ hat die Antragstellerin einen Subunternehmer nachnominiert sowie eine Subunternehmererklärung nachgereicht, darüber hinaus gehende Erklärungen zur oder ein Nachweis über die Befugnis sei nicht vorgelegt worden. Zum Nachweis des Bestehens der geforderten Haftpflichtversicherung habe die Antragstellerin eine mit 2.10.2008 datierte Versicherungsbestätigung vorgelegt, wonach eine Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von EUR 1,5 Millionen bestehe. Als Beginn sei in dieser Bestätigung allerdings das Datum 2.10.2008 – also ein Datum nach Angebotseröffnung vom 23.9.2008, angeführt. Auf Grund dieser Erklärungen und nachgereichten Unterlagen sei für die Antragsgegnerin festgestanden, dass die Antragstellerin nicht über die erforderliche Befugnis für die ausgeschriebenen Gerüstungsarbeiten verfüge und zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung keine aufrechte Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Mindestdeckungssumme von EUR 1,5 Millionen bestanden habe.

Zur fehlenden Befugnis hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass für das Aufstellen von Gerüsten, sofern dafür statische Kenntnisse erforderlich sind, zwingend eine Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe Baumeister, Brunnenmeister, Steinmetzmeister oder Zimmermeister vorliegen müsse. Dass für die ausschreibungsgegenständlichen Gerüstungsarbeiten tatsächlich statische Kenntnisse erforderlich sind, sollte – jedenfalls für einen fachkundigen Bieter wie die Antragstellerin – außer Zweifel stehen. Überdies sei in den Vorbemerkungen zur LG01.18 die Rede davon, dass statische Berechnungen vorzunehmen sind und die Kosten vom Bieter einkalkuliert werden müssen. Zum anderen ergebe sich aus der Bauart der ausschreibungsgegenständliche Gerüste, dass für deren Aufstellung jedenfalls statische Kenntnisse erforderlich sind. Faktum sei, dass die Antragstellerin über keine Gewerbeberechtigung für die ausschreibungsgegenständlichen Gerüstungsarbeiten verfüge. Faktum sei weiters, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot keine Subunternehmer für die ausschreibungsgegenständlichen Gerüstungsarbeiten genannt habe. Eine nachträgliche Nominierung eines Subunternehmers für „Gerüstungsarbeiten im größeren Umfang“ sei vergaberechtlich unzulässig.

Nicht nachvollziehbar sei die Argumentation der Antragstellerin, wonach sie sich mit der *** Ges.m.b.H. „auf Grund der Zertifizierung“ in einem Unternehmensverbund „befinde und die *** Ges.m.b.H.“ einen geeigneten Fachmann für Gerüstungsarbeiten im kleineren Umfang beschäftige. Bei dem von der Antragstellerin angesprochenen „Unternehmensverbund“ handle es sich lediglich um einen „Qualitätsmanagement-Unternehmensverbund“ wonach einige rechtlich selbständige Unternehmen sich im Rahmen einer Qualitätsmanagement-Zertifizierung zu einem Unternehmensverbund zusammengeschlossen haben. Rechtlich sei dieser Zusammenschluss bedeutungslos. Die Antragstellerin und die *** GmbH seien weder faktisch noch rechtlich miteinander verbunden.

Zum fehlenden Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung mit einer Mindestdeckungssumme von EUR 1,5 Millionen führt die Antragsgegnerin aus, dass eine solche im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht vorgelegen sei. Zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung habe die Antragstellerin nur eine Mindestdeckungssumme von EUR 750.000,-- nachgewiesen.

Auf dieses Vorbringen replizierte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 14.11.2008 zunächst dahingehend, dass sie zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung selbst über sämtliche zur Ausführung der angebotenen Leistungen, einschließlich Gerüstungsarbeiten, erforderlichen Berechtigungen verfüge und dies auch mit dem Angebot nachgewiesen habe. Die

Antragstellerin wäre daher nicht verpflichtet gewesen, weitere Erklärungen und Nachweise zum Beleg ihrer Befugnis an die Antragsgegnerin vorzulegen. Dessen ungeachtet sei sie „sämtlichen, wenngleich unzutreffenden Aufforderungen zur Aufklärung und Nachreichung voll umfänglich nachgekommen“.

Zunächst macht die Antragstellerin geltend, dass der Leistungsanteil der Gerüstungsarbeiten am Angebotspreis verschwindend gering sei, der diesbezügliche Positionspreis jedenfalls deutlich unter 1 % liege. Unter Hinweis auf § 32 GewO vertritt die Antragstellerin daher den Standpunkt, dass sie diese Arbeiten auf Grund ihrer Gewerbeberechtigungen (Dachdecker, Spengler) jedenfalls ausführen dürfe. Die Argumentation der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren, soweit sie die Befugnis betreffen, hätte der Antragstellerin bereits im Zuge der Angebotsprüfung durch „klare und deutliche Darstellung von allfälligen Mängel“ vorgehalten werden müssen. Dies sei nicht erfolgt, weshalb davon auszugehen sei, dass die Antragsgegnerin eine „gesetzmäßige Angebotsprüfung überhaupt nicht durchgeführt“ habe. Ansonsten hätte die Antragsgegnerin davon ausgehen müssen, dass die Antragstellerin zur Ausführung sämtlicher ausgeschriebenen und von ihr angebotenen Leistungsbereiche „einschließlich Gerüstungsarbeiten befugt ist“. Schließlich habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 3.10.2008 „über den bereits voll umfänglich erbrachten Berechtigungsnachweis hinaus darauf hingewiesen, dass als ausgebildete und erfahrene Fachkraft für Gerüstungsarbeiten der Angestellte des Partner-Unternehmens *** Gesellschaft m.b.H., ***, zur Durchführung der angebotenen Leistung zur Verfügung steht“. Diesen Umstand habe die Antragsgegnerin bei der Angebotsprüfung gänzlich außer acht gelassen. Weiteres habe die Antragsgegnerin übersehen, dass sich die Antragstellerin nicht – wie von der Antragsgegnerin unzutreffend angenommen – auf die Befugnis eines anderen Unternehmens berufen hat, sondern ausschließlich den Nachweis der bei ihr selbst vorliegenden Befugnis zur Ausführung der Gerüstungsarbeiten erbracht habe. Hierzu habe die Antragstellerin „den Nachweis erbracht, dass ihr als ausgebildete und erfahrene (!) Fachkraft zur Ausführung von Gerüstungsarbeiten (§ 32 GewO 1994) *** zur Verfügung steht, der beim Partner-Unternehmen *** Gesellschaft m.b.H. angestellt ist und auch von der Antragstellerin jederzeit auf Grund von Verwendungserklärungen, sowohl des Partnerunternehmens als auch des Dienstnehmers selbst..... herangezogen werden kann“. Die Nennung eines anderen Unternehmens zur Durchführung von „Gerüstungsarbeiten im größeren Umfang“ betreffe nicht „die ausschreibungsgegenständlichen Gerüstungsarbeiten“ die evidentermaßen einen „kleineren Umfang“ aufweisen, sondern sei lediglich deshalb ergänzend bekannt gegeben worden, um nachzuweisen, dass die Antragstellerin in der Lage sei über den Leistungsgegenstand hinaus zusätzliche, nicht von der Ausschreibung umfasste Gerüstungsarbeiten „im größeren Umfang“ bereitzustellen. Diesbezüglich handle es sich um eine bloße Information der Antragsgegnerin, ein Subunternehmer sei nicht nachträglich namhaft gemacht worden. Die Information betreffend das Unternehmen zur Durchführung von „Gerüstungsarbeiten im größeren Umfang“ habe daher – da nach Ablauf der Angebotsfrist vorgelegt – durch die Antragsgegnerin „zwingend außer Betracht zu bleiben“. Zunächst macht die Antragstellerin geltend, dass der Leistungsanteil der Gerüstungsarbeiten am Angebotspreis verschwindend gering sei, der diesbezügliche Positionspreis jedenfalls deutlich unter 1 % liege. Unter Hinweis auf Paragraph 32, GewO vertritt die Antragstellerin daher den Standpunkt, dass sie diese Arbeiten auf Grund ihrer Gewerbeberechtigungen (Dachdecker, Spengler) jedenfalls ausführen dürfe. Die Argumentation der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren, soweit sie die Befugnis betreffen, hätte der Antragstellerin bereits im Zuge der Angebotsprüfung durch „klare und deutliche Darstellung von allfälligen Mängel“ vorgehalten werden müssen. Dies sei nicht erfolgt, weshalb davon auszugehen sei, dass die Antragsgegnerin eine „gesetzmäßige Angebotsprüfung überhaupt nicht durchgeführt“ habe. Ansonsten hätte die Antragsgegnerin davon ausgehen müssen, dass die Antragstellerin zur Ausführung sämtlicher ausgeschriebenen und von ihr angebotenen Leistungsbereiche „einschließlich Gerüstungsarbeiten befugt ist“. Schließlich habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 3.10.2008 „über den bereits voll umfänglich erbrachten Berechtigungsnachweis hinaus darauf hingewiesen, dass als ausgebildete und erfahrene Fachkraft für Gerüstungsarbeiten der Angestellte des Partner-Unternehmens *** Gesellschaft m.b.H., ***, zur Durchführung der angebotenen Leistung zur Verfügung steht“. Diesen Umstand habe die Antragsgegnerin bei der Angebotsprüfung gänzlich außer acht gelassen. Weiteres habe die Antragsgegnerin übersehen, dass sich die Antragstellerin nicht – wie von der Antragsgegnerin unzutreffend angenommen – auf die Befugnis eines anderen Unternehmens berufen hat, sondern ausschließlich den Nachweis der bei ihr selbst vorliegenden Befugnis zur Ausführung der Gerüstungsarbeiten erbracht habe. Hierzu habe die Antragstellerin „den Nachweis erbracht, dass ihr als ausgebildete und erfahrene (!) Fachkraft zur Ausführung von Gerüstungsarbeiten (Paragraph 32, GewO 1994) *** zur Verfügung steht, der beim Partner-Unternehmen *** Gesellschaft m.b.H. angestellt ist und auch von der Antragstellerin jederzeit auf Grund von Verwendungserklärungen,

sowohl des Partnerunternehmens als auch des Dienstnehmers selbst..... herangezogen werden kann". Die Nennung eines anderen Unternehmens zur Durchführung von „Gerüstungsarbeiten im größeren Umfang" betreffe nicht „die ausschreibungsgegenständlichen Gerüstungsarbeiten" die evidentermaßen einen „kleineren Umfang" aufweisen, sondern sei lediglich deshalb ergänzend bekannt gegeben worden, um nachzuweisen, dass die Antragstellerin in der Lage sei über den Leistungsgegenstand hinaus zusätzliche, nicht von der Ausschreibung umfasste Gerüstungsarbeiten „im größeren Umfang" bereitzustellen. Diesbezüglich handle es sich um eine bloße Information der Antragsgegnerin, ein Subunternehmer sei nicht nachträglich namhaft gemacht worden. Die Information betreffend das Unternehmen zur Durchführung von „Gerüstungsarbeiten im größeren Umfang" habe daher – da nach Ablauf der Angebotsfrist vorgelegt – durch die Antragsgegnerin „zwingend außer Betracht zu bleiben".

Zur fehlenden Haftpflichtversicherung bringt die Antragstellerin vor, dass sich aus den Eintragungen im ANKÖ ergebe, dass jedenfalls seit 14.6.2005 eine entsprechende Haftpflichtversicherung bestehe. Entsprechend der Aufforderung der Antragsgegnerin habe die Antragstellerin fristgerecht mit Schreiben vom 3.10.2008 eine am 2.10.2008 ausgestellte Versicherungsbestätigung vorgelegt, aus der sich der geforderte Deckungsumfang von EUR 1,5 Millionen unzweifelhaft ergebe. Damit sei sie der schriftlichen Aufforderung der Antragsgegnerin vom 30.9.2008 „exakt und voll umfänglich nachgekommen". Der Deckungsumfang von EUR 1,5 Millionen bestehe seit dem 22.9.2008, was „der Antragsgegnerin auf Grund der von der Antragstellerin vorgelegten Versicherungsbestätigung auffallen" hätte müssen. Es sei allgemein bekannt, dass nach den bei Versicherern üblichen Usancen Versicherungsbestätigungen über bestehende Versicherungsverhältnisse stets tagesaktuell ausgestellt werden. Da die Versicherungsbestätigung im Verbesserungsverfahren verlangt worden sei, trage diese das Datum 2.10.2008 und als Vermerk über den Beginn die Angabe „2.10.2008 bis laufend". Daraus könne „keinesfalls gefolgert werden, dass das betreffende Versicherungsverhältnis erst ab dem Tag der Ausstellung der Versicherungsbestätigung besteht". Tatsächlich habe die Antragstellerin mit ihrem Versicherer bereits am 22.9.2008, sohin vor Angebotsöffnung am 23.9.2008, den nach den Ausschreibungsbedingungen geforderten Deckungsumfang in Höhe von 1,5 Millionen vereinbart „wobei diese Vereinbarung auf Grund der langjährigen Geschäftsbeziehung mit dem Versicherer mündlich getroffen wurde". Die schriftliche Ausfertigung des vereinbarten Nachtrages zur Versicherungspolizze sei zeitlich nachgelagert erfolgt. Dies ändere jedoch nichts am Bestand des vereinbarten Deckungsumfanges bereits seit 22.9.2008, was der Antragsgegnerin aus den mit dem Angebot und den mit Schreiben der Antragstellerin vom 3.10.2008 vorgelegten Unterlagen „unzweifelhaft erkennbar" gewesen sei. Bei allfälligen Zweifeln oder Unklarheiten wäre die Antragsgegnerin schließlich verpflichtet gewesen, weitergehende Aufklärungen von der Antragstellerin zu verlangen. Zum Beweis für ihr Vorbringen hat die Antragstellerin eine Versicherungsbestätigung vom 22.9.2008 (Beilage J) vorgelegt, „welche vom Versicherer der Antragstellerin problemlos per 22.9.2008 ausgestellt wurde". Hätte die Antragsgegnerin in ihrer Aufforderung vom 30.9.2008 hinreichend klar eine solche Bestätigung von der Antragstellerin gefordert, hätte diese Bestätigung bereits mit Schreiben der Antragstellerin vom 3.10.2008 vorgelegt werden können. Zu dieser ergänzenden Aufklärung wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen.

In Ergänzung des eingangs wiedergegebenen Sachverhaltes, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat an Hand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Gegenäußerung zugestellt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2008 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Spenglerarbeiten in den von ihr in allen 23. Wiener Bezirken verwalteten Objekten. Es handelt sich um die Vergabe von Bauaufträgen im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht worden. Die Rahmenverträge sollen für die Dauer von 3 Jahren mit Option auf Verlängerung um weitere 3 Jahre abgeschlossen werden. Die Antragsgegnerin ist in Kundendienstzentren (KD) unterteilt, die ihrerseits in jeweils mehrere Gebietseinheiten (GE) gegliedert sind. Die einzelnen Gebietseinheiten, denen jeweils ein Wohnhausbestand eindeutig zugeordnet ist, bilden Lose des Gesamtvorhabens. Den Bietern stand es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose anzubieten. Einziges Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis". Das Ende der Angebotsfrist war der 23.9.2008, 8.00 Uhr. Die Angebotseröffnung erfolgte anschließend.

An diesem Vergabeverfahren hat sich – neben zahlreichen anderen Bietern – die Antragstellerin durch Legung von Angeboten für die Lose HG 11 und HG 22 beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde ihr Angebot hinsichtlich des Loses HG 11 an

1. 1.Ziffer eins

Stelle, hinsichtlich des Loses HG 22 zunächst an 3. Stelle verlesen. Nachdem das Angebot des an 1. Stelle gereihten Unternehmens ausgeschieden worden war, kommt die Antragstellerin hinsichtlich des Loses HG 22 preislich an 2. Stelle zu liegen.

Im Folgenden werden jene Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen wiedergegeben, die für das Nachprüfungsverfahren von Bedeutung sind.

Aus den Vergabeverfahrensbestimmungen (Seiten 4, 5, 6, 8 und 9):

2.10. Eignung

1. a.Litera a

Allgemeines

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

Die Eignungskriterien müssen spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen (§ 69 Z 1 BVergG) und während des gesamten Vertragserfüllungszeitraums fortbestehen. Der Auftraggeber behält sich vor, von den Bietern im Laufe des Vergabeverfahrens oder vom Auftragnehmer während der Vertragserfüllung weitere Nachweise für das Fortbestehen der Eignung zu verlangen. Die Eignungskriterien müssen spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen (Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG) und während des gesamten Vertragserfüllungszeitraums fortbestehen. Der Auftraggeber behält sich vor, von den Bietern im Laufe des Vergabeverfahrens oder vom Auftragnehmer während der Vertragserfüllung weitere Nachweise für das Fortbestehen der Eignung zu verlangen.

- -Strichaufzählung

Verbundene Unternehmen: Die Leistungsfähigkeit kann von verbundenen Unternehmen (§ 2 Z 39 BVergG) gemeinsam erbracht werden, sofern der Bieter durch Patronatserklärungen (oder gleichwertige Nachweise) nachweist, dass er über die Ressourcen der verbundenen Unternehmen verfügen kann; der Auftraggeber behält sich vor, während des Vergabeverfahrens zusätzliche Erklärungen und Garantien zum Nachweis entsprechender Verfügungsbefugnisse zu verlangen. Verbundene Unternehmen: Die Leistungsfähigkeit kann von verbundenen Unternehmen (Paragraph 2, Ziffer 39, BVergG) gemeinsam erbracht werden, sofern der Bieter durch Patronatserklärungen (oder gleichwertige Nachweise) nachweist, dass er über die Ressourcen der verbundenen Unternehmen verfügen kann; der Auftraggeber behält sich vor, während des Vergabeverfahrens zusätzliche Erklärungen und Garantien zum Nachweis entsprechender Verfügungsbefugnisse zu verlangen.

- -Strichaufzählung

Subunternehmer: Bieter können die Befugnis und die Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer erfüllen.

1. b.Litera b

Eignungskriterien

Ergänzend zu den in der Beilage 13.08 der SR 75 angeführten Eignungskriterien sind folgende Eignungskriterien zu erfüllen und entsprechend nachzuweisen:

- -Strichaufzählung

Nachweis über eine bestehende Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von zumindest EUR 1.500.000,00 pro schädigendem Ereignis; versichertes Risiko müssen die Leistungen entsprechend Leistungsverzeichnis und Folgeschäden sein.

2.15. Subunternehmer

Die Weitergabe von Teilen der Leistungen an Subunternehmer ist grundsätzlich nur dann zulässig, wenn der jeweilige Subunternehmer über die für die Ausführung des entsprechenden Teils der Leistung erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit verfügt. Der Bieter haftet dem Auftraggeber für die Ausschreibungskonformität

und die Qualität der von Subunternehmern ausgeführten Leistungen und die Einhaltung der Termine

Der Bieter hat im Angebot allfällige Subunternehmer mit ihrem vollen Firmenwortlaut zu benennen und in Beilagen 13.07.02 „Leistungsteil, Leistungsgruppe“ anzugeben, welche Leistungen in welchem Ausmaß (Prozentzahlen) von diesen Subunternehmern erbracht werden sollen; eine Weitergabe des gesamten Auftrags ist unzulässig.

Nach Beilage 13.08.1 war als Nachweis der Befugnis eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistung, dem Angebot anzuschließen.

Nach Punkt 01.18 des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis war auch anzubieten die Verwendung von Gerüsten, und zwar von Schutzgerüsten, Konsolgerüsten, die Herstellung und Errichtung von Schutzdächern mit einer Höhe von über 10 m, von Passagengerüsten sowie von Dachschutzblenden. Dabei waren die statischen Berechnungen und einmaligen Prüfungen im Einheitspreis des Auftragnehmers einzukalkulieren (Seite 7 des Leistungsverzeichnisses).

In dem von der Antragstellerin rechtzeitig gelegten Angebot für die HG 11 und HG 22 wird in der Beilage 13.08.1 – Liste der für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise – auf die Eintragung in ANKÖ Nr. 13.605 verwiesen. Ebenso wird in der Referenzliste auf diese ANKÖ-Eintragung verwiesen. Der Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern (Beilage 13.07.2) und die Erklärung des Subunternehmers (Beilage 13.07.3) sind nicht ausgefüllt, sondern die von den Bietern auszufüllenden Spalten durchgestrichen.

Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin eine Auskunft aus dem ANKÖ eingeholt. Im Ausdruck auf Seite 2 in der Spalte „sonstige Angaben zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit“ findet sich ein Hinweis auf eine „Versicherungspolizze *** Betriebs- und Produkthaftpflicht von 20.6.2005“. Im Vergabeakt erliegt sodann eine Bestätigung der *** zur Polizzennummer ***, ausgestellt am 20. Juni 2005 über eine Betriebs- und Produkthaftpflichtversicherung. Die Pauschalversicherungssumme beträgt EUR 750.000,--. Als Versicherungsbeginn/Änderungszeitpunkt wird der 14.6.2005, als versichert wird „Straßen- u./o. Gehsteigreinigung inklusive Winterdienste“ angeführt.

Mit Schreiben vom 30.9.2008 hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin wie folgt um Aufklärung ersucht:

„ZUM ANGEBOTSVERFAHREN VOM 23. SEPTEMBER 2008

ÜBER SPENGLERARBEITEN IN STÄDT. WOHNHAUSANLAGEN

Sehr geehrte Damen und Herren!

Als Eignungskriterium in den Ausschreibungsunterlagen über Spenglerarbeiten war unter anderem eine Mindestsumme an Referenzen je angebotenem Gebietsteil gefordert.

Eine Überprüfung Ihrer Referenzangaben im Angebot vom 23. September 2008 hat ergeben, dass die erforderliche Höhe von € 170.000,00 derzeit nicht erreicht wird. Die anerkannte Höhe der Referenzen liegt derzeit bei € 9.257,13. Sie werden daher aufgefordert, den Ausschreibungsbedingungen entsprechende Referenzobjekte, durch Beibringung von Referenzbestätigungen lt. SR 75, Beilage 13.08.3 nachzureichen.

Zusätzliche Unterlagen müssen ebenfalls nachgereicht werden:

- -Strichaufzählung
Nachweis über die Befugnis zur Errichtung der ausgeschriebenen Gerüstungsarten (ULG 01.18)
- -Strichaufzählung
Nachweis über eine Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme in der Höhe von mind. € 1.500.000,00

Wiener Wohnen macht Sie jetzt schon darauf aufmerksam, sollten obige Nachweise nicht termingerecht einlangen, muss Ihr Angebot aufgrund mangelnder Eignung vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden."

Diesem Ersuchen hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 3.10.2008 entsprochen. Sie hat die noch fehlenden Referenzen entsprechend den Ausschreibungsbedingungen nachgewiesen.

Zum Nachweis über die Befugnis zur Errichtung der ausgeschriebenen Gerüstungsarbeit führt die Antragstellerin in Punkt 3 ihres Schreibens an:

„Die Firma *** GmbH ist mit der Firma *** Ges.m.b.H. ein Unternehmensverbund, auf Grund der Zertifizierung. Firma *** GmbH beschäftigt einen geeigneten Fachmann für Gerüstungsarbeiten, im kleinen Umfang (siehe Beilage). Für

Gerüstungsarbeiten im größeren Umfang nennen wir die Firma *** GmbH und legen die unterzeichneten Beilagen 13.07.02 und 13.07.03 bei."

Die Beilagen betreffend die Kopie einer Urkunde, ausgestellt von der Senatsverwaltung für Wissenschaft und Forschung Berlin am 23.2.1994, wonach *** an der Ingenieurschule für Bauwesen Berlin die staatliche Abschlussprüfung in der Fachrichtung Hochbau mit Erfolg abgelegt hat und berechtigt ist, den Grad „Dipl.Ing. (FH)" zu führen. Weiters wird vorgelegt ein Zertifikat betreffend die Antragstellerin, wonach bestätigt wird, dass sie die Anforderungen nach ISO 9001:2000 erfüllt. Die Zertifizierung umfasst die Tätigkeiten „Bauspengler, Dachdecker, Schwarzdeckung, Isolierung, Reinigung, Hausservice, Winterdienst". Das Zertifikat ist gültig vom 6.5.2008 bis 14.4.2011. Weiters wurde vorgelegt von der Antragstellerin ein DIN-A4- Blatt mit folgendem Text:

„Leitbild

für den ***

*** Ges.m.b.H.

*** Ges.m.b.H.

*** Ges.m.b.H.

*** Ges.m.b.H.

Wien im März 2005".

Zum Nachweis über eine bestehende Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von EUR 1,5 Millionen hat die Antragstellerin die folgende mit 2.10.2008 datierte Versicherungsbestätigung der *** vorgelegt:

„Versicherungsbestätigung

Polizzennummer: ***

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit bestätigen wir Ihnen wir Ihnen wunschgemäß, dass unter der oben angeführten Polizzennummer eine Betriebshaftpflicht – Versicherung für das Risiko „Hausservice umfassend die Reinigung, wie sie Hausbesorger zu verrichten haben, Schneeräumung, Verkehrsflächenreinigung, Rasenmähen, Laubbrechen, Heckenschneiden, Wartung (nicht Reparatur) von technischen Einrichtungen, einfache Botengänge, Fenster einstellen und abdichten, Vermittlung von Werksverträgen an befugte Gewerbetreibende, Haltung und Verwendung von zwei Kleintraktoren (Iseki 2160) für die Schneeräumung, Spenglerei und geringfügig Dachdeckerei" nach derzeitigem Stand mit aufrechter Deckung besteht.

Beginn: 02.10.2008 bis laufend

Die Prämie wird vierteljährlich bezahlt und ist beglichen bis 01.01.2009.

Die Pauschalversicherungssumme beträgt EUR 1.500.00,- für Personen- und Sachschäden.

Wir hoffen Ihnen hiermit gedient zu haben und verbleiben"

In den Vergabeakten befindet sich eine Übersicht über die Angebotseröffnung sowie eine detaillierte Darstellung der Referenz von Eignungsnachweise.

Schließlich hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 15.10.2008 der Antragstellerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, deren Angebot auf Grund der Ergebnisse der Angebotsprüfung auszuschneiden. Als Grund wird angegeben: „Das Angebot war gemäß BVergG 2006 § 129 (1) Z 2 und Z 7 auszuschneiden, da für die angebotenen Gerüstungsarbeiten die erforderliche Befugnis nicht gegeben ist und die Nennung eines entsprechenden Subunternehmens bereits im Angebot bei Angebotslegung vorhanden sein muss". Schließlich hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 15.10.2008 der Antragstellerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, deren Angebot auf Grund der Ergebnisse der Angebotsprüfung auszuschneiden. Als Grund wird angegeben: „Das Angebot war gemäß BVergG 2006 Paragraph 129, (1) Ziffer 2 und Ziffer 7, auszuschneiden, da für die angebotenen Gerüstungsarbeiten die erforderliche Befugnis nicht gegeben ist und die Nennung eines entsprechenden Subunternehmens bereits im Angebot bei Angebotslegung vorhanden sein muss".

Im Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern (Beilage 13.07.2) und Erklärung des Subunternehmers (Beilage 13.07.3) ist für die LG 01.8 das Unternehmen *** GmbH, Gerüstbau in den Spalten A (Befugnis) und B (technische Leistungsfähigkeit) eingetragen. Die Erklärung des Subunternehmers ist mit 2.10.2008 datiert.

Die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin ist der Antragstellerin am 15.10.2008 zugekommen. Ihr Nachprüfungsantrag ist am 28.10.2008 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Antragstellung ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Nach dem von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Auszug aus dem Gewerberegister (Beilage D), verfügt sie über die Gewerbeberechtigungen für die reglementierten Gewerbe des Dachdeckers (§ 94 Z 9 GewO 1973), des Spenglers (§ 94 Z 74 GewO 1973) sowie über die Berechtigung zur Ausübung des freien Gewerbes mit dem Gewerbewortlaut „Hauservice umfassend die Reinigung, wie sie Hausbesorger zu verrichten haben, Schneeräumung, Verkehrsflächenreinigung, Rasenmähen, Laubrechen, Heckenschneiden, Wartung (nicht Reparatur) von technischen Einrichtungen, einfache Botengänge, Fenster einstellen und -abdichten und die Vermittlung von Werkverträgen an befugte Gewerbetreibende". Eine gewerberechtliche Befugnis zur Errichtung von „statisch belangreichen Gerüsten" wurde von der Antragstellerin nicht nachgewiesen. Nach dem von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Auszug aus dem Gewerberegister (Beilage D), verfügt sie über die Gewerbeberechtigungen für die reglementierten Gewerbe des Dachdeckers (Paragraph 94, Ziffer 9, GewO 1973), des Spenglers (Paragraph 94, Ziffer 74, GewO 1973) sowie über die Berechtigung zur Ausübung des freien Gewerbes mit dem Gewerbewortlaut „Hauservice umfassend die Reinigung, wie sie Hausbesorger zu verrichten haben, Schneeräumung, Verkehrsflächenreinigung, Rasenmähen, Laubrechen, Heckenschneiden, Wartung (nicht Reparatur) von technischen Einrichtungen, einfache Botengänge, Fenster einstellen und -abdichten und die Vermittlung von Werkverträgen an befugte Gewerbetreibende". Eine gewerberechtliche Befugnis zur Errichtung von „statisch belangreichen Gerüsten" wurde von der Antragstellerin nicht nachgewiesen.

Erstmals im Nachprüfungsverfahren hat die Antragstellerin bezüglich des von ihr als Fachkraft zur Ausführung von Gerüstungsarbeiten genannten *** einen Dienstzettel der *** GmbH, datiert mit 7.4.2008, sowie eine Erklärung der *** GmbH vom 20.4.2008 (Beilagen F) vorgelegt. Der Dienstzettel hat folgenden Inhalt:

„***, geb. am ***, ***, tritt mit *** in die Firma *** Ges.m.b.H., *** ein.

Aufgabenbereich: Konsulent für Baumeister- und Ziviltechnikerarbeiten, Beratung in Statikfragen.

Dienstort: *** sowie anfallende Baustellen; bei Bedarf auch für die verbundenen

Firmen

*** GmbH, *** GmbH und *** GmbH.

Beginn des Dienstverhältnisses: ***

Dienstverhältnis auf unbestimmte Zeit, 1 Probemonat

Gehalt: € 1.489,- brutto

Dienstzeiten werden nach Bedarf des Dienstgebers flexibel vereinbart.

*** erhält eine Garnitur Büroschlüssel und bestätigt dies auf dem Dienstzettel."

Mit Schreiben vom 20.4.2008 bestätigt die *** Ges.m.b.H. der Antragstellerin, dass dieser „auf Grund unserer seinerzeitigen Vereinbarung *** bei Bedarf jederzeit als Konsulent für Ziviltechnikerarbeiten und für Beratung in Statikfragen zur Verfügung gestanden ist und weiterhin zur Verfügung steht". Dass *** in einem Dienstverhältnis zur Antragstellerin steht, wurde von dieser zwar in der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2008 vorgebracht, konnte jedoch nicht festgestellt werden. Unstrittig ist auf Grund der Erklärungen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung (Protokoll Seite 5), dass *** nicht über die Befugnis zum Baumeister verfügt.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin ergänzend vorgebracht, dass *** zwar Dienstnehmer der *** GmbH. sei in dessen Dienstvertrag jedoch die Verpflichtung enthalten ist, „jederzeit nach Bedarf auch für die weiteren Firmen *** und *** zur Verfügung zu stehen". Damit stehe *** der Antragstellerin als Fachkraft im Sinne des § 32 Abs. 2 GewO zur Verfügung. Sofern *** Beratungsleistungen für die Antragstellerin erbringt, werde er von der ***

GmbH im Rahmen des vereinbarten Entgelts entlohnt. Grundsätzlich sei es nur erforderlich, die Befähigung einer Fachkraft nachzuweisen, nicht aber die Befugnis (Protokoll Seite 6). Im Zuge der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin ergänzend vorgebracht, dass *** zwar Dienstnehmer der *** GmbH, sei in dessen Dienstvertrag jedoch die Verpflichtung enthalten ist, „jederzeit nach Bedarf auch für die weiteren Firmen *** und *** zur Verfügung zu stehen“. Damit stehe *** der Antragstellerin als Fachkraft im Sinne des Paragraph 32, Absatz 2, GewO zur Verfügung. Sofern *** Beratungsleistungen für die Antragstellerin erbringt, werde er von der *** GmbH im Rahmen des vereinbarten Entgelts entlohnt. Grundsätzlich sei es nur erforderlich, die Befähigung einer Fachkraft nachzuweisen, nicht aber die Befugnis (Protokoll Seite 6).

Mit Schriftsatz vom 14.11.2008 hat die Antragstellerin zum Nachweis des Bestehens einer entsprechenden Haftpflichtversicherung zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung die Kopie einer Versicherungsbestätigung datiert mit 22.9.2008 vorgelegt (Beilage J). Diese Versicherungsbestätigung über eine Haftpflichtsumme von EUR 1,5 Millionen unterscheidet sich von der der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren vorgelegten Versicherungsbestätigung durch das Ausstellungsdatum und den Versicherungsbeginn. Beilage J wurde am 22.9.2008 mit einem Versicherungsbeginn 22.9.2008 bis laufend ausgestellt, während die im Nachprüfungsverfahren vorgelegte Versicherungsbestätigung das Ausstellungsdatum und den Beginn mit 2.10.2008 trägt.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung vom 15.10.2008 ist am 28.10.2008 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vornehmlich auf Grund des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vorgelegten Urkunden sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2008. Danach war zunächst festzustellen, dass die Antragstellerin im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigungen (Dachdecker, Spengler und freies Gewerbe Hauservice sowie Schneeräumung) nicht über die gewerberechtliche Befugnis zur Ausführung der nach den Ausschreibungsunterlagen verlangten Gerüstungsarbeiten verfügt, bzw. mit dem Angebot eine derartige Befugnis nicht nachgewiesen hat. Mit den in den Vergabeakten erliegenden, von der Antragstellerin nachgereichten Subunternehmererklärungen sowie der nachträglichen Nominierung des *** hat sie offenbar versucht, nachträglich diesen Mangel zu beheben. Die im Schriftsatz vom 14.11.2008 gegebene Erklärung, zu welchem Zweck die Antragstellerin den Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern sowie die Erklärung des Subunternehmers nachgereicht hat, wurde vom Senat als nicht plausibel und nachvollziehbar erkannt, zumal – wie die Antragstellerin richtig bemerkt – die Nachreichung der Subunternehmererklärungen vergaberechtlich unzulässig war. Soweit der Schwerpunkt der Argumentation der Antragstellerin dahin geht, es hätte der Nennung eines Subunternehmers ihrerseits gar nicht bedurft, weil sie in der Person des *** über eine geeignete Fachkraft verfügt, die ihr gegenüber „zur Beratung in Statikfragen“ verpflichtet wäre, war der Senat nicht in der Lage, dieser Argumentation zu folgen. Abgesehen davon, dass es selbst der Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung nicht möglich gewesen ist, eine schlüssige Erklärung dafür zu geben, warum sie die Ansicht vertritt, dass *** im Rahmen eines Dienstverhältnisses mit ihr tätig wird (Protokoll Seite 5), hat das Verfahren eindeutig ergeben, dass *** nicht in einem wie immer gearteten Dienstverhältnis zur Antragstellerin steht. Alle von der Antragstellerin dazu gegebenen Erklärungen konnten in keiner Weise überzeugen. Das Verfahren hat auch ergeben, dass *** auf Grund der von der Antragstellerin gelegten Nachweise an sich die Befähigung zum Baumeister aufzuweisen vermag, der Nachweis, dass er auch tatsächlich über dessen Befugnis verfügt, konnte jedoch nicht erbracht werden. Nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens hat der Senat auch angenommen, dass im Zeitpunkt der Angebotseröffnung (23.9.2008) von der Antragstellerin über die Eintragung im ANKÖ eine Pauschalversicherungssumme über EUR 750.000,- nachgewiesen wurde, wobei als versichertes Risiko „Straßen- u./o. Gehsteigreinigung inklusive Winterdienste“ angeführt ist. Weiters war festzustellen, dass die Antragstellerin erst mit der Versicherungsbestätigung vom 2.10.2008 im Zuge der Angebotsprüfung die geforderte Pauschalversicherungssumme von EUR 1,5 Millionen Euro nachgewiesen hat, jedoch mit einem Versicherungsbeginn 2.10.2008. Dass eine Erhöhung und Erweiterung des Risikos (Aufnahme von Spenglerei und geringfügige Dachdeckerei in die bereits bestehende Haftpflichtversicherung) bereits mündlich am 22.9.2008 vereinbart worden sein soll, wird von der Antragstellerin in ihrem Begleitschreiben vom 3.10.2008 nicht erwähnt. Wie im Rahmen der rechtlichen

Beurteilung auszuführen sein wird, ist die nachgereichte Versicherungsbestätigung vom 2.10.2008 als eindeutig und klar formuliert zu werten, weshalb die Antragsgegnerin nicht weiters verpflichtet war, Aufklärung hinsichtlich des Versicherungsbeginnes – wie von der Antragstellerin vorgebracht – zu verlangen.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Rahmenvertrages über die Durchführung von Spenglerarbeiten. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Rahmenvertrages über die Durchführung von Spenglerarbeiten. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

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

Da die Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin am 15.10.2008 zugekommen ist, ist ihr am 28.10.2008 eingelangter Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007. Da die Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin am 15.10.2008 zugekommen ist, ist ihr am 28.10.2008 eingelangter Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung erweist sich jedoch im Ergebnis als nicht berechtigt.

Nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 hat die Vergabe von Leistungen nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Nach Punkt 01.18 des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses war auch anzubieten die Verwendung von Gerüsten, und zwar Schutzgerüsten, Konsolgerüsten, die Herstellung und Errichtung von Schutzdächern mit einer Höhe von über 10 m, von Passagengerüsten sowie von Dachschutzblenden. Dabei waren die dafür notwendigen statischen Berechnungen und einmaligen Prüfungen im Einheitspreis einzukalkulieren (Seite 7 des Leistungsverzeichnisses). Nun verfügt die Antragstellerin unstrittig über die Befugnis zur Ausübung des Gewerbes „Spengler“, nicht aber über die Befugnis zum Aufstellen von Gerüsten, für die statische

Kenntnisse erforderlich sind. Bei den nach der Ausschreibung verlangten Gerüsten handelt es sich auch um Ausschussgerüste, die aus einem Fenster heraus errichtet werden, Konsolgerüsten, die an der Fassade abgestützt werden und Standgerüsten höher als 2 m als Bockgerüst bzw. höher als 6 m als verfahrbare Standgerüste. Diese Gerüste, sowie alle Gerüste die verankert werden müssen, sind statisch belangreich, deren Aufstellen ist ausschließlich den Baumeistern (§ 99 Abs. 1 Z 4 GewO 1994), Steinmetzmeistern einschließlich Kunststeinerzeugern und Terrazzomachern (§ 133 Abs. 3 GewO 1994), Zimmermeistern (§ 149 Abs. 5 GewO 1994) und Brunnenmeistern (§ 100 Abs. 1 GewO 1994) vorbehalten. Sind keine statischen Kenntnisse erforderlich, dürfen Gerüste beispielsweise auch von Personen errichtet werden, die über die Gewerbeberechtigung „Gerüstvermieter“ (freies Gewerbe) verfügen. Ein Teil der in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Gerüste erfordert jedenfalls statische Kenntnisse zu deren Ausführungen. Das Verfahren hat eindeutig ergeben, dass die Antragstellerin über keine Gewerbeberechtigung verfügt, die sie zur Errichtung der ausschreibungsgegenständlichen Gerüste berechtigen würde. Weiters hat das Verfahren ergeben, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot keine Subunternehmer für die ausschreibungsgegenständlichen Gerüstungsarbeiten genannt hat. Zum Nachweis der Befugnis wäre daher die Antragstellerin genötigt gewesen, bereits mit ihrem Angebot entsprechende Subunternehmererklärungen befugter Unternehmer vorzulegen. Derartige Subunternehmererklärungen hat sie jedoch erst über Aufforderung der Antragsgegnerin mit ihrem Schreiben vom 3.10.2008 nachgereicht. Diese Erklärungen sind von der Antragsgegnerin zutreffend nicht mehr berücksichtigt worden, weil sie gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 spätestens im Zeitpunkt der Angebotseröffnung hätten vorliegen müssen. Aber auch § 108 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 sieht zwingend vor, dass bereits im Angebot jene Subunternehmer bekannt zu geben sind, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist. Die nachträgliche Nennung des Unternehmens „***“ als Subunternehmer war daher durch die Antragsgegnerin nicht weiter zu berücksichtigen. Nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 hat die Vergabe von Leistungen nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Nach Punkt 01.18 des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses war auch anzubieten die Verwendung von Gerüsten, und zwar Schutzgerüsten, Konsolgerüsten, die Herstellung und Errichtung von Schutzdächern mit einer Höhe von über 10 m, von Passagengerüsten sowie von Dachschutzblenden. Dabei waren die dafür notwendigen statischen Berechnungen und einmaligen Prüfungen im Einheitspreis einzukalkulieren (Seite 7 des Leistungsverzeichnisses). Nun verfügt die Antragstellerin unstrittig über die Befugnis zur Ausübung des Gewerbes „Spengler“, nicht aber über die Befugnis zum Aufstellen von Gerüsten, für die statische Kenntnisse erforderlich sind. Bei den nach der Ausschreibung verlangten Gerüsten handelt es sich auch um Ausschussgerüste, die aus einem Fenster heraus errichtet werden, Konsolgerüsten, die an der Fassade abgestützt werden und Standgerüsten höher als 2 m als Bockgerüst bzw. höher als 6 m als verfahrbare Standgerüste. Diese Gerüste, sowie alle Gerüste die verankert werden müssen, sind statisch belangreich, deren Aufstellen ist ausschließlich den Baumeistern (Paragraph 99, Absatz eins, Ziffer 4, GewO 1994), Steinmetzmeistern einschließlich Kunststeinerzeugern und Terrazzomachern (Paragraph 133, Absatz 3, GewO 1994), Zimmermeistern (Paragraph 149, Absatz 5, GewO 1994) und Brunnenmeistern (Paragraph 100, Absatz eins, GewO 1994) vorbehalten. Sind keine statischen Kenntnisse erforderlich, dürfen Gerüste beispielsweise auch von Personen errichtet werden, die über die Gewerbeberechtigung „Gerüstvermieter“ (freies Gewerbe) verfügen. Ein Teil der in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Gerüste erfordert jedenfalls statische Kenntnisse zu deren Ausführungen. Das Verfahren hat eindeutig ergeben, dass die Antragstellerin über keine Gewerbeberechtigung verfügt, die sie zur Errichtung der ausschreibungsgegenständlichen Gerüste berechtigen würde. Weiters hat das Verfahren ergeben, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot keine Subunternehmer für die ausschreibungsgegenständlichen Gerüstungsarbeiten genannt hat. Zum Nachweis der Befugnis wäre daher die Antragstellerin genötigt gewesen, bereits mit ihrem Angebot entsprechende Subunternehmererklärungen befugter Unternehmer vorzulegen. Derartige Subunternehmererklärungen hat sie jedoch erst über Aufforderung der Antragsgegnerin mit ihrem Schreiben vom 3.10.2008 nachgereicht. Diese Erklärungen sind von der Antragsgegnerin zutreffend nicht mehr berücksichtigt worden, weil sie gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 spätestens im Zeitpunkt der Angebotseröffnung hätten vorliegen müssen. Aber auch Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 sieht zwingend vor, dass bereits im Angebot jene Subunternehmer bekannt zu geben sind, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist. Die nachträgliche Nennung des Unternehmens „***“ als Subunternehmer war daher durch die Antragsgegnerin nicht weiter zu berücksichtigen.

Soweit sich die Antragstellerin auf die Bestimmung des § 32 GewO, insbesondere dessen Abs. 2 beruft, ist für sie nichts gewonnen. § 32 GewO regelt die den Gewerbetreibenden bei Ausübung ihrer Tätigkeit zustehenden Nebenrechte,

wobei bei deren Ausübung der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben muss. Nach dem Inhalt der abgegebenen Angebote, insbesondere auch nach dem Angebot der Antragstellerin ist der Auftragswert, soweit er Gerüstungen betrifft, hinsichtlich der Lose HG 11 und HG 22 mit weniger als 1 % der Gesamtangebotssumme anzunehmen. In diesem Sinne argumentiert die Antragstellerin (Schriftsatz vom 14.11.2008), dass es sich bei den angebotenen Gerüstigungsarbeiten um „verschwindend geringe Leistungsanteile..... am Angebotspreis der betreffenden Hauptgruppen" handelt, sodass bei Ausführung der angebotenen Leistungen jedenfalls der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleibt. Solche Leistungen „im geringen Umfang" wären daher grundsätzlich vom Nebenrecht des § 32 GewO erfasst. Soweit sich die Antragstellerin auf die Bestimmung des Paragraph 32, GewO, insbesondere dessen Absatz 2, beruft, ist für sie nichts gewonnen. Paragraph 32, GewO regelt die den Gewerbetreibenden bei Ausübung ihrer Tätigkeit zustehenden Nebenrechte, wobei bei deren Ausübung der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben muss. Nach dem Inhalt der abgegebenen Angebote, insbesondere auch nach dem Angebot der Antragstellerin ist der Auftragswert, soweit er Gerüstungen betrifft, hinsichtlich der Lose HG 11 und HG 22 mit weniger als 1 % der Gesamtangebotssumme anzunehmen. In diesem Sinne argumentiert die Antragstellerin (Schriftsatz vom 14.11.2008), dass es sich bei den angebotenen Gerüstigungsarbeiten um „verschwindend geringe Leistungsanteile..... am Angebotspreis der betreffenden Hauptgruppen" handelt, sodass bei Ausführung der angebotenen Leistungen jedenfalls der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleibt. Solche Leistungen „im geringen Umfang" wären daher grundsätzlich vom Nebenrecht des Paragraph 32, GewO erfasst.

Diese Ansicht wird vom Senat nur insoweit geteilt, als es sich dabei um Tätigkeiten anderer Gewerbe handeln muss, die einem reglementierten Gewerbe nicht vorbehalten sind. Bei den ausgeschriebenen und auch von der Antragstellerin angebotenen Gerüstbauarbeiten handelt es sich jedoch um solche, für deren Errichtung statische Kenntnisse erforderlich sind, wozu zwingend eine Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe Baumeister (§ 99 Abs. 1 Z 4 GewO), Brunnenmeister (§ 100 Abs. 1 GewO), Steinmetzmeister (§ 133 Abs. 3 GewO) oder Zimmermeister (§ 149 Abs. 5 GewO) erforderlich sind. Nur dann, wenn keine statischen Kenntnisse erforderlich sind, dürfen Gerüste auch von anderen Personen und Gewerbetreibenden im Rahmen ihrer Nebenrechte aufgestellt werden, sofern dies nur im geringen Umfang erfolgt, um die eigenen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll zu ergänzen, der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleibt und sich der Gewerbetreibende erforderlichenfalls ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte bedient, wenn dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist (§ 32 Abs. 2 GewO); vgl. von der Antragstellerin vorgelegte Stellungnahme der Wirtschaftskammer Wien vom 23.10.2008, (Beilage E). Da es sich also bei den ausgeschriebenen und angebotenen Gerüstarbeiten auch um solche, die statisch belangreich sind, handelt, wäre die Antragstellerin gehalten gewesen bereits mit ihrem Angebot entweder eine entsprechende Subunternehmererklärung eines geeigneten Unternehmers vorzulegen oder die Verfügung über eine „entsprechend ausgebildete und erfahrene Fachkraft" nachzuweisen. Dabei kann es sich um eine im Betrieb beschäftigte Person handeln oder um eine externe Fachkraft. Diese Ansicht wird vom Senat nur insoweit geteilt, als es sich dabei um Tätigkeiten anderer Gewerbe handeln muss, die einem reglementierten Gewerbe nicht vorbehalten sind. Bei den ausgeschriebenen und auch von der Antragstellerin angebotenen Gerüstbauarbeiten handelt es sich jedoch um solche, für deren Errichtung statische Kenntnisse erforderlich sind, wozu zwingend eine Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe Baumeister (Paragraph 99, Absatz eins, Ziffer 4, GewO), Brunnenmeister (Paragraph 100, Absatz eins, GewO), Steinmetzmeister (Paragraph 133, Absatz 3, GewO) oder Zimmermeister (Paragraph 149, Absatz 5, GewO) erforderlich sind. Nur dann, wenn keine statischen Kenntnisse erforderlich sind, dürfen Gerüste auch von anderen Personen und Gewerbetreibenden im Rahmen ihrer Nebenrechte aufgestellt werden, sofern dies nur im geringen Umfang erfolgt, um die eigenen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll zu ergänzen, der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleibt und sich der Gewerbetreibende erforderlichenfalls ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte bedient, wenn dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist (Paragraph 32, Absatz 2, GewO); vergleiche von der Antragstellerin vorgelegte Stellungnahme der Wirtschaftskammer Wien vom 23.10.2008, (Beilage E). Da es sich also bei den ausgeschriebenen und angebotenen Gerüstarbeiten auch um solche, die statisch belangreich sind, handelt, wäre die Antragstellerin gehalten gewesen bereits mit ihrem Angebot entweder eine entsprechende Subunternehmererklärung eines geeigneten Unternehmers vorzulegen oder die Verfügung über eine „entsprechend ausgebildete und erfahrene Fachkraft" nachzuweisen. Dabei kann es sich um eine im Betrieb beschäftigte Person handeln oder um eine externe Fachkraft.

Im Sinne des § 32 Abs. 2 GewO zweiter Satz vertritt die Antragstellerin den Standpunkt, dass sie durch die Nennung

des *** eine geeignete Fachkraft namhaft gemacht habe. Das Verfahren hat zwar ergeben, dass *** in der ehemaligen DDR die Fachschule für Hochbau erfolgreich abgeschlossen hat. Das Verfahren hat aber auch ergeben, dass *** nicht über die Befugnis eines Baumeisters, Brunnenmeisters, Steinmetzmeisters oder Zimmermeisters verfügt bzw. dieses Gewerbe ausübt. Die Möglichkeit, dass *** möglicherweise die Befähigung zur Erlangung der entsprechenden Befugnis besitzt, vermag nicht die Befugnis selbst zu ersetzen. Selbst wenn daher *** in einem direkten Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnis zur Antragstellerin stünde, wären die Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 GewO nicht gegeben. In diesem Zusammenhang kann eine weitere Auseinandersetzung mit der Frage, ob auf Grund der erst im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Urkunden die Antragstellerin tatsächlich über die Leistungen des *** auf Grund seines Beschäftigungsverhältnisses zur *** GmbH verfügen konnte, auf sich beruhen. Der in diesem Zusammenhang von der Antragstellerin angesprochene „Unternehmensverbund“ stellt sich nach den vorgelegten Unterlagen als „Qualitätsmanagement-Unternehmensverbund“ dar, ohne dass dies in irgend einer Form der Antragstellerin in faktischer oder rechtlicher Sicht ein unmittelbares Zurückgreifen auf deren Ressourcen ermöglichen würde. Selbst wenn man aber davon ausgehen wollte, dass der „Unternehmensverbund“ die Antragstellerin berechtige, auf die Leistungsfähigkeit der *** GmbH zurückzugreifen, hätte dieses Unternehmen im Angebot als Subunternehmer im Sinne der eine Ausschreibungsbestandteil bildenden VD 307 genannt werden müssen. Im Sinne des Paragraph 32, Absatz 2, GewO vertritt die Antragstellerin den Standpunkt, dass sie durch die Nennung des *** eine geeignete Fachkraft namhaft gemacht habe. Das Verfahren hat zwar ergeben, dass *** in der ehemaligen DDR die Fachschule für Hochbau erfolgreich abgeschlossen hat. Das Verfahren hat aber auch ergeben, dass *** nicht über die Befugnis eines Baumeisters, Brunnenmeisters, Steinmetzmeisters oder Zimmermeisters verfügt bzw. dieses Gewerbe ausübt. Die Möglichkeit, dass *** möglicherweise die Befähigung zur Erlangung der entsprechenden Befugnis besitzt, vermag nicht die Befugnis selbst zu ersetzen. Selbst wenn daher *** in einem direkten Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnis zur Antragstellerin stünde, wären die Voraussetzungen des Paragraph 32, Absatz 2, GewO nicht gegeben. In diesem Zusammenhang kann eine weitere Auseinandersetzung mit der Frage, ob auf Grund der erst im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Urkunden die Antragstellerin tatsächlich über die Leistungen des *** auf Grund seines Beschäftigungsverhältnisses zur *** GmbH verfügen konnte, auf sich beruhen. Der in diesem Zusammenhang von der Antragstellerin angesprochene „Unternehmensverbund“ stellt sich nach den vorgelegten Unterlagen als „Qualitätsmanagement-Unternehmensverbund“ dar, ohne dass dies in irgend einer Form der Antragstellerin in faktischer oder rechtlicher Sicht ein unmittelbares Zurückgreifen auf deren Ressourcen ermöglichen würde. Selbst wenn man aber davon ausgehen wollte, dass der „Unternehmensverbund“ die Antragstellerin berechtige, auf die Leistungsfähigkeit der *** GmbH zurückzugreifen, hätte dieses Unternehmen im Angebot als Subunternehmer im Sinne der eine Ausschreibungsbestandteil bildenden VD 307 genannt werden müssen.

Das Verfahren hat sohin ergeben, dass die Antragstellerin im Zeitpunkt der Angebotseröffnung über die zur Aufstellung der Gerüste erforderliche Befugnis, auch nicht im Rahmen der Nebenrechte des § 32 GewO verfügt hat. Eine rechtzeitig (§ 69 Z 1 BVergG 2006) abgegebene Subunternehmererklärung liegt ebenfalls nicht vor. Wenn daher die Antragsgegnerin bezüglich der fehlenden Befugnis den Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 angenommen hat, ist dies in unbedenklicher Weise geschehen. Das Verfahren hat sohin ergeben, dass die Antragstellerin im Zeitpunkt der Angebotseröffnung über die zur Aufstellung der Gerüste erforderliche Befugnis, auch nicht im Rahmen der Nebenrechte des Paragraph 32, GewO verfügt hat. Eine rechtzeitig (Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006) abgegebene Subunternehmererklärung liegt ebenfalls nicht vor. Wenn daher die Antragsgegnerin bezüglich der fehlenden Befugnis den Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 angenommen hat, ist dies in unbedenklicher Weise geschehen.

Die Antragsgegnerin hat als weiteren Ausscheidungsgrund das Fehlen des Nachweises einer entsprechenden Haftpflichtversicherung im Zeitpunkt der Angebotsöffnung geltend gemacht. Nach den Ausschreibungsunterlagen war ein Nachweis über das Bestehen einer Berufshaftpflichtversicherung mit einer Mindestdeckungssumme von EUR 1,5 Millionen gefordert (Angebotsunterlagen 13.08.1). In ihrem Angebot hat die Antragstellerin auf die Eintragungen im ANKÖ verwiesen. Danach war eine Pflichtversicherung mit einer Pauschalversicherungssumme über EUR 750.000,-- seit 14.6.2005 gegeben, wobei jedoch als versichert angeführt wird „Straßen- u./o. Gehsteigreinigung inklusive Winterdienste“. Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin gemäß § 126 BVergG 2006 der Antragstellerin diesen Mangel vorgehalten, worauf diese mit Schreiben vom 3.10.2008 eine Versicherungsbestätigung zur gleichen Polizzennummer jedoch mit einer Pauschalversicherungssumme über EUR 1,5 Millionen vorgelegt hat. Diese Versicherungsbestätigung ist mit 2.10.2008 datiert und weist als Versicherungsbeginn den 2.10.2008 auf. Sie

unterscheidet sich von der zunächst vorliegenden Haftpflichtversicherungsbestätigung bezüglich des versicherten Risikos darin, dass nun auch „Spenglerei und geringfügig Dachdeckerei“ als versichert angeführt wird. Diese mit Schreiben vom 3.10.2008 vorgelegte Versicherungsbestätigung ist eindeutig und war daher von der Antragsgegnerin (ohne weitere Vorhalte) als unbedenklich ihrer Ausscheidungsentscheidung zu Grunde zu legen. In diesem Zusammenhang bringt die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren vor, wegen des Beginndatums „2.10.2008 bis laufend“ wäre die Antragsgegnerin zu einem weiteren Vorhalt und Aufklärungsersuchen verpflichtet gewesen. Dies kann vom erkennenden Senat nicht so gesehen werden, zumal – wie bereits ausgeführt – der Inhalt der Versicherungsbestätigung vom 2.10.2008 klar und eindeutig den Versicherungsbeginn festlegt und die Antragstellerin in ihrem Begleitschreiben jeglichen Hinweis darauf unterlassen hat, dass die Erweiterung der Betriebshaftpflichtversicherung bereits mündlich am 22.9.2008 (Angebotsöffnung 23.9.2008) erfolgt wäre (Vorbringen in der mündlichen Verhandlung). Die Antragsgegnerin hat als weiteren Ausscheidungsgrund das Fehlen des Nachweises einer entsprechenden Haftpflichtversicherung im Zeitpunkt der Angebotsöffnung geltend gemacht. Nach den Ausschreibungsunterlagen war ein Nachweis über das Bestehen einer Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Mindestdeckungssumme von EUR 1,5 Millionen gefordert (Angebotsunterlagen 13.08.1). In ihrem Angebot hat die Antragstellerin auf die Eintragungen im ANKÖ verwiesen. Danach war eine Pflichtversicherung mit einer Pauschalversicherungssumme über EUR 750.000,-- seit 14.6.2005 gegeben, wobei jedoch als versichert angeführt wird „Straßen- u./o. Gehsteigreinigung inklusive Winterdienste“. Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin gemäß Paragraph 126, BVergG 2006 der Antragstellerin diesen Mangel vorgehalten, worauf diese mit Schreiben vom 3.10.2008 eine Versicherungsbestätigung zur gleichen Polizzennummer jedoch mit einer Pauschalversicherungssumme über EUR 1,5 Millionen vorgelegt hat. Diese Versicherungsbestätigung ist mit 2.10.2008 datiert und weist als Versicherungsbeginn den 2.10.2008 auf. Sie unterscheidet sich von der zunächst vorliegenden Haftpflichtversicherungsbestätigung bezüglich des versicherten Risikos darin, dass nun auch „Spenglerei und geringfügig Dachdeckerei“ als versichert angeführt wird. Diese mit Schreiben vom 3.10.2008 vorgelegte Versicherungsbestätigung ist eindeutig und war daher von der Antragsgegnerin (ohne weitere Vorhalte) als unbedenklich ihrer Ausscheidungsentscheidung zu Grunde zu legen. In diesem Zusammenhang bringt die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren vor, wegen des Beginndatums „2.10.2008 bis laufend“ wäre die Antragsgegnerin zu einem weiteren Vorhalt und Aufklärungsersuchen verpflichtet gewesen. Dies kann vom erkennenden Senat nicht so gesehen werden, zumal – wie bereits ausgeführt – der Inhalt der Versicherungsbestätigung vom 2.10.2008 klar und eindeutig den Versicherungsbeginn festlegt und die Antragstellerin in ihrem Begleitschreiben jeglichen Hinweis darauf unterlassen hat, dass die Erweiterung der Betriebshaftpflichtversicherung bereits mündlich am 22.9.2008 (Angebotsöffnung 23.9.2008) erfolgt wäre (Vorbringen in der mündlichen Verhandlung).

Gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 muss im offenen Verfahren die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Unternehmers spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen und darf in der Folge nicht verloren gehen. Die Antragstellerin hat zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht über die geforderte Haftpflichtversicherung mit einer Mindestdeckungssumme von EUR 1,5 Millionen verfügt. Die zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bestehende Haftpflichtversicherung hat lediglich EUR 750.000,-- betragen und überdies nur das Risiko im Zusammenhang mit der „Straßen- u./o. Gehsteigreinigung inklusive Winterdienste“ abgedeckt. Die Antragsgegnerin hat in einem nachvollziehbaren und ausreichend dokumentierten Verfahren das Angebot der Antragstellerin geprüft und ihr den festgestellten Mangel vorgehalten. Die Antragstellerin war in der Folge nicht in der Lage, nachzuweisen, dass die Haftpflichtversicherung bereits ab 23.9.2008 im erforderlichen Deckungsumfang bestanden hat. Soweit sie versucht hat, diesen Nachweis erst im Nachprüfungsverfahren zu erbringen, ist ihr dies nach Ansicht des Senates in einem jeden Zweifel ausschließenden Umfang nicht gelungen, zumal erst im Nachprüfungsverfahren eine weitere, mit einem früheren Datum versehene Versicherungsbestätigung vorgelegt wurde (Beilage J). Damit ist es der Antragstellerin nicht gelungen, nachzuweisen, dass sie im Zeitpunkt der Angebotseröffnung am 23.9.2008 über eine Haftpflichtversicherung in der in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Höhe verfügte. Der Senat hatte lediglich zu prüfen, ob die Anfechtungsentscheidung der Antragsgegnerin im Zeitpunkt ihres Ergehens im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen gestanden ist (vgl. VKS – 3/08 v. 13.3.2008). Zutreffend hat die Antragsgegnerin auch den fehlenden, eindeutigen Nachweis der geforderten Haftpflichtversicherungssumme als Ausscheidungsgrund im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 gewertet. Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 muss im offenen Verfahren die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Unternehmers spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung

vorliegen und darf in der Folge nicht verloren gehen. Die Antragstellerin hat zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht über die geforderte Haftpflichtversicherung mit einer Mindestdeckungssumme von EUR 1,5 Millionen verfügt. Die zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bestehende Haftpflichtversicherung hat lediglich EUR 750.000,-- betragen und überdies nur das Risiko im Zusammenhang mit der „Straßen- u./o. Gehsteigreinigung inklusive Winterdienste“ abgedeckt. Die Antragsgegnerin hat in einem nachvollziehbaren und ausreichend dokumentierten Verfahren das Angebot der Antragstellerin geprüft und ihr den festgestellten Mangel vorgehalten. Die Antragstellerin war in der Folge nicht in der Lage, nachzuweisen, dass die Haftpflichtversicherung bereits ab 23.9.2008 im erforderlichen Deckungsumfang bestanden hat. Soweit sie versucht hat, diesen Nachweis erst im Nachprüfungsverfahren zu erbringen, ist ihr dies nach Ansicht des Senates in einem jeden Zweifel ausschließenden Umfang nicht gelungen, zumal erst im Nachprüfungsverfahren eine weitere, mit einem früheren Datum versehene Versicherungsbestätigung vorgelegt wurde (Beilage J). Damit ist es der Antragstellerin nicht gelungen, nachzuweisen, dass sie im Zeitpunkt der Angebotseröffnung am 23.9.2008 über eine Haftpflichtversicherung in der in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Höhe verfügte. Der Senat hatte lediglich zu prüfen, ob die Anfechtungsentscheidung der Antragsgegnerin im Zeitpunkt ihres Ergehens im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen gestanden ist vergleiche VKS – 3/08 v. 13.3.2008). Zutreffend hat die Antragsgegnerin auch den fehlenden, eindeutigen Nachweis der geforderten Haftpflichtversicherungssumme als Ausscheidungsgrund im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 gewertet.

Aus diesen Gründen war daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 30.10.2008 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 30.10.2008 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 Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Nachprüfungsverfahren; Rahmenvertrag; Ausscheidungsentscheidung (§129 Abs. 1 Z 2 und Z 7 BVergG 2006); Keine Berechtigung zur Errichtung der ausschreibungsgegenständlichen Gerüste im Rahmen des § 32 GewO (Gerüste mit statischen Belangen); § 32 Abs. 2 GewO Befähigung der Fachkraft; Im Zeitpunkt der Angebotseröffnung keine Haftpflichtversicherung in der in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Höhe.

Zuletzt aktualisiert am

20.04.2009

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